

VOTO

Aprecia-se nesta oportunidade pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, contra os subitens 9.1, 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 582/2018-TCU-Plenário.

2. Inicialmente, ratifico o exame preliminar de admissibilidade (peça 108), e conheço do pedido de reexame eis que impetrado nos termos do art. 48 da Lei 8443/1992 e dos arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

3. De pronto, rejeito a preliminar manejada pelo recorrente, da incompetência do Tribunal de Contas da União para exercer controle externo em relação a atos finalísticos da Aneel, porquanto acolho a análise da Serur quando afirma que a competência do TCU para fiscalizar as atividades fins das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem e especifica os elementos dessa dimensão do controle externo, fundamentando esse juízo em ampla e pacífica jurisprudência desta Corte.

4. Reforça essa minha percepção os registros da instrução técnica dando conta que o TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos.

5. Esses mesmos elementos da análise técnica são suficientes, no meu sentir, para, igualmente, não acolher a segunda preliminar suscitada, da impossibilidade de o TCU exarar determinações nas fiscalizações de caráter operacional quando não há ilegalidade no exercício da atividade regulatória.

6. Veja-se que o recorrente fundamentou sua tese numa situação de ausência de ilegalidade no exercício da atividade regulatória, sem, entretanto, atentar que, ao gestor público, a Constituição Federal e o arcabouço normativa infraconstitucional atribuem, além do princípio da legalidade, uma série de outros princípios de igual magnitude. Naturalmente, a inobservância de qualquer desses princípios vai atrair a atuação do Tribunal de Contas da União, com todos os elementos legal e regimentalmente postos à disposição da Corte na interação com os jurisdicionados.

7. Ademais, veja-se que o art. 250 do Regimento Interno do Tribunal, textualmente, afirma:
“Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

(...)

II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações.”

8. No mesmo sentido, as orientações do Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União (aprovado pela Portaria-Segecex nº 4, de 26 de fevereiro de 2010), quando regulamenta a matéria:

“Proposta de encaminhamento

193 Caso sejam propostas deliberações, elas devem ter correspondência clara com os achados e devem ser baseadas nas causas desses achados (ISSAI 3000/5.2, 2004). As propostas de encaminhamento são recomendações e determinações que a equipe de auditoria demonstra serem necessárias e que contribuirão para sanar alguma deficiência identificada pela auditoria.”

9. No mérito, estou de acordo com a análise efetuada pela Secretaria de Recursos (Serur), motivo pelo qual incorporo, desde já, os argumentos daquela unidade especializada às minhas razões de decidir, quando concluiu 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.”

10. Em primeiro lugar, discuto a determinação constante do subitem 9.1 do acórdão recorrido e vazado nos seguintes termos:

“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.

11. De pronto, adiro à conclusão da Serur de que assiste razão à recorrente quando 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.

12. Ademais, acompanho igualmente a unidade especializada quando afirma que:

“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.*

13. Isso porque não creio que caiba ao TCU imiscuir-se na discricionariedade do regulador quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados, como vem a ocorrer no presente processo, em que o Tribunal aponta (item 23 do voto do acórdão recorrido):

“... a manutenção da atual estratégia de regulação por custos parece ser o principal motivo do direcionamento que o Sistema de Bandeiras Tarifárias vem tomando em benefício principalmente das distribuidoras de energia elétrica, as quais tem garantido antecipação de receitas para evitar acúmulo de custos, relegando, contudo, a segundo plano o objetivo, infundadamente tido como principal, de sinalizar preços aos consumidores, o que estaria na dependência da evolução da atual metodologia para uma de regulação por incentivos”.

14. Ora, essa minha percepção toma forma quando vejo que consta do voto do relator **a quo**, abordagem sobre a matéria que culminou com recomendações à Aneel para que:

*“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.”

15. Além disso, nos termos da análise da Serur, considero que a utilização da Nota Técnica 133/2017-SRG-SEM-SGT/ANEEL como fundamento para demonstração do papel alegadamente secundário da sinalização do custo da energia ao consumidor, pela ordem em que os elementos “mecanismo de arrecadação de recursos” e “repercussão sobre o segmento da demanda” aparecem no corpo do documento, mostra-se evidência frágil para se inferir que o objetivo da sinalização econômica aos consumidores seria secundário.

16. Por fim, alerta para a abordagem técnica da Serur dando conta de que a débil resposta do consumo ao preço de bens como a energia elétrica, pode se dar especialmente em virtude da baixa elasticidade preço da demanda, em se tratando de um bem essencial utilizado como insumo nas mais variadas atividades do consumidor.

17. Relembro, por oportuno, que o consumo de energia já foi objeto de reiterados ajustes nos diversos segmentos consumidores por ocasião das diversas crises de oferta por que tem passado a população brasileira, recordemos especialmente a crise dos anos 2000/2002, onde tivemos que conviver com um plano de racionamento para gerenciar a crise, quando foi estabelecida uma meta de economia de 20% no consumo energético e consumidores que não atingissem este valor veriam sua conta de luz mais cara.

18. Não obstante essa abordagem, concordo com o argumento da SeinfraElétrica, a quem requeri pronunciamento nesses autos nesta fase processual para melhor fundamentar a proposição a ser submetida ao Plenário, de que as etapas de monitoramento e avaliação são imprescindíveis ao ciclo de uma política pública, de forma a aferir seus resultados e utilizá-los para a promoção de aperfeiçoamentos contínuos.

19. Anuo, também, ao pronunciamento quando afirma “*para tal, é necessário estabelecer indicadores que deverão ser monitorados ao longo da execução da política pública, de modo a gerar insights aos gestores sobre a necessidade de aprofundar a avaliação sobre a eficácia e a efetividade da política em referência. Importa dizer que a boa implementação da política, assim como a boa*

avaliação ex post, dependem essencialmente do seu desenho, sendo baseadas na observância da relação de causa e efeito”.

20. Igualmente quando registra que *“É possível construir indicadores de eficácia, eficiência ou efetividade. Os indicadores de eficiência dizem em que medida os recursos utilizados para gerar um produto estão sendo otimizados ou desperdiçados, seja por falha nos insumos, seja nos processos. Os indicadores de eficácia demonstram se os produtos foram entregues no prazo fixado. Os de efetividade, por sua vez, são os que dizem se os resultados mais importantes da política estão acontecendo, e em que prazo”.*

21. Em síntese, em linha com a proposição da SeinfraElétrica, concluo que a determinação do subitem 9.1 do Acórdão 582/2018-TCU-Plenário deve ter seu texto ajustado, de forma a deixar claro que, em sendo de fato um objetivo perseguido pela política de Bandeiras Tarifárias, há a necessidade de se estabelecer metas, monitorar e avaliar efetivamente os resultados atrelados à almejada sinalização de preços ao consumidor de energia elétrica, de maneira a garantir que a política esteja tendo os efeitos desejados.

22. No entanto, ao examinar a sugestão da unidade técnica, verifico que as ocorrências em exame não chegam a se caracterizar propriamente como impropriedades, a demandar atuação do Tribunal na forma de determinações, mas vislumbro no caso a oportunidade de melhoria do desempenho da referida política pública que, nos termos do inciso III do art. 250 do Regimento Interno desta Corte, aponta para a expedição de recomendação.

23. No que tange aos demais dispositivos recorridos, subitens 9.2.1 e 9.2.2, subscrevo integralmente o exame da Serur, no sentido de tornar insubsistente o subitem 9.2.2, 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, e manter nos exatos termos o subitem 9.2.1, uma vez que o recorrente alega estar cumprindo tais requisitos, com consequente monitoramento pela unidade técnica, desnecessários comentários adicionais.

Ante o exposto, e em consonância com o exame da Secretaria de Recursos deste Tribunal, com o ajuste proposto pela SeinfraElétrica, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de maio de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator