

## VOTO

Trago ao colegiado embargos de declaração interpostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL em face do Acórdão 1.166/2019-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal expediu recomendação à agência.

2. O recurso merece ser conhecido porque atendidos os pressupostos de admissibilidade aplicáveis à espécie, não obstante estarmos tratando de recurso contra decisão do Tribunal que veiculou recomendação ao órgão jurisdicionado, tendo como pleito principal a declaração de insubsistência do comando.

3. Digo isso pois considero, nos termos da jurisprudência desta Casa, que as recomendações expedidas pelo TCU têm caráter informativo, colaborativo e não coercitivo, não impõem qualquer sucumbência aos seus destinatários, razão por que inexistente interesse recursal em desconstituí-las (Acórdão nº 8.528/2017-TCU-Primeira Câmara, relator Ministro Bruno Dantas), mas considerando que, a despeito dessa regra, a aplicabilidade desse entendimento deve ser analisada em cada caso concreto (Acórdão 2.533/2015-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas).

4. Além disso, anuo ao enunciado da jurisprudência de que é possível a oposição de embargos de declaração contra acórdão do TCU que proferiu recomendações, pois, a despeito de não possuírem natureza cogente, o órgão é detentor do interesse de agir para esclarecer eventual omissão, obscuridade ou contradição, de forma a obter as informações necessárias à sua avaliação sobre as medidas preconizadas pelo Tribunal (Acórdão nº 2.211/2016-Plenário, relator ministro Augusto Sherman).

5. No mérito, conquanto discorde de alguns dos argumentos apresentados pela embargante concluo que, efetivamente, a recomendação merece algum ajuste para que, conforme aduz a ANEEL na sua peça recursal, se harmonize com a fundamentação do acórdão recorrido de que as Bandeiras Tarifárias são mecanismo de sinalização ao consumidor do custo da energia em tempo real e não como indutor de uma redução no consumo.

6. Com efeito, a recomendação baseia-se na perspectiva de que a indução de uma resposta do consumo de energia elétrica seria um dos objetivos de fato do sistema de bandeiras tarifárias, entretanto, o voto que proferi naquela ocasião explicitamente acolhia, no item 9, a instrução da Serur dando conta de que o objetivo declarado seria *“sinalizar ao consumidor, em tempo real, os custos reais de geração de energia elétrica”*.

7. Isso não obstante, dirijo dos argumentos manejados pela recorrente de que *“para a ANEEL, a mera aferição do comportamento do consumo ante o sinal dado pelas Bandeiras é, ao mesmo tempo, desnecessária, custosa e precipitada”*.

8. Ainda que o objetivo das Bandeiras Tarifárias não seja a indução da redução do consumo de energia, mas a sinalização econômica dos custos de geração, para que o consumidor adote a decisão que lhe for mais conveniente, plenamente informado sobre o aumento dos custos do produto energia, conforme afirma a ANEEL, me parece pouco razoável que o ente regulador adote a sinalização como objetivo sem qualquer comprometimento posterior com os resultados da política, como transparece da peça recursal.

9. Veja que a própria ANEEL entende a importância desse objetivo, ao lado daquele de cumprir a finalidade de remunerar o maior custo de geração de energia, como mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das distribuidoras, vinculados a custos variáveis de geração, conforme consta da peça original do pedido de reexame:

*“30. Com efeito, a SeinfraElétrica, para chegar à conclusão do alegado desvirtuamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias, valeu-se de uma entrevista do Diretor-Geral da ANEEL à rádio CBN e de trechos da Nota Técnica nº 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23 de*

outubro de 2017. Em ambos, entretanto, as inferências feitas pela SeinfraElétrica, secundadas pelo voto condutor do Acórdão recorrido, não se sustentam após uma análise detida e acurada dos fatos. Na entrevista, o Diretor-Geral da ANEEL apenas esclarece que as Bandeiras Tarifárias têm por finalidade remunerar o maior custo de geração de energia (o que é verdade!) 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 (o que é igualmente verdadeiro!). A Nota Técnica n. 133/2017-SRG-SRM -SGT/ANEEL, de 23 de outubro de 2017, por sua vez, deixa expresso, em uma primeira passagem, que as Bandeiras Tarifárias são um mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras, vinculados a custos variáveis de geração, mas que também possui outra importante dimensão de sinalização econômica das condições de escassez momentâneas do suprimento de energia, que dá oportunidade ao consumidor de reagir tempestivamente a esse cenário. Rigorosamente, não há na Nota Técnica a hierarquização vislumbrada pela SeinfraEletrica e pelo voto condutor, que tomaram unicamente a ordem em que tais ideias foram expostas no texto do documento para da í inferir que o objetivo da sinalização econômica aos consumidores é secundário.

31. A verdade é que a ANEEL teve em mira as duas dimensões (sinalização econômica aos consumidores e arrecadação de recursos para fazer face a custos maiores de geração), que são, na realidade, indissociáveis, frise-se, desde a concepção do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

10. É dizer, se a ANEEL adotou a sinalização econômica como um dos objetivos da política de bandeiras tarifárias (ao lado da antecipação da arrecadação), não poderia, a meu sentir, entender que “a aferição do comportamento do consumo ante o sinal dado pelas Bandeiras é, ao mesmo tempo, desnecessária, custosa e precipitada”, sob pena de se considerar que esse objetivo, efetivamente, não tem qualquer valia para a agência reguladora.

11. Nessa linha, verifico da peça recursal que a ANEEL, a par de requerer a insubsistência da questionada recomendação, considera que, entendendo o Tribunal pela necessidade ou conveniência de manutenção da recomendação, a mesma poderia ser ajustada no sentido de ser orientada à sinalização econômica, com o fito de avaliar sua eficácia, efetividade, por meio de aferição dos resultados e promoção do monitoramento periódico, o que mitiga o impacto da abordagem precedente.

12. E o relatório do relator **a quo** já alertava para a necessidade de avaliação dos resultados da política:

“116. Pode-se constatar, portanto, que nem a Agência, nem a Empresa de Pesquisa Energética desenvolveram indicadores e métricas que possam indicar a efetividade e impacto dessa política pública sob o enfoque do consumidor, por mais que esse fosse um dos principais motivadores da sua implantação.

117. O uso de indicadores de desempenho para aferir os resultados alcançados de determinada política pública é preconizado pelas doutrinas de gerenciamento voltado para resultados. Portanto, dados sobre desempenho são fundamentais para a avaliação dos aspectos da eficiência, eficácia e efetividade do Sistema de Bandeiras”.

13. Assim, concordando com a ocorrência de parcial contradição no acórdão em discussão, uma vez que a recomendação expedida considerou como objetivo da política a indução de uma resposta no consumo de energia elétrica, elemento que não se coaduna com a perspectiva do órgão regulador, e considerando, como registrei no voto que orientou a decisão questionada, não crer 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, propugno por alterar os termos da recomendação, para adequá-la às premissas acima detalhadas.

14. Nesse contexto, tendo em vista que a ANEEL não considera a indução no consumo como um objetivo da política, excluo do texto da recomendação a referência à necessidade de definição de metas qualitativas e quantitativas em relação aquele elemento, reorientando a recomendação para o aspecto da sinalização econômica, sem prejuízo de que a agência reguladora, nos termos por ela mesma propugnados na peça recursal, promova a avaliação da eficácia e da efetividade, com aferição de resultados e promoção de monitoramento periódico desse elemento da política.

15. Por fim, promovo ajuste adicional no texto da recomendação para adequá-la às orientações da Resolução-TCU nº 265/2014, especialmente em relação ao prazo para cumprimento da medida, conforme apontado pelo embargante em sua peça recursal, sem prejuízo de alertar para o disposto no item do Acórdão nº 582/2018-TCU-Plenário.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de setembro de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator