



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu
Curso de Mestrado em Direito

Cid Arruda Aragão

**CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO:
uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF**

Brasília

2017

Cid Arruda Aragão

**CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO:
uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Luís Carlos Martins Alves Jr.

Brasília
2017

ARAGÃO, Cid Arruda.

CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF. Brasília, UniCEUB, 2012. 140 f.

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

1. Introdução; 2. O regime jurídico do setor elétrico; 3. A intervenção judicial no setor elétrico: a judicialização do GSF; 4. O controle judicial ideal para a garantia do ambiente apropriado ao desenvolvimento dos serviços de energia elétrica; 5. Conclusão.

Cid Arruda Aragão

**CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO:
uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Luís Carlos Martins Alves Jr.

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr

Orientador

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr.

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo – USB

RESUMO

ARAGÃO, Cid Arruda. *Controle judicial sobre a regulação do setor elétrico: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF*. Mestrado em Direito. Brasília: UniCEUB, 2017.

Este trabalho defende a necessidade de cautela no controle judicial sobre a regulação de energia elétrica. Parte-se da evolução do quadro jurídico do setor elétrico até o modelo atual, estabelecendo-se a base necessária para a reflexão proposta, dada a complexidade do tema. Em seguida, inicia-se estudo empírico sobre o caso da judicialização do GSF, em torno da qualidade da fundamentação das decisões judiciais proferidas e dos números sobre a oportunidade de contraditório dos entes administrativos. Na sequência, realiza-se exercício crítico do controle sobre os atos regulatórios a partir do contraste do processo judicial com o processo administrativo, sob a ótica da interação discursiva dos agentes envolvidos. A partir daí, torna-se possível estabelecer os problemas do ativismo do Judiciário para a estabilidade do quadro regulatório, ao não garantir o espaço oportuno para o debate regulatório. Ao final, conclui-se pela necessidade de o controle judicial atuar com subsidiariedade no espaço regulatório, mantendo cautela ao interferir na esfera administrativa.

Palavras-Chave: Regulação; energia elétrica; controle judicial; argumentação jurídica.

ABSTRACT

This paper postulates the need for caution in judicial review over the regulation of electricity. It starts from the evolution of the legal framework of the electric sector up to the current model, establishing the necessary basis for the proposed reflection, given the complexity of the theme. Next, an empirical study is started on the case of the GSF's judicialization, focusing on the quality of the grounds of judicial decisions and the numbers on the adversarial opportunity of the administrative entities. In the sequence, a critical exercise of control over regulatory acts is performed based on the contrast of the judicial process against the administrative process, from the point of view of the discursive interaction of the agents involved. From there, it becomes possible to establish the problems of Judiciary activism for the stability of the regulatory framework, by not guaranteeing the opportune space for the regulatory debate. In the end, it concludes by the need for judicial review to act on a subsidiary basis in the regulatory space, maintaining caution when interfering in the administrative sphere.

Keywords: *Regulation; electricity; judicial review; legal argumentation.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

CCEAR – Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CMO – Custo Marginal de Operação

GSF – *Generation Scaling Factor*

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PCH – Pequena Central Hidrelétrica

PLD – Preço de Liquidação de Diferenças

MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica

MCP – Mercado de Curto Prazo

MME – Ministério de Minas e Energia

MRE – Mecanismo de Realocação de Energia

SIN – Sistema Interligado Nacional

TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão

SUMÁRIO

1. Introdução	09
2. O regime jurídico do setor elétrico	12
2.1. A evolução do regime jurídico do setor elétrico	13
2.1.1. Até 1990	13
2.1.2. A partir de 1990	18
2.2. O modelo atual do setor elétrico	27
3. A intervenção judicial no setor elétrico: a judicialização do GSF	47
3.1. A 1ª fase da judicialização	49
3.1.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades	50
3.1.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades	65
3.1.3. Impacto regulatório das decisões judiciais	71
3.2. A 2ª fase da judicialização	75
3.2.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades	76
3.2.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades	80
3.2.3. Impacto regulatório das decisões judiciais	85
3.3. A 3ª fase da judicialização	87
3.3.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades	87
3.3.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades	89
3.3.3. Impacto regulatório das decisões judiciais	93
4. O controle judicial ideal para a garantia do ambiente apropriado ao desenvolvimento dos serviços de energia elétrica	102
4.1. A inadequação do processo judicial para o debate regulatório	105
4.2. Controle judicial sobre a atividade regulatória: uma necessidade com ressalvas ..	116
4.3. O imperativo de cautela no controle judicial sobre a regulação do setor elétrico ..	121
5. Conclusão	131
Referências	133

1. Introdução

O controle judicial sobre a *regulação* dos serviços de energia elétrica deve ser realizado com cautela e respeito aos atos produzidos na esfera administrativa¹. O processo judicial não detém o formato adequado para a participação ativa na regulação setorial, e o aumento verificado na judicialização do setor elétrico² torna-se preocupante, na medida em que a Justiça não tem se intimado em realizar interferências importantes na matéria. Essa intromissão tem provocado instabilidade no mercado de energia elétrica, culminando em sucessivas paralisações das liquidações financeiras do mercado de curto prazo, a partir do ano de 2015, e em índices impressionantes de inadimplência. Aqui será estudado caso de controle judicial que se encontra no cerne desse movimento. Deu origem a uma enxurrada de decisões contraditórias, que materializaram ingerência arbitrária na atividade regulatória³.

A evolução da regulação dos serviços de energia elétrica mostra o grande desafio de atender, com qualidade – continuidade na prestação e modicidade de preços –, país com tamanho território e população. Assim é que o abastecimento de energia elétrica passou por representações jurídicas bastante distintas ao longo de sua existência, oscilações que refletiram crises e iniciativas de renovação. O atual modelo setorial representa uma aposta na participação da iniciativa privada, a qual se fez presente na prestação dos diversos serviços necessários à viabilização do consumo de energia elétrica em todo o país. Nesse modelo, a energia elétrica foi transformada em produto, submetida a um comércio entre os responsáveis por sua produção e aqueles que a consomem. Isso significou a alteração de paradigma das atividades relacionadas que, no passado, eram desenvolvidas enquanto serviço público, passando a atividade de mercado sujeita à regulação estatal.

Nesse cenário, a criação de um ambiente adequado à realização de negócios é imprescindível. Dentre outras coisas, há que se garantir previsibilidade às consequências jurídicas dos atos praticados pelos agentes setoriais, sem o que recursos financeiros são

¹ Para Anthony Ogus, o termo regulação insere-se num contexto econômico coletivista, em que o estado procura direcionar ou encorajar o comportamento dos cidadãos e demais agentes econômicos, assumindo que esse comportamento não ocorreria se não houvesse referida intervenção. Regulação, em termos gerais, conteria as ideias de controle por um superior, de função diretiva, de norma pública (no sentido serem impostas por órgãos estatais à sociedade civil) e de formulação e controle centralizados (*Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Hart Publishing: Portland, 2004, p. 1-2). Partindo dessa definição, identifica-se a regulação do setor elétrico como o conjunto dos atos governamentais destinados a direcionar o comportamento dos agentes econômicos envolvidos nas atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como dos consumidores desse bem. No Brasil, essa atividade se dá, sobretudo, pela legislação federal (a teor do que dispõe o art. 22, inciso IV, da Constituição Federal) e pelos atos oriundos da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (nos termos do art. 2º e 3º da Lei n.º 9.427, de 1996).

² De 2011 a 2016 – desde que a ANEEL passou a registrar esse tipo de informação –, a quantidade de ações judiciais ajuizadas contra a ANEEL, ao ano, saltou de 100 para 535 (SICNet 2.0/ANEEL).

³ Conforme exposição no Capítulo 3.

alocados de forma ineficiente, em vez de se revestirem em investimentos para a atividade. É imprescindível um quadro regulatório estável. Sem essa perspectiva, o modelo fica tolhido em seu potencial e, no limite, pode fracassar⁴. A responsabilidade por garantir esse tipo de qualidade para a regulação setorial não recai apenas sobre o ente administrativo regulador. Toda atuação estatal expressa um ato de intervenção na ordem social⁵, e não é diferente com o Poder Judiciário, cuja atividade representa uma intervenção *no processo de realização do direito*⁶. Assim, o controle judicial é peça determinante para o sucesso de uma política pública⁷, devendo posicionar-se como fator de estabilidade jurídica – condição fundamental para o desempenho eficiente dos serviços de energia elétrica.

Este trabalho propõe uma reflexão sobre o controle judicial adequado à regulação do setor elétrico. Espera-se enfrentar a questão sobre o modo como deve atuar o Poder Judiciário para garantir um ambiente de maior estabilidade regulatória.

Essa análise será possível a partir do estudo do caso da judicialização do GSF. Trata-se de universo representativo do modo pelo qual o Judiciário tem atuado sobre a regulação do setor, abrangendo 175 medidas liminares exaradas, de 2014 ao início de 2017, com repercussão significativa sobre a regulação setorial. Não há tema afeto à regulação do setor elétrico que tenha gerado tamanha repercussão judicial nesse mesmo período⁸. O caso foi dividido em três fases, em referência aos diferentes tipos de decisões judiciais proferidas acerca do tema. Cada fase dará ensejo a estudo empírico qualitativo, em torno da qualidade da fundamentação das decisões judiciais proferidas, e quantitativo, especialmente acerca dos números sobre a oportunidade de contraditório dos entes administrativos. A partir desse estudo, será possível qualificar a atuação do Judiciário, analisando seus efeitos sobre a regulação setorial, e tirar conclusões sobre os moldes atuais em que se tem dado o controle judicial.

São duas as hipóteses, que serão comprovadas ou refutadas ao longo da dissertação.

⁴ Essa ideia será desenvolvida no Capítulo 4.

⁵ *O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade (...), daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações do que ele “intervém” e cumpre papel de “regulação” da economia (Nicos Poulantzas 1977/33). Assim, toda atuação estatal, é, neste sentido, expressiva de um ato de intervenção (GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 21)*

⁶ *O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito (FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 126).*

⁷ Nesse sentido, Roger Stiefelmann Leal destaca como o juiz, no contexto do aumento do controle judicial sobre as políticas públicas, *passa a ser encarado como elemento participante do sucesso ou do fracasso político do Estado (A Judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, RT, v. 7, n. 29, p. 231-237, out./dez. 1999 apud APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26).*

⁸ Conforme informações extraídas do SICNET 2.0/ANEEL.

Primeira hipótese. A atuação ativista do Poder Judiciário é oportuna para um ambiente de maior estabilidade do quadro jurídico-regulatório do setor elétrico. O controle judicial pode assumir protagonismo nas definições sobre a regulação setorial, inclusive se antecipando ao processo administrativo-regulatório ou substituindo a atuação do ente regulador.

Segunda hipótese. O Poder Judiciário deve atuar de forma conservadora, sendo cauteloso ao interferir nas atividades administrativo-regulatórias. O processo judicial não é meio adequado para o debate regulatório, devendo respeitar o processo administrativo e interferir em último caso, apenas quando se fizer necessário para salvaguardar o interesse público.

As etapas deste trabalho cumprirão demonstrar a necessidade de o Poder Judiciário portar-se com cautela no controle sobre a regulação do setor elétrico. Para tanto, num primeiro momento, apresentam-se as características básicas da regulação setorial. Em vista da complexidade da matéria, trata-se de noção fundamental para a compreensão deste estudo. Em seguida, inicia-se o estudo do caso da judicialização do GSF, do qual será possível extrair o panorama sobre o modo com que tem sido realizado o controle judicial sobre a regulação do setor elétrico. As informações empíricas colhidas permitirão, ao final, realizar um exercício crítico sobre a atuação do Poder Judiciário, em contraste com a atuação administrativo-regulatório, especialmente sob a ótica da interação discursiva dos agentes envolvidos.

2. O regime jurídico do setor elétrico

O regime jurídico do setor elétrico é complexo. Do ponto de vista formal, isso se relaciona à abundância de atos normativos, de nível legal e infralegal, que dispõem sobre a matéria. Do ponto de vista material, a complexidade advém da necessidade de abarcar-se uma variedade de atividades econômicas – geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica –, cada qual demandando tratamento regulatório específico, cuja compreensão pode depender de conhecimentos técnico-científicos de engenharia, economia etc. Ademais, há um largo sistema de competências atribuídas aos órgãos e entes da Administração Pública atuantes no setor – tais como o Ministério de Minas e Energia – MME, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e a Empresa de Pesquisa Energética – EPE. Essas qualidades do regime o tornam pouco acessível à comunidade jurídica. Entretanto, além disso, a estrutura curricular dos cursos de graduação em Direito, quando muito, dispõe de disciplina sobre *regulação* ou *direito regulatório*⁹. Não se conhece curso de graduação que oferte disciplina específica sobre a regulação do setor elétrico. O assunto também não é exigido para o exercício de cargos públicos ocupados por profissionais do Direito – nem mesmo para aqueles que poderão ver-se diretamente envolvidos com o tema, como é o caso dos cargos da advocacia pública federal, da magistratura federal e do Ministério Público Federal. Tudo isso concorre para o hermetismo da disciplina, o qual explica o fato de, nas ações sobre o tema, as petições iniciais ou a resposta do réu costumarem trazer tópico introdutório sobre aspectos gerais da regulação setorial, antes de adentrarem propriamente no mérito da discussão¹⁰. Nessa mesma linha, justifica-se o panorama sobre o quadro jurídico-regulatório dos serviços de energia elétrica traçado a seguir, o qual, sem dúvida, tornará mais fácil a compreensão sobre a reflexão proposta neste trabalho.

Antes de se detalhar o modelo do setor elétrico, será realizada passagem rápida pela evolução histórica da matéria, até chegar-se nas feições atuais. Esse resgate revelará um setor que recebeu vestimentas jurídicas bastante heterogêneas ao longo de sua existência. Por trás desse traço, observa-se um percurso marcado de altos e baixos e o empenho na busca pelo formato mais apropriado ao desenvolvimento da atividade. A dificuldade de encontrar-se as soluções adequadas ao funcionamento eficiente do setor é reveladora da complexidade acima

⁹ Como é o caso do curso de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Cf. http://www.direito.usp.br/graduacao/arquivos/grade_curricular_ingressantes_2008_obrig.pdf. Acesso em: 19.06.2017.

¹⁰ Confirmam-se quaisquer das petições iniciais constantes dos processos judiciais referidos no Capítulo 3.

mencionada. A evolução do quadro jurídico-regulatório deixa nítida essa dificuldade e permite que se dê boa dimensão sobre o que significa desarranjar um setor que há tanto tempo luta para encontrar seu caminho.

2.1. A evolução do regime jurídico do setor elétrico

A evolução do regime jurídico do setor elétrico no Brasil, desenvolvida nesta seção, foi agrupada entre o período mais antigo, que vai da chegada da energia elétrica no Brasil até 1990, e o período mais recente, a partir de 1990, em que uma série de mudanças normativas começam a dar nova cara ao regime, até alcançar-se o quadro jurídico atual.

2.1.1. Até 1990

Desde que a tecnologia da eletricidade chegou ao Brasil¹¹ até meados da década de 1930, o setor elétrico funcionou de forma desorganizada, no que diz respeito ao plano nacional. O serviço restringia-se ao interesse apenas local, consistindo em atividade-meio atrelada às finalidades dos centros urbanos com iluminação pública e utilização de bondes elétricos, e de determinados tipos de fábricas. A geração e distribuição da eletricidade, além da prestação dos serviços públicos relacionados, eram dominados pela Light¹² – empresa de capital canadense que iniciou sua operação no Brasil em 1895 – e pela Amforp – empresa formada por capital americano, instalada aqui, em 1927¹³; com atuação residual de algumas empresas de pequeno porte, nas regiões de menor dinamismo econômico do país, de forma isolada, frequentemente para o consumo localizado em um único município, sobretudo de indústrias têxteis¹⁴. Esse período não foi marcado por definições jurídicas em nível nacional. Na verdade, a Constituição Federal de 1891 garantia a exploração plena da propriedade pelos proprietários, inclusive das minas¹⁵ – alicerce que também serviu à exploração hidroelétrica. Quando a exploração de

¹¹ A primeira demonstração pública da lâmpada de Edison ocorreu, em 1879, com a inauguração da iluminação elétrica da estação central da Estrada de Ferro D. Pedro II, atual Central do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro (DIAS, Renato Feliciano (coord.). *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988, p. 30).

¹² Entre 1915 e 1930, a Light respondia, no Brasil, por 40% da capacidade instalada – conceito que reflete a quantidade de energia disponível para o consumo. Em 1945, esse domínio subiria para 46%. (MCDOWAL, Duncan. *The Light: Brazilian Traction, Light and Power Company Limited*, 1988, p. 406 *apud* LEITE, Antonio Dias. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 58).

¹³ A Amforp chegou no Brasil com orientação de adquirir empresas instaladas nos principais centros urbanos fora do domínio da Light. Nesse sentido, assumiu o controle de onze concessionárias, entre 1927 a 1928 (LEITE, Antonio Dias. *Op. cit.*, p. 59).

¹⁴ GOMES, João Paulo Pombeiro, VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. O campo da energia elétrica no Brasil de 1880 a 2002. *Rev. Adm. Pública* [online]. 2009, vol.43, n.2, pp.295-321. ISSN 0034-7612. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122009000200002>. Acesso em: 03.05.2017). DIAS, Renato Feliciano (coord.). *Op. cit.*, p. 44. LIMA, José Luiz. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor elétrico: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995, p. 15.

¹⁵ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

energia elétrica era meio para a prestação de atividades urbanas, os marcos jurídicos eram de natureza civilista e contratual, correspondendo aos contratos firmados pelas empresas com os municípios, para a cessão de uso do solo municipal em caráter de exclusividade. A atividade não possuía natureza de serviço público, no sentido de se impor aos empresários obrigações referentes à universalidade de sua prestação ou à modicidade tarifária. Dessa forma, os investidores possuíam liberdade para aportar recursos apenas onde estimassem retorno garantido. À medida em que a atividade ganhava relevo, crescia o interesse de intervenção pelo Estado¹⁶.

A partir da Revolução de 1930, de forte orientação nacionalista, e da chegada de Getúlio Vargas ao poder, iniciou-se grave mudança de perspectiva para o tema. O setor elétrico recebeu maior atenção pela União, que iniciou um movimento para controlar e estatizar a atividade¹⁷. De forma crescente, o ente federal centralizou o planejamento e a regulação do serviço e, por meio da criação de empresas públicas, passou a prestá-lo de forma indireta e vertical, com o controle sobre todos os seus segmentos – geração, transmissão e distribuição. Os marcos jurídicos a seguir registram a mudança de paradigmas:

- Decreto-Lei n. 24.643, de 1934 – Código de Águas: é o principal marco jurídico do período, estabelecendo um regime nacional para autorizações e concessões para aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular (art. 139 e seguintes); centraliza na União a autorização e concessão dos serviços de energia elétrica (art. 110 e seguintes), a fiscalização (art. 144 e 178) e o planejamento necessário à assegurar o serviço adequado (art. 179); prevê a possibilidade de reversão (art. 166), encampação (art. 167) e caducidade da concessão (art. 168), por ato da União; estabelece a retribuição pelo serviço, por meio de tarifa que reflete o seu custo (*serviço pelo custo* – art. 180);
- Constituição de 1934: estabelece a competência privativa da União para legislar sobre energia hidrelétrica (art. 5º, inciso XIX, alínea “j”);

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

¹⁶ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 74.

¹⁷ BRASIL. Biblioteca do Exército. *A Energia Elétrica no Brasil: da primeira lâmpada à Eletrobrás*. Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército, 1977, p. 62

- Decreto-Lei n.º 8.031, de 1945: cria a Companhia Hidro-Elétrica do Rio São Francisco – Chesf, que inaugura a atuação do Estado em empreendimentos de geração de energia elétrica, inclusive com a construção de usinas de grande porte;
- Decreto n.º 41.019, de 1957: regulamenta o Código de Águas, no que diz respeito aos serviços de energia elétrica, robustecendo as incumbências do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE¹⁸, na coordenação do aproveitamento racional dos recursos hidráulicos (art. 9º), e sobre a prestação dos serviços de energia elétrica;
- Lei n.º 3.782, de 1960: cria o Ministério de Minas e Energia – MME, retirando as atribuições sobre os assuntos relacionados ao aproveitamento energético do Ministério da Agricultura (arts. 6º e 7º);
- Decreto-Lei n.º 689, de 1969: extingue o CNAEE, concentrando, num único ente, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, as atribuições de fiscalização e regulamentação dos serviços de energia elétrica;
- Lei n.º 3.890-A, de 1961: cria as Centrais Elétricas Brasileiras S. A. – Eletrobrás, com o objetivo de realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades (art. 2º). A empresa se torna uma *holding* das concessionárias federais do serviço público de energia elétrica, com amplas funções, desde o planejamento da expansão do sistema à construção e operação de parques de geração, além de administradora dos recursos financeiros destinados às necessidades de expansão do setor (papel que antes era desempenhado pelo BNDE). Ficou a cargo da Eletrobrás a condução do Plano Nacional de Eletrificação, que provocou profunda reestruturação do setor, tanto no sentido de sua expansão quanto na intervenção direta do Estado nas atividades do setor¹⁹.

Ao final desse período, o setor elétrico girava em torno da atuação da Eletrobrás, que se fazia presente em todos os segmentos do setor elétrico²⁰, inclusive no planejamento, na

¹⁸ Criado pelo Decreto-Lei n.º 1.285, de 1939.

¹⁹ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Op.cit., p. 214-218.

²⁰ Cf. arts. 7º, §1º, e 15 da Lei n.º 3.890-A, de 1961 e 1º da Lei n.º 5.899, de 1973.

arrecadação e gestão de recursos financeiros²¹ e no financiamento de programas destinados à expansão do sistema²². Além da implantação de usinas de grande porte, incumbiu-se à empresa federal, com exclusividade, a construção e operação das linhas de transmissão para interligação dos estados²³. A Eletrobrás, demais disso, exercia influência nas empresas estaduais, associando-se a elas ou, de forma mais indireta, pela concessão de financiamentos²⁴. O protagonismo da Eletrobrás, assim, revela a marca do modelo que vigorou até o início da última década do século XX, com participação preponderante do Estado, por toda a extensão dos serviços de eletricidade²⁵. As atividades de geração, transmissão e distribuição eram desempenhadas, de forma concentrada, por empresas fortemente integradas, dentro de um regime jurídico totalmente público. Não se falava, então, em mercado de energia elétrica. A remuneração das empresas era garantida e calculada pelo *custo do serviço*, efetivada por meio de tarifa homogênea no território nacional²⁶.

A federalização do serviço público, a partir do Código de Águas, aliada ao aumento da capacidade de investimento – fruto da estatização –, provocaram expressivo aumento da

²¹ Como ocorria, por exemplo, com a Reserva Global de Reversão – RGR, desde a edição da Lei n.º 5.655, de 1971, e passou a ocorrer com a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, instituída pela Lei n.º 10.438, de 2002 – sendo que, a partir de 1º de maio de 2017, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE passa a assumir a gestão da CDE, nos termos do art. 13, §5-A. Isso, sem falar na instituição, no passado, de Empréstimo Compulsório e do Imposto Único sobre Energia Elétrica – IUEE, destinados à Eletrobrás, nos termos da Lei n.º 4.156, de 1962 – sendo que da arrecadação do IUEE, a Lei estabelece que 40% pertencem à União e serão creditados ao Fundo Federal de Eletrificação – FFE, 50% aos Estados, Distrito Federal e Territórios e 10% aos Municípios, para aplicação em planos setoriais elaborados com a colaboração da Eletrobrás (art. 12).

²² Como ocorria com o Fundo Federal de Eletrificação – destinado a prover e financiar instalações de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, assim como o desenvolvimento da indústria de material elétrico (art. 1º da Lei n.º 2.308, de 1954) – a partir da Lei n.º 4.156, de 1962.

²³ Art. 1º da Lei n.º 5.899, de 1973.

²⁴ Cf. O art. 15, §2º, da Lei n.º 3.890-A, de 1961, trata da possibilidade da participação minoritária e de financiamento pela Eletrobrás às empresas de energia estadual. Vale, porém, transcrever a redação original completa do art. 15, pois consegue ilustrar, não só isso, mas ainda o papel imperante da Eletrobrás no fortalecimento e na expansão de todo o setor elétrico:

Art. 15. A ELETROBRÁS operará diretamente ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar, para cumprimento de seu objeto social.

§ 1º A Sociedade poderá organizar subsidiárias mediante aprovação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, nas quais deverá ter a maioria das ações com direito a voto, podendo, entretanto, ainda com aprovação prévia daquele Conselho, fazer cessar a sua participação desde que as subsidiárias atinjam maturidade econômica e sempre que isto se fizer necessário para, com a rápida recuperação do capital investido, possibilitar novos investimentos em outras áreas do território nacional.

§ 2º A Sociedade poderá tomar ações e obrigações, ao portador, de empresas de energia elétrica sob controle dos Estados, Distrito Federal e Municípios, qualquer que seja a sua participação no capital das referidas empresas, bem como conceder-lhes financiamentos.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Somente mediante aprovação do Presidente da República, ouvido o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, poderá a Sociedade tomar ações de empresas produtoras e distribuidoras de energia elétrica que não estejam sob o controle da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

²⁵ Apesar do domínio completo da Eletrobrás no setor elétrico, sua participação no desenvolvimento econômico nacional poderia ter sido ainda maior. Quando da discussão que antecedeu sua criação, os projetos do segundo governo Vargas situavam a empresa não só como vetor de expansão do setor elétrico, mas inseriam-na no centro das articulações para a implantação das indústrias de base do país. Foi no governo JK que o papel da empresa se restringiu ao setor elétrico – inibição provocada pela sinalização de abertura de espaço para investimentos externos na indústria, em economias de industrialização tardia, como era o caso do Brasil (cf. LIMA, José Luiz. *Op.cit.*, p. 76).

²⁶ Cf. arts. 180 do Código de Águas e 1º da Lei n.º 5.655, de 1971

capacidade geração²⁷. Além disso, até então, os sistemas elétricos, direcionados tão somente às necessidades locais, eram caracterizados por sua baixa integração. As décadas seguintes à reestruturação assistiram o esforço contínuo de interligação, o que garantia maior confiabilidade, maior universalidade e a possibilidade de construção de empreendimentos de geração distantes dos centros urbanos. A pretexto de transportar a energia de Itaipu, a Lei n.º 5.899, de 1973, lançou as premissas do que hoje é conhecido como Sistema Interligado Nacional – SIN (arts. 12 e 13). Estabeleceu a coordenação operacional dos sistemas interligados das Regiões Sudeste e Sul, com o objetivo de realizar o uso racional das existentes e futuras instalações geradoras e de transmissão. Estipulava, ainda, o rateio entre as concessionárias do sistema dos ônus e vantagens decorrentes das variações de condições hidrológicas – mesmo princípio de mitigação de riscos que futuramente justificaria a criação do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, apresentado adiante.

Esse modelo entrou em colapso, a partir da segunda metade dos anos 70, por uma série de fatores, que comprometeram a capacidade de expansão do sistema de forma autossuficiente. O Estado não tinha condições de realizar novos investimentos, em virtude do grande endividamento público. As empresas estatais foram descapitalizadas, ao mesmo tempo em que perderam o incentivo à busca de eficiência. De um lado, aquelas que possuíam situação superavitária eram obrigadas a remunerar as que estavam em situação deficitária, o que foi justificado então como fator de desenvolvimento regional e meio de absorção de geradores com elevado custo de implantação e operação, a exemplo das centrais nucleares²⁸. De outro lado, foi-lhes imposta contenção tarifária, sob o pretexto de combater a inflação, com atrasos sistemáticos nos reajustes tarifários e deterioração real dos preços dos serviços públicos²⁹. Na prática, o paradigma legal da remuneração pelo custo do serviço foi afastado, enquanto o déficit era lançado nas Contas de Resultado a Compensar – CRC³⁰. A condição financeira das empresas foi adicionalmente abalada com sua utilização pelo Governo para contrair empréstimos no exterior, a fim de dar cobertura aos déficits da balança de pagamentos do Brasil – originados

²⁷ A capacidade instalada cresceu, entre 1931 e 1945, na ordem de 72,27% - crescimento modesto, em virtude da crise 1929, da II Guerra Mundial e da falta de investimentos pelo setor privado, cuja atuação, no campo operacional, ainda era predominante; entre 1946 e 1962, cresceu 326,90%, com a forte participação do Estado na condição de indutor da expansão do setor elétrico; entre 1963 e 1979, com a criação da Eletrobrás e profunda estatização do setor, cresceu 388,22%; entre 1980 e 1992, período marcado pela crise no setor, a capacidade instalada cresceu 120,31% (GOMES, João Paulo Pombeiro, VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. Op. Cit.)

²⁸ Isso, por meio da criação da Reserva Global de Garantia – RGG, pelo Decreto-Lei n.º 1.383, de 26 de dezembro de 1974.

²⁹ Em 1975 e 1976, por exemplo, o Conselho de Desenvolvimento Econômico – CDE limitou os reajustes de tarifas e preços públicos ao máximo de 20% a.a. (LESSA, Carlos. A estratégia de desenvolvimento, 1974-1976: sonho e fracasso. Tese (Doutorado). Faculdade de Economia e Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978 *apud* LIMA, José Luiz. Op.cit., p. 123/124). Por sua vez, em 1986, o congelamento das tarifas ocorreu por força do Plano Cruzado (LEITE, Antonio Dias. Op. cit., p. 279).

³⁰ Cf. art. 1º, §1º, da Lei n.º 5.655, de 1971.

das altas faturas da *conta petróleo*, em virtude da disparada dos preços da *commodity*, pela Crise do Petróleo de 1979. Isso, num período de elevação brutal dos juros internacionais, provocados por fatores como a moratória mexicana e a valorização do dólar com Reagan. Adicionalmente, a Constituição Federal de 1988 retirou do setor importantes fontes de receita, como o Imposto Único sobre a Energia Elétrica e os empréstimos compulsórios. Tudo isso abalou a capacidade do setor de se autofinanciar. Passou a depender progressivamente de recursos advindos de fontes externas – elevando o serviço da dívida –, inclusive na tentativa de conter a inadimplência entre as empresas estatais e em relação a fornecedores e empreiteiros. Esses fatos, vale registrar, foram acompanhados por uma atuação frágil e conivente do DNAEE, cedendo às pressões governamentais que conduziram à situação crítica do setor elétrico³¹.

2.1.2. A partir de 1990

Os esforços para salvar o setor não se mostravam suficientes. A edição da Lei n.º 8.631, de 1993, trouxe alívio às contas das empresas de energia elétrica, estipulando novos critérios para definição mais racional dos níveis de tarifas. Extinguiu o regime de remuneração garantida, a equalização tarifária e a CRC – reconhecendo, contudo, o direito das concessionárias em relação aos valores dessa conta (art. 7º). Estipulou, ainda, a necessidade de celebração de contratos entre geradores e distribuidoras, regulados pelo Poder Concedente (art. 3º). Apesar desse esforço, o descontrole administrativo das concessionárias do serviço público persistia, com o desperdício de recursos com maus investimentos e gastos salariais incompatíveis com sua situação financeira³². Uma reforma ampla e profunda era necessária. Sua implementação ocorreu, porém, de forma errática e casuística, sem um planejamento global e sistemático, a partir da edição de diversos atos normativos³³. O seu princípio basilar era a busca da eficiência do setor por meio da concorrência. Em torno dessa ideia, foi criada uma série de normas e agentes, buscando condições para o desempenho dos serviços de energia elétrica pela iniciativa privada e para a restrição da interferência estatal apenas ao necessário – isto é, focalizada onde

³¹ GOLDENBERG, José, PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. *Tempo soc.* [online]. 2003, vol.15, n.2, pp.219-235. ISSN 0103-2070. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702003000200009>. Acesso em: 03.05.2017. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Reforma e Crise no Setor Elétrico Brasileiro – aspectos concorrenciais, in ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil: Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB – Thomson, 2003. P. 57-96. ROSA, Luiz Pinguelli, TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, PIRES, José Claudio Linhares. *A reforma do setor elétrico no Brasil e no mundo: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Coppe, UFRJ, 1998, P. 154-157. DEPARTAMENTO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA ELETROPAULO. *HISTÓRIA & ENERGIA*, 6: O capital privado na reestruturação do setor elétrico. São Paulo: Eletropaulo, Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 61-110.

³² GOLDENBERG, José, PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Op. Cit. GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. *Regulação da Exploração da Eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional*. Curitiba: Editora CRV, 2013, p. 177-178.

³³ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. Cit., p. 66.

a concorrência não se mostrasse possível. Esse esforço perpassa os principais marcos jurídicos deste período, como se vê a seguir.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os potenciais de energia hidráulica são bens da União (art. 20, inciso VIII) e que é competência da União *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água* (art. 21, inciso XII, “b”)³⁴ e, privativamente, legislar sobre águas e energia (art. 22, inciso IV). A redação original do art. 176 dispunha que a exploração indireta dos potenciais hidrelétricos era restrita a brasileiros e empresas brasileiras de capital nacional. Aqui se deu umas das primeiras alterações da reforma regulatória. A Emenda Constitucional n.º 6, de 15 de agosto de 1995, alterou a redação do dispositivo, apenas exigindo que as empresas fossem constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País (§1º). Abriu-se então a possibilidade de exercício da atividade por empresas com capital e controle estrangeiros.

A Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro 1995 – Lei das Concessões Públicas – discorreu sobre a delegação de serviços estatais a empresas e consórcios de empresa, *por sua conta e risco* (art. 2º, inciso II e III). No mesmo impulso, em 7 de julho de 1995, foi publicada a Lei n.º 9.074, o primeiro marco legal relevante da reforma do setor elétrico. Esse diploma criou o regime do produtor independente de energia, o qual recebe *concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco* (art. 11, *caput*). Trata-se de uma completa mudança de paradigma. Até então, a geração de energia elétrica podia enquadrar-se apenas nos regimes de serviço público ou de autoprodução – geração para consumo próprio³⁵. Esse terceiro regime³⁶, do produtor independente de energia, trouxe uma nova forma de enxergar a energia, como produto passível de livre comércio, não atrelado à prestação de serviço público. Até então, a retribuição pela atividade de geração sujeitava-se exclusivamente à fixação da tarifa pelo Poder Público³⁷, a recaírem, ao final, sobre os consumidores conectados às distribuidoras. O produtor

³⁴ Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 129) anota que o art. 21 da Constituição Federal nunca se refere às atribuições da União como *serviços públicos*, mas simplesmente como *serviços* – à exceção do inciso XIV, que deve ser entendido em sentido *latu*, referindo-se a todas as atividades do Ente de que trata (Distrito Federal). Esse registro é oportuno para a breve exposição que se fará a seguir, sobre a natureza do regime do produtor independente de energia elétrica.

³⁵ Isso, desde a edição do Código de Águas, consoante seus arts. 140, 141 e 150 e seguintes.

³⁶ O art. 18, *caput*, sintetiza, de forma clara, a coexistência de três regimes referentes à geração de energia elétrica: *Art. 18. É autorizada a constituição de consórcios, com o objetivo de geração de energia elétrica para fins de serviços públicos, para uso exclusivo dos consorciados, para produção independente ou para essas atividades associadas, conservado o regime legal próprio de cada uma, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 23 da Lei n.º 8.987, de 1995.* (g.n.)

³⁷ A exemplo do que dispõem os arts. 162, “c”, 163 178, “b” e 180 do Código de Águas.

independente, por sua vez, tem livre acesso às redes de transmissão e distribuição, porém pode comercializar sua energia não só com as distribuidoras, mas com consumidores que não são por elas diretamente atendidos (arts. 11, parágrafo único, e 12). O exercício da atividade pelo produtor independente não corresponde a concessão de serviço público, pois está condicionada apenas à concessão do uso do potencial de energia hidráulica (art. 13)³⁸. A atividade é explorada por conta e risco do particular e, a despeito de ser exercida no interesse público³⁹, não se sujeita à mesma carga regulatória aplicada às concessionárias de serviço público. De fato, não se compatibiliza com o regime do produtor independente conceitos como o serviço adequado, nem o dever de expansão e universalização; nem ainda modicidade tarifária, política tarifária ou tarifa e manutenção de equilíbrio econômico-financeiro mediante revisões e reajustes periódicos, os quais não fazem sentido diante da livre pactuação de preços e condições da venda de energia elétrica⁴⁰.

De outra banda, o novo regime prevê a figura do consumidor livre, que adquire sua energia diretamente de produtor independente de energia, com liberdade para negociação de preço e condições da compra. Essa qualidade só é oferecida aos indivíduos que consomem energia no atacado, segundo os limites estabelecidos pela lei⁴¹. Não se submete, portanto, ao

³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 724-725.

³⁹ A exploração dos potenciais de energia hidráulica sempre é realizada no interesse nacional, nos termos do art. 176, inciso I, Constituição Federal.

⁴⁰ Para vertente importante da doutrina especializada, a não sujeição do produtor independente de energia ao regime de serviço público adviria ainda que não se estivesse falando apenas de concessão de uso de bem público, mas de concessão de serviço. Essa corrente defende que a constituição dos serviços de energia elétrica como tarefas reservadas à competência exclusiva da União – isto é, competências públicas ou monopólio jurídico com execução delegável, nos termos do art. 21, inciso XII, “b”, da Constituição Federal –, por si só, não os qualifica necessariamente como serviços públicos, nem os submete a um regime jurídico substancialmente impermeável à competição e ao regime de direito privado. Nesse sentido, confira-se a obra de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, especialmente a partir da p. 109 e seguintes. Na mesma linha, RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira. *A inserção da produção independente de energia hidrelétrica na ordem econômica constitucional*. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2014. PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado, p. 261-300 in CASTRO, Marcus Faro de, LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010. MARQUES, Márcio Pina. O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração de atividade econômica, p. 451-478 in CASTRO, Marcus Faro de, LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010. É importante registrar que há oposição a esse entendimento na doutrina tradicional de direito administrativo, para a qual concessão dos serviços de que trata o art. 21, inciso XII, categorizar-se-ia necessariamente como concessão de serviço público, com base em dicotomia clássica entre atividade econômica e serviço público, a partir de interpretação que opõe as atividades previstas nos arts. 173 e 175 da Constituição Federal, e no apego às terminologias autorização – referência a atividade econômica – e permissão e concessão – referência a serviço público (cf. GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional*, estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 263. MARÇAL, Justen Filho. *Teoria Geral das Concessões Públicas*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 29. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 342). São categóricos a enquadrar a atividade do produtor independente de energia no regime de serviço público Marçal Justen Filho (*Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis nos. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 415) e Maria João Pereira Rolim (*Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 155 e ss). Essa discussão, de modo mais ou menos específico, também se encontra presente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nas ADI 3.090/DF, ADI 3.100/DF, ADPF 46 e RE 220.999/PE.

⁴¹ Cf. arts. 15 e ss da Lei n.º 9.074, 1993

regime regulado dos chamados consumidores cativos – os quais, pelo contrário, usufruem do serviço público de fornecimento de energia elétrica, em ambiente completamente regulado pelo Poder Público, mediante contraprestação financeira materializada na tarifa de energia elétrica que é paga às concessionárias de distribuição. Os consumidores livres, entretanto, não prescindem da mesma infraestrutura de transmissão e distribuição que atende os consumidores cativos. Em vista disso, tal como se operou com relação aos produtores independentes de energia, a Lei assegurou-lhes o acesso a essas instalações, estipulando apenas a necessidade de ressarcimento pelos custos com o transporte da energia (art. 15, §6º).

A Lei n.º 9.074 previu mecanismos voltados à desverticalização dos serviços de energia elétrica. Nessa linha, trouxe autonomia ao serviço de transmissão de energia elétrica, ao estabelecer que fossem definidas, entre as instalações de transmissão, aquelas que se destinariam ao *âmbito próprio do concessionário de distribuição, ao interesse exclusivo das centrais de geração e à formação da rede básica dos sistemas interligados*⁴² (art. 17). As últimas, portanto, materializariam o serviço público de transmissão, devendo ser objeto de concessão própria (art. 17, §1º), em regime, portanto, completamente apartado da distribuição e da geração.

Finalmente, com o objetivo de garantir maior eficiência ao serviço público prestado⁴³, a Lei autorizou a União a promover a privatização de empresas concessionárias de serviço público simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes (art. 27) e promover e aprovar cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviços públicos sob o seu controle direto ou indireto (art. 26). Na esteira do que dispunha o art. 42 da Lei n.º 8.987, de 1995, estabeleceram-se, ainda, regras para regularização das concessões de geração e distribuição, outorgadas no passado, que estavam sendo conduzidas em caráter precário, com prazo vencido ou indeterminado ou sem instrumento que as formalizasse. Dessa maneira, autorizou-se a União a realizar a prorrogação dessas concessões (art. 19 e seguintes), condicionando-se sua eficácia à assinatura de contratos de concessão. Tais instrumentos, de um lado, previam a renúncia pela concessionária de eventuais direitos preexistentes que contrariassem a Lei das Concessões (art. 25, caput) e, de outro, cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico, sujeitos à fiscalização, inclusive com a possibilidade de imposição de penalidades (art. 25, §§1º e 2º).

⁴² Sistemas interligados que a Lei n.º 10.848, de 2004, passaria a denominar de Sistema Interligado Nacional – SIN.

⁴³ Cf. art. 3º, inciso III, da Lei n.º 9.074, de 1995.

A reforma da regulação do setor elétrico continuou com a edição da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – sucedendo o antigo DNAEE, extinto pelo mesmo ato (art. 34, §4º) –, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (art. 2º). Foi constituída como autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, dirigida por um corpo de Diretores, em regime de colegiado, com mandatos não coincidentes de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal (arts. 1º, 4º, *caput*, e 5º). Decorre-se da criação de ente regulador independente o propósito de conferir maior estabilidade para a regulação do setor – pela expectativa de que suas decisões priorizem racionalidade técnico-científica à vontade política⁴⁴ –, o que, por sua vez, se relaciona com o estabelecimento das condições necessárias para a realização das privatizações e para a abertura do setor elétrico a investimentos privados^{45 46}. Nessa mesma linha, a Lei trouxe detalhamentos sobre aspectos econômicos e financeiros da regulação acerca das concessões (arts. 14 e seguintes).

As Leis n.º 9.074 e n.º 9.427 trouxeram alterações substanciais ao quadro jurídico do setor elétrico. Entretanto, a edição desses atos, por si só, não trouxe reflexos muito expressivos ao mundo fático. Apesar da criação das figuras dos produtores independentes de energia e dos consumidores livres, a geração continuava majoritariamente sob regime de serviço público, e poucas empresas fizeram a opção de se tornarem consumidores livres. De outra banda, a regulação da atividade por agência independente coexistia com a aplicação de legislação, que em sua grande parte, nada tinha de novo, já que as alterações propostas pelos diplomas, a despeito de relevantes, tocavam apenas alguns pontos da atividade⁴⁷.

A Medida Provisória n.º 1.531, de 5 de março de 1998 – convertida na Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998 – trouxe reforma mais ampla. Materializou o Projeto de Reestruturação do

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrática na “Regulação Independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244-245.

⁴⁵ Nesse sentido, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 1669/1996, que se transformaria na Lei n.º 9.427, de 1996, consignava: “O fortalecimento do órgão regulador, ao mesmo tempo em que proporciona segurança para os investimentos, nacionais e externos, considerados imprescindíveis para a expansão do setor elétrico nacional, representará, para os usuários dos serviços, garantia da sua prestação em quantidade, qualidade e com modicidade de tarifas” (BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Exposição de Motivos Nº 011/MME, de 14 de fevereiro de 1996 – Dossiê do Projeto de Lei n.º 1669/1996. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/PROposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194838>. Acesso em: 08.05.2017).

⁴⁶ Já Weber, ao discorrer sobre a *dominação legal*, registrava a dependência do capitalismo à organização racional do Estado, pautada numa *administração contínua, rigorosa, intensa e calculável*, sem a qual aquele (capitalismo) não poderia existir (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 146). No Capítulo 4, retoma-se essa discussão.

⁴⁷ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. Cit., p. 70.

Setor Elétrico Brasileiro – Projeto ReSEB⁴⁸, por meio do qual o Governo Federal buscava alcançar os seguintes objetivos:

- a) assegurar suprimento seguro e confiável de energia elétrica para o País e acesso à energia elétrica para aqueles as populações (sic) ainda não estão servidas; b) estabelecer condições para incentivar a eficiência econômica em todos os segmentos do setor, notadamente através da maximização da concorrência (quando isto for viável), do projeto de mecanismos regulamentares adequados e da continuidade das funções integrativas relevantes; c) apoiar o desenvolvimento de potenciais hidrelétricos econômicos como maior fonte de energia nacional; d) criar condições que dêem apoio à continuidade do programa de privatização e tornem novos investimentos atrativos para o setor privado, particularmente de alocação adequada dos riscos⁴⁹.

De fato, a tentativa de criar atrativos para a iniciativa privada e de estimular a concorrência toma forma em uma série de dispositivos da Lei n.º 9.648. Por meio de alteração na redação da Lei das Concessões⁵⁰, amplia os critérios de julgamento das propostas nas licitações que precedem a concessão dos serviços público, isto é, cria novos mecanismos para conferir atratividade ao certame, na perspectiva de um serviço mais barato em razão da concorrência. A participação da iniciativa privada também é estimulada pela tentativa de promover concorrência justa com entidades estatais, proibindo-lhes o recebimento de vantagens, inclusive por meio de tipo de tratamento tributário diferenciado⁵¹. Paralelamente, destacou as atribuições da ANEEL para impedir a concentração econômica e zelar pela defesa da concorrência⁵². Ao mesmo tempo em que reforçou o poder de polícia da ANEEL em face dos concessionários, permissionários e autorizados – na perspectiva de aprimorar a qualidade e continuidade do serviço -, trouxe limitação às multas administrativas, imprimindo previsibilidade para a atuação dos agentes privados⁵³. Com o fim de estimular as privatizações, propôs a reestruturação da Eletrobrás (art. 5º) e trouxe a possibilidade de alteração do regime do gerador hídrico privatizado. Desse modo, um gerador devotado ao regime de serviço público, com a privatização, poderia passar à condição de produtor independente de energia – fator a agregar maior atratividade à aquisição das entidades públicas pelos agentes privados⁵⁴.

⁴⁸ Elaborado pela empresa de consultoria inglesa Coopers & Lybrand, a partir de contratação, mediante licitação, em 1996, por cerca de US\$7 milhões (LEITE, Antonio Dias. Op. cit., p. 328).

⁴⁹ COOPERS E LYBRAND. Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II – Relatório Principal. Brasília, dezembro de 1997, item 1.20 e ss. *apud* CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. Cit., p. 71.

⁵⁰ Cf. art. 15 da Lei n.º 8.987, de 1995, alterado pelo art. 2º da Lei n.º 9.648, de 1998.

⁵¹ Cf. art. 17, §2º, da Lei n.º 8.987, de 1995, incluído pelo art. 2º da Lei n.º 9.648, de 1998.

⁵² Cf. art. 3, incisos VIII e IX, da Lei n.º 9.427, de 1996 – com inclusão pelo art. 4º da Lei n.º 9.648, de 1998.

⁵³ Cf. art. 3, inciso X, da Lei n.º 9.427, de 1996 – com inclusão pelo art. 4º da Lei n.º 9.648, de 1998.

⁵⁴ Cf. arts. 28, §1º e ss., da Lei n.º 9.074, de 1995 – com inclusão pelo art. 3º da Lei n.º 9.648, de 1998 – e 7º da Lei n.º 9.648, de 1998.

A estruturação da comercialização de energia elétrica pela Lei n.º 9.648 foi ponto fundamental da reforma. Cria-se o Mercado Atacadista de Energia – MAE (art. 12), ambiente que viabiliza a realização das transações de compra e venda de energia elétrica – a partir da contabilização dos volumes de energia gerados e consumidos –, com a previsão de mecanismos de defesa do consumidor (art. 12, §1º) e de solução de divergências entre os agentes envolvidos (art. 12, §3º). Ademais, o MAE oferece mecanismo jurídico-financeiro para o tratamento da situação das transações não cobertas por contratos bilaterais (art. 12, §2º), que ocorre quando há diferenças entre o volume que foi efetivamente produzido/consumido e aquele que foi comercializado entre os agentes. Inaugura, dessa forma, o que hoje é chamado de Mercado de Curto Prazo – MCP, o qual receberá maior atenção adiante, por ilustrar o componente multilateral do setor elétrico que está no cerne da discussão proposta neste estudo.

Demais disso, estendeu-se a participação no livre comércio de energia elétrica, além dos consumidores livres, também às distribuidoras (art. 10). Como registrado acima, com a Lei n.º 8.631, de 1993, as distribuidoras passaram a celebrar contratos para compra de energia, com condições e preços definidos pelo Poder Concedente⁵⁵, isto é, por meio de negócio totalmente regulado. A Lei n.º 9.648, a seu turno, confia às concessionárias a liberdade nessa negociação, dispondo apenas sobre a necessidade de estabelecimento de critérios para limitar o repasse do custo da energia aos consumidores cativos (art. 10, §2º). O dispositivo define uma redução gradual dos contratos regulados pela ANEEL – aqueles firmados em condições ainda não competitivas –, a fim de preparar o novo modelo de liberdade comercial.

A Lei n.º 9.648 introduz, ainda, o agente comercializador de energia, peça que agrega dinamismo ao mercado de energia elétrica⁵⁶. Ele situa-se como um intermediador comercial entre produtor e consumidor de energia elétrica. O sentido por trás desse personagem é a redução dos custos de transação dos agentes que atuam no mercado de energia elétrica. Sob os novos paradigmas legais, os agentes de geração e distribuição – mas não os agentes de transmissão –, juntamente com os consumidores livres, passaram a desempenhar atividades de comercialização de energia elétrica⁵⁷. Porém, não se perdeu de vista que o negócio fundamental

⁵⁵ Cf. art. 3º da Lei n.º 8.631, de 1993.

⁵⁶ Cf. arts. 26, inciso II, e §3º da Lei n.º 9.427, de 1996 – com inclusão pelo art. 4º da Lei n.º 9.648, de 1998 – e 7º da Lei n.º 9.648, de 1998 – e 9º do Decreto n.º 2.655, de 1998.

⁵⁷ Nesse sentido, o Decreto n.º 2.655, de 1998, que regulamenta a Lei n.º 9.648, de 1998, teve o cuidado de registrar, em seu art. 10, *caput*, que *[a]s concessões, permissões ou autorizações para geração, distribuição, importação e exportação de energia elétrica compreendem a comercialização correspondente*. SOUTO e LOUREIRO denominam *comercialização conjugada* aquela realizada por geradores e distribuidoras, em contraposição à *comercialização isolada*, realizada pelos agentes comercializadores, que não geram nem distribuem energia (SOUTO, Carlos Fernando, LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25).

do gerador é a produção de energia elétrica. É essa atividade pela qual se responsabiliza e da qual se espera sua *expertise*. Um gerador pode não querer despende recursos – tempo, dinheiro e *know-how* – na busca de consumidores – que estão espalhados por todas as regiões do país – e na negociação, com cada um, sobre preços e demais condições da venda da energia. As distribuidoras e os consumidores livres igualmente estão envolvidos na sua atividade econômica principal – distribuição de energia e atividades industriais e comerciais, respectivamente – e podem buscar maior praticidade na compra de energia elétrica. Isso, num contexto regulatório em que o descasamento entre venda e geração efetiva e compra e consumo efetivo pode gerar grandes impactos financeiros e penalidades para a parte descoberta – isto é, aquela que vendeu mais do que produziu ou que consumiu mais do que comprou. O agente comercializador permite o ajuste pelos agentes de seus volumes de compra e venda de energia, simplificando o acesso ao produto, que adquire maior liquidez. Desse jeito, de um lado, possibilita o encontro mais eficiente entre geradores e consumidores e, de outro, estimula a competição no mercado⁵⁸.

A Lei criou, ainda, o Operador Nacional do Sistema Elétrica – ONS (art. 13), ator fundamental para a consolidação da interligação nacional dos sistemas elétricos, a quem se responsabilizou as atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados de todo o país. Até então, a coordenação operacional dos sistemas interligados era exercida pela Eletrobrás e suas subsidiárias, havendo grupos distintos para cuidar dos sistemas interligados do Sul e Sudeste⁵⁹ e dos sistemas do Norte e Nordeste⁶⁰. A novidade legal tanto implicou a unificação da operação dos sistemas interligados do Brasil, como a atribuição a agente independente do controle sobre a produção e transmissão da energia elétrica. O agente responsável pelo empreendimento de geração e transmissão executa os atos materiais referentes a sua operação e manutenção, mas perde a aptidão de dispor sobre o acionamento de suas instalações⁶¹. Geradores e transmissores passam a operar segundo o comando central do ONS.

Percebe-se a tentativa da reforma de melhorar a eficiência do setor por meio da concorrência, onde fosse possível – especialmente, em torno das atividades de geração e da comercialização. Nesse modelo, o regime não concorrencial, regulado pela ANEEL, limita-se

⁵⁸ http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19151. Acesso em: 01.06.2017.

⁵⁹ Cf. art. 12 da Lei n.º 5.899, de 1973.

⁶⁰ Cf. Portaria MME n.º 1.008, de 16 de setembro de 1974.

⁶¹ O art. 15 da Lei n.º 9.648, de 1998, inclusive, detalha a forma em que se operaria a transferência de atribuições das entidades que anteriormente exerciam a atividade para o ONS.

aos sistemas de transmissão e distribuição⁶², em vista da inviabilidade econômica de se construir uma multiplicidade sobreposta de sistemas elétricos – razão pela qual essas atividades são consideradas monopólio natural⁶³. A reforma cuida de estimular a concorrência por algumas vias que se complementam. Não havia como se criar um mercado livre de energia elétrica, sem que esse produto pudesse ser acessado, por geradores e consumidores, com total liberdade de uso dos sistemas de transmissão e distribuição. Dessa forma, reforçando as disposições da Lei n.º 9.074⁶⁴, determinou-se a contratação em separado da compra em energia e do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição (art. 9.º da Lei n.º 9.648). Além disso, era vital para o estabelecimento da concorrência no setor a continuidade do esforço de desverticalização, já que a Eletrobrás continuava a dominar, de forma integrada, as atividades de geração, transmissão e distribuição. A presença de empresa com esse tipo de poder inibe a participação de competidores, em razão do potencial de limitar o acesso ao sistema e de conferir-se vantagens exclusivas⁶⁵. Assim, a reestruturação do sistema Eletrobrás, prevista no art. 5º da Lei, focou-se justamente em separar as empresas do grupo responsáveis por cada segmento do setor, geração, transmissão e distribuição. Por outro ângulo, determinou-se a separação contábil das diferentes atividades de empresas concessionárias que atuassem em mais de um segmento⁶⁶, o que, por exemplo, facilitaria constatar se o preço exigido de um terceiro para acessar a rede de transmissão seria o mesmo que a empresa cobra de si mesma⁶⁷. A criação do ONS, por sua vez, retirou o controle operacional das atividades de geração e transmissão da Eletrobrás – bem como de todos os demais agentes –, reforçando uma vez mais o paradigma da desverticalização. Dessa maneira, esses tópicos pareciam um conjunto coerente para imprimir estímulo à concorrência⁶⁸, na busca pela maior eficiência do setor elétrico.

Na prática, contudo, a Eletrobrás foi retirada do papel de indutor da expansão do sistema⁶⁹, e a regulação passou a formatar-se em modelo dependente de participação privada

⁶² Não sendo regulada, contudo, a comercialização conjugada à distribuição, como visto acima.

⁶³ SOUTO, Carlos Fernando, LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Op. cit., p. 25-27 e 50. SAUER, Ildo Luís. Energia Elétrica no Brasil Contemporâneo: A Reestruturação do Setor, Questões e Alternativas, p. 115-225, in BRANCO, Adriano Murgel (org.) *Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 146. ROSA, Luiz Pinguelli, TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, PIREZ, José Claudio Linhares. Op. cit, p. 172.

⁶⁴ Cf. art. 15, §6º, da Lei n.º 9.074, de 1995.

⁶⁵ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. Cit., p. 72.

⁶⁶ Cf. art. 3º do Decreto n.º 2.655, de 1998, que regulamenta a Lei n.º 9.648, de 1998.

⁶⁷ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. Cit., p. 73.

⁶⁸ Cf. art. 4º, incisos VIII e IX, da Lei n.º 9.427, de 1996 (com adição pela Lei n.º 9.648, de 1998).

⁶⁹ Nesse sentido, o então presidente da Eletrobrás, no ano de 2005, Aloisio Vasconcelos, sobre o período que precedeu a crise de 2001, registrou: “Nossas empresas foram relegadas a um segundo plano e proibidas de desempenhar suas funções de indução do desenvolvimento da expansão do setor elétrico. Elas foram impedidas, pelo governo anterior (FHC), de participar da pretendida expansão. Chegou-se a situação extrema, na qual Furnas, empresas do Grupo Eletrobrás, precisou recorrer ao Conselho Nacional de Desestatização (CND) para fazer valer o seu direito de concorrer no processo de licitação de linha de transmissão” (VASCONCELOS, Aloisio. *O Grupo Eletrobrás e o futuro do setor elétrico*, p. 55-57. In: *Setor elétrico brasileiro: passado e futuro, 10 anos*. Rio de Janeiro: Editora CanalEnergia, 2005.

sem que efetivamente tivesse conseguido criar estímulo suficiente para tanto, nos segmentos de geração e transmissão. A falta de investimentos decorreu da ausência de capacidade política para implementar o modelo proposto. A reestruturação das empresas estatais não ocorreu a contento. Houve muitos impasses referentes às cisões dos conglomerados, o que impactou diretamente na privatização dessas empresas. Essa falta de definição paralisou os investidores, que não tinham como definir sua estratégia de atuação no território nacional. A pequena capacidade de investimento das estatais também era minada por esses embaraços, bem como pela barreira criada pelo Programa Nacional de Desestatização⁷⁰. Indefinições de ordem regulatória também impactaram os investimentos. Nesse sentido, por exemplo, investir em usinas termelétricas a gás natural era problemático, pois as concessionárias de distribuição deixavam de fechar contratos bilaterais com esse tipo de usina, com base no receio de não poder repassar no reajuste tarifário os custos atrelados à variação do combustível no mercado internacional⁷¹. Esse cenário repercutiu diretamente na oferta de energia elétrica, a qual não acompanhou o crescimento da demanda, e foi uma razão crucial para a crise de abastecimento de energia, no ano de 2001⁷².

2.2. O modelo atual do setor elétrico

No ano de 2003, o modelo energético do Brasil passou por mais uma reformulação – o que ficou conhecida como o Novo Modelo do Setor Elétrico⁷³. Materializou-se, sobretudo, pelos marcos normativos da Medida Provisória n.º 144, de 11 de dezembro de 2003 – convertida em Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004 – e da Medida Provisória n.º 145, de 11 de dezembro de 2003 – convertida em Lei n.º 10.847, de 2004. Tratava-se de uma resposta institucional à

⁷⁰ Cf. Lei n.º 9.491, de 1997.

⁷¹ GUEDES FILHO, Ernesto Moreira, CAMARGO, José Márcio (org. e coord.). Op. cit., p. 16/17.

⁷² A crise do setor, nesse período, e suas causas são detalhadas, com riqueza de dados, em GUEDES FILHO, Ernesto Moreira, CAMARGO, José Márcio (org. e coord.). *Setor elétrico brasileiro: cenários de crescimento e requisitos para a retomada de investimentos*. Estudo contratado pela Câmara Brasileira de Investidores em Energia Elétrica (CBIEE). 2ª ed. São Paulo: Tendências Consultoria Integrada, 2003, p. 13. Segundo o relatório da comissão criada pelo Presidente da República para investigar as causas estruturais e conjunturais do desequilíbrio entre a demanda e a oferta de energia no período (BRASIL. Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. Julho, 2001. Disponível em: http://www.kelman.com.br/pdf/relatorio_da_comissao.pdf. Acesso em: 03.03.2017), a crise de energia ocorrida a partir de 2001 pode ser atribuída ao mau planejamento e à má gestão governamental. Houve falhas de coordenação, comunicação e controle e de percepção da real gravidade do problema. Segundo o Relatório, o Governo estava *tempestivamente ciente da urgente necessidade de geração adicional*, porém tomou medidas insuficientes para fazer-lhe frente. Dentre outras questões, a falta de oferta de energia suficiente para abastecimento do mercado relacionou-se diretamente ao atraso na operação de obras de geração e transmissão; à não construção de obras de geração que estavam previstas em planos decenais; à indefinição de atribuições entre MME e ANEEL; e a problemas de comunicação entre os órgãos governamentais. Sobre a impossibilidade de se atribuir a crise à escassez de recursos hídricos, confira-se, ainda, ROSA, Luiz Pinguelli. *A Crise de Energia Elétrica: Causas e Medidas de Mitigação*, p. 81-95, in BRANCO, Adriano Murgel (org.) *Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

⁷³ Também chamado de Novíssimo Modelo do Setor Elétrico (PIMENTA, André Patrus Ayres. Op.cit., p. 267) ou de Segundo Modelo do Setor Elétrico, considerando que também houve quem chamasse a reforma anterior de Novo Modelo do Setor Elétrico, (SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Op. cit., p. 358).

crise de energia que provocou apagões e racionamento de energia a partir de 2001⁷⁴. A ideia era promover a centralidade do planejamento energético e criar regras para dar continuidade ao aprimoramento regulatório e competitivo, fundamentais para a qualidade do serviço prestado e para a modicidade dos preços e tarifas. Desse modo, foi criado o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no território nacional⁷⁵, e a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, com a finalidade de realizar estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético⁷⁶. Além disso, promoveu-se uma melhor organização institucional, a partir de definição legal mais detalhada e transparente das atribuições institucionais do Ministério de Minas e Energia – MME, enquanto órgão do Poder Concedente, e da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (arts. 3º e 9º). Nesse ponto, o MME retomou diversas atribuições antes dispostas sob a competência da ANEEL. Instituiu-se também a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que substituiu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, assumindo as atribuições relacionadas aos aspectos comerciais da energia elétrica. A comercialização de energia elétrica passaria a desenvolver-se dentro de dois ambientes distintos – os chamados Ambiente de Contratação Regulada – ACR, em que as distribuidoras devem adquirir sua energia, e Ambiente de Contratação Livre – ACL, no qual se dão transações negociadas livremente entre vendedores e compradores de energia elétrica⁷⁷. A desverticalização do setor foi reforçada como princípio para a concorrência⁷⁸. Desta vez, foi expressamente proibido o exercício, sob o controle da mesma empresa ou grupo empresarial, de atividades relativas à distribuição juntamente com outro serviço de energia elétrica (art. 8º e 20).

A seguir, serão melhor desenvolvidos alguns tópicos do quadro jurídico do setor elétrico, cuja conformação atual reflete basicamente as inovações trazidas pela Lei n.º 10.848, de 2004, em conjunto com os preceitos das legislações anteriores que permaneceram em vigor. Especialmente serão destacados os pontos necessários à compreensão básica da comercialização de energia elétrica – tema que está no cerne do caso estudado no Capítulo 3.

⁷⁴ NARDO, Aulo Pércio Vicente, GODOY, Amalia Maria Goldberg. Governança no Setor de Energia Elétrica Brasília Pós-2004. In: *Revista Gedecon: gestão e desenvolvimento em contexto*. Cursos de Administração, Ciências Contábeis e Ciências Econômicas. v.4, n.1 (jan/jun) – Cruz Alta: UNICRUZ, 2009, p.23. TOLMASQUIM, Mauricio T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011, p. 21 e seguintes.

⁷⁵ Cf. art. 14 da Lei n.º 10.848, de 2004, e o Decreto n.º 5.175, de 2004.

⁷⁶ Cf. arts. 2º, *caput*, e 4º da Lei n.º 10.847, de 2004.

⁷⁷ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Op. cit., p. 360 e 361.

⁷⁸ CAMPOS, Clever Mazzonei. *Curso básico do direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2000, p. 30.

a. Os dois ambientes de comercialização de energia elétrica: Ambiente de Contratação Regulada e Ambiente de Contratação Livre

A partir da Lei n.º 10.848, de 2004, a energia elétrica passou a ser comercializada em dois ambientes distintos. A livre negociação sobre a compra e venda de energia elétrica ficaria restrita ao chamado Ambiente de Contratação Livre – ACL. Por outro lado, com a criação do Ambiente de Contratação Regulada – ACR, dissuadiu-se da ideia de permitir a negociação livre da compra de energia elétrica pelas distribuidoras, que havia sido estabelecida, em 1998, pela Lei n.º 9.648 (art. 10). De fato, a crise de 2001 demonstrou o fracasso desse caminho – pelo menos naqueles moldes – para alcançar a atração de investimentos privados e para o equilíbrio da oferta e demanda de energia elétrica no país. O modelo anterior não deu condições para que o mercado se desenvolvesse por sua própria conta. A ideia de autorregulação do mercado, a partir das definições de seus próprios participantes – tal como se pretendia no MAE –, não se mostrou factível. Isso, pelas dificuldades em se estabelecer cooperação diante dos interesses antagônicos da variedade de participantes – produtores, comercializadores, distribuidoras e consumidores livres, uns de natureza privada, motivados estritamente pelo lucro, outros, submetidos às restrições de regras de direito público (empresas estatais)⁷⁹. Além disso, a tentativa de estabelecimento de um modelo integralmente de mercado para o comércio de energia elétrica esbarrava em entraves decorrentes do *self-dealing* – compra por uma distribuidora de energia oriunda de uma geradora do mesmo grupo econômico –, comprometendo a perspectiva de modicidade do produto⁸⁰.

Dessa forma, de um lado, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, o novo ambiente para acomodação das transações de compra e venda de energia elétrica – em substituição ao MAE –, atuaria sob a plena regulação pela ANEEL. De outro lado, a cisão do mercado em dois ambientes garantiria a convivência de empresas públicas e privadas. Separa-se o comércio livre realizado apenas entre agentes privados (ACL) de um outro comércio, rigorosamente regulado pela ANEEL, para a venda de energia destinada às concessionárias de distribuição (ACR), a que também devem participar as concessionárias e autorizadas de geração

⁷⁹ PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 368 e 369.

⁸⁰ SANTANA, Edvaldo Alves de. *Economia dos custos de transação, direito de propriedade e a conduta das empresas no setor elétrico brasileiro*. Trabalho apresentado no XXXIV Encontro Nacional de Economia, em 2006, promovido pela Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf>. Acesso em: 17.05.2017.

sob controle federal, estadual ou municipal^{81 82}. Esse modelo híbrido foi um grande ineditismo da Lei n.º 10.848, de 2004. No passado, o Poder Público ora se empenhou para estabelecer um modelo integralmente público ora integralmente privado, nos quais a existência de situação mista era encarada de forma transitória. Desta vez, todo o quadro normativo foi pautado no convívio permanente de empresas públicas e privadas.

A fim de garantir-se oferta de energia suficiente nesse regime, a importância do planejamento era imprescindível⁸³. Nessa linha, o Ministério de Minas e Energia passa a ter papel central no planejamento da expansão do sistema energético e a promover procedimentos licitatórios tanto para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, quanto para a compra e venda de energia elétrica, de forma regulada – um modelo concorrencial regulado⁸⁴. Os leilões realizados pelo Poder Concedente – somados à imposição de contratação obrigatória, antecipada e integral da demanda projetada das distribuidoras – garantem a expansão da oferta de energia elétrica, viabilizando o acesso da iniciativa privada, na perspectiva de atendimento das necessidades dos consumidores a preços mais módicos⁸⁵.

Ambiente de Contratação Regulada. O ACR refere-se ao espaço jurídico em que se dá a compra de energia pelas prestadoras do serviço público de distribuição. O pagamento por essa energia recairá sobre os consumidores por ela atendidos – consumidores cativos –, por meio da tarifa de energia. Como o próprio nome *contratação regulada* sugere, a comercialização aqui obedece a regramentos rígidos sobre cada pormenor do processo de aquisição da energia⁸⁶, inclusive sobre a forma de repasse dos custos aos consumidores. Isso, justamente pelo fato de o consumidor cativo ser excluído do processo de aquisição de energia, não podendo escolher o fornecedor e estando obrigado a adquirir energia diretamente da distribuidora a que está conectado⁸⁷. Pela mesma razão, a aquisição de energia no ACR advém de leilões de energia elétrica, pelo menor valor, processo que agregou transparência a esse capítulo da atuação das

⁸¹ Cf. art. 27, §6º, da Lei n.º 10.438, de 2002, com redação dada pelo art. 13 da Lei n.º 10.848, de 2004.

⁸² Vale o registro de que as concessionárias de transmissão permanecem como não participantes do mercado de energia elétrica. Sua remuneração, definida nos leilões de transmissão, é garantida por encargos cobrados de seus usuários – geradores e consumidores –, por meio da chamada Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST (Cf. art. 3º, inciso XVIII, da Lei n.º 9.427, de 1996, e Resolução Normativa ANEEL n.º 559, de 2013).

⁸³ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Op. cit., p. 372-373.

⁸⁴ PIMENTA, André Patrus Ayres. Op. cit.

⁸⁵ TOLMASQUIM, Maurício T. Op. cit., p. 107.

⁸⁶ Cf. art. 20 do Decreto n.º 5.163, de 2004.

⁸⁷ NERY, Eduardo (org.). *Mercados e regulação de energia elétrica*: [coordenação de Eduardo Nery]. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 60, e arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.074, de 1995.

distribuidoras. Essas concessionárias devem declarar os montantes de energia suficientes para o atendimento à totalidade de seus consumidores⁸⁸. Em seguida, realiza-se um somatório do volume de energia demandado por todas as distribuidoras, formando-se um *pool* comprador de energia elétrica⁸⁹. Os leilões são realizados para atendimento de todo o *pool*, dele decorrendo um único preço médio de aquisição de energia elétrica, o qual não pode superar o valor máximo previamente definido pelo Poder Concedente. As distribuidoras pagarão ao gerador o resultado da multiplicação desse preço pelo volume de energia solicitado. Desse jeito, os ganhos de comercialização são socializados entre todas as distribuidoras, independentemente do porte e da região em que se encontrem, pagando todas elas pelos mesmos custos de contratação por unidade de energia⁹⁰. Observe-se, então, que, do lado do comprador, só existe competição no ACL, já que, no ACR, não há espaço para negociação sobre o preço da energia contratada. Os preços praticados no ACR, contudo, são úteis ao ACL, fornecendo uma referência de preço para os consumidores que atuam no último⁹¹. Os leilões são realizados anualmente, subdividindo-se em duas categorias principais: leilões de energia existente e leilões de energia nova. Os primeiros, destinam-se à aquisição de energia proveniente de empreendimentos construídos, os quais já amortizaram o investimento inicial com sua implantação. Nesse caso, a energia física deve ser entregue no mesmo ano ou no ano seguinte ao da contratação. Por sua vez, os leilões de energia nova destinam-se à aquisição de energia elétrica proveniente de empreendimentos novos, os quais deverão estar aptos a entregar fisicamente a energia a partir de 3 ou 5 anos da contratação⁹². Findado o leilão, firmam-se os chamados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado – CCEAR entre as empresas vencedoras do certame –, na condição de agente vendedor, e as distribuidoras de energia elétrica, na condição de agente comprador⁹³.

Em momento nenhum os consumidores cativos participam do processo de aquisição de energia elétrica junto às concessionárias e autorizadas de geração, nem lidam com quaisquer outras questões relacionadas ao comércio da energia que consomem. Apenas as distribuidoras interagem com os demais agentes do mercado. O que não quer dizer que o consumidor doméstico é insensível às operações de comercialização. Na verdade, a tarifa de energia é uma

⁸⁸ Cf. arts. 2º da Lei n.º 10.848, de 2004, e 18 do Decreto n.º 5.163, de 2004

⁸⁹ MARTINS, Dimitri Melo Rodrigues. *Setor Elétrico Brasileiro: Análise do Investimento de Capital e Usinas Termelétricas*. 2008. 86 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Centro de Ciências Sociais, PUC-Rio. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=12130@1. Acesso em: 03.03.2017. P. 22.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁹¹ TOLMASQUIM, Mauricio T. Op. cit., p. 108 e NERY, Eduardo (org.). Op. cit., p. 59.

⁹² Cf. art. 19, §1º, do Decreto n.º 5.163, de 2004.

⁹³ Cf. art. 27 do Decreto n.º 5.163, de 2004.

razão, dentre outros fatores, da performance da distribuidora no mercado de energia elétrica, como decorre expressamente da legislação vigente⁹⁴. As relações das distribuidoras com os demais agentes que comercializam energia trazem implicações diretas aos consumidores cativos por elas atendidos. A tarifa de energia é muito suscetível às condições negociadas pelo produto, inclusive pela possibilidade de repasse dos custos de aquisição de quantidade de energia que supere o necessário para o consumo – até o limite de 105%^{95 96}.

Ambiente de Contratação Livre. O ACL, a seu turno, é o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados⁹⁷. Diante da possibilidade de os editais de licitação de novos empreendimentos de geração elétrica vincularem um percentual mínimo da energia produzida ao comércio regulado, a comercialização no ambiente livre se torna possível em relação ao montante remanescente, o qual o gerador também pode destinar ao consumo próprio⁹⁸. A oferta de energia para atendimento do ACL é garantida pela informação, igualmente exigida dos agentes que nele adquirem energia, sobre o quantitativo de energia necessário para atendimento de seu mercado ou de sua carga⁹⁹. Em contraste com o ACR, os agentes que atuam no ACL possuem liberdade para fixar preços, o volume da energia, prazos, garantias financeiras e outras obrigações contratuais não proibidas pelas regras e procedimentos de comercialização a que estão sujeitos¹⁰⁰. Corresponde ao mercado de atacado de energia elétrica, do qual participam os agentes de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e

⁹⁴ Cf. arts. 2º, §4º, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 36 e 38, do Decreto n.º 5.163, de 2004.

⁹⁵ Cf. art. 38 do Decreto n.º 5.163, de 2004.

⁹⁶ Assim, se, de um lado, as distribuidoras são obrigadas a adquirir o volume de energia suficiente para atendimento à totalidade do seu mercado; de outro, podem repassar aos consumidores mesmo os custos de energia adquirida em excesso. Esse mecanismo eleva a segurança do sistema. Dada a dificuldade de previsão perfeita da demanda de energia, confere-se uma margem de tolerância ao erro na estimativa das distribuidoras. Aumenta-se, ainda, a probabilidade de que energia contratada seja suficiente para a garantia da demanda futura de energia. De fato, as distribuidoras tenderão a errar a contratação de energia para mais do que para menos, até porque, o erro para menos implica penalidades e necessidade de aquisição de energia no Mercado de Curto Prazo (MARTINS, Dimitri Melo Rodrigues. Op cit., p 22).

⁹⁷ Cf. art. 1º, inciso II, do Decreto n.º 5.163/2004.

⁹⁸ Cf. art. 3º, §2º, da Lei n.º 10.848, de 2004. Como exemplo, o Edital do Leilão n.º 005/2007, que teve como objeto a compra de energia elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Santo Antônio – UHE Santo Antônio, estipulou para esse empreendimento: 13.3.1. *O percentual mínimo de energia que deverá ser destinado ao ACR é de 70% (setenta por cento)*. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=61 . Acesso em: 09.06.2017.

⁹⁹ Cf. art. 3º, §1º, da Lei n.º 10.848, de 2004.

¹⁰⁰ NERY, Eduardo. Op. Cit, p. 61.

consumidores livres¹⁰¹ e especiais¹⁰². É desse ambiente de negociação que advém 24,8% da energia consumida no Brasil¹⁰³.

b. O Sistema Interligado Nacional

A comercialização de energia que será foco deste trabalho é aquela que ocorre, no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica. No Brasil, ainda existem os chamados Sistemas Isolados, que cuidam da geração e transporte de pequena fração da energia elétrica que é consumida no país¹⁰⁴. A existência desses sistemas, a nível de planejamento, justifica-se, na medida em que a extensão da rede para o atendimento de pequenas cargas distantes nem sempre se apresenta economicamente viável¹⁰⁵. São submetidos a uma disciplina própria, que, pela judicialização menos relevante, não serão discutidos aqui.

O SIN é a infraestrutura interligada de produção e transmissão de energia elétrica que atende mais de 99,2% de toda a energia consumida no Brasil¹⁰⁶. Referido sistema possibilita uma alocação de custos mais eficiente – se comparada aos Sistemas Isolados –, oportunizando o acionamento priorizado das fontes de geração mais baratas e o transporte da energia por longas distâncias. Consegue-se alternar dinamicamente as fontes de geração e transmissão, por exemplo, preferindo o acionamento de hidrelétricas das regiões cujos reservatórios estejam usufruindo de período chuvoso, de térmicas quando não houver chuva, de fontes mais baratas quando for dispensável fazer uso das mais caras, de determinadas instalações de transmissão quando outras estiverem em manutenção etc. Esse traço de complementariedade traz inquestionáveis vantagens, a despeito de suscitar igualmente grandes desafios técnico-operacionais e regulamentares¹⁰⁷. A operação física do sistema é centralizada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, criado pela Lei n.º 9.468, de 1998, que determina, a cada instante, de quais geradores deve ser produzida e por quais instalações de transmissão deve ser

¹⁰¹ Consumidor com demanda mínima de 3MW que pode escolher seu fornecedor de energia elétrica por meio de livre negociação, conforme o art. 15, §2º, da Lei n.º 9.074, de 1995.

¹⁰² Consumidor com demanda entre 500 kW e 3MW que tem o direito de adquirir energia de qualquer fornecedor, desde que a energia adquirida seja oriunda de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) ou de fontes incentivadas especiais (eólica, biomassa ou solar), nos termos do art. 48 do Decreto n.º 5.163, de 2004, combinado com o art. 26, §5º, da Lei n.º 9.427, de 1996.

¹⁰³ BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. *Anuário Estatístico de Energia Elétrica de 2016*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/Forms/Anurio.aspx>. Acesso em: 22.01.2017.

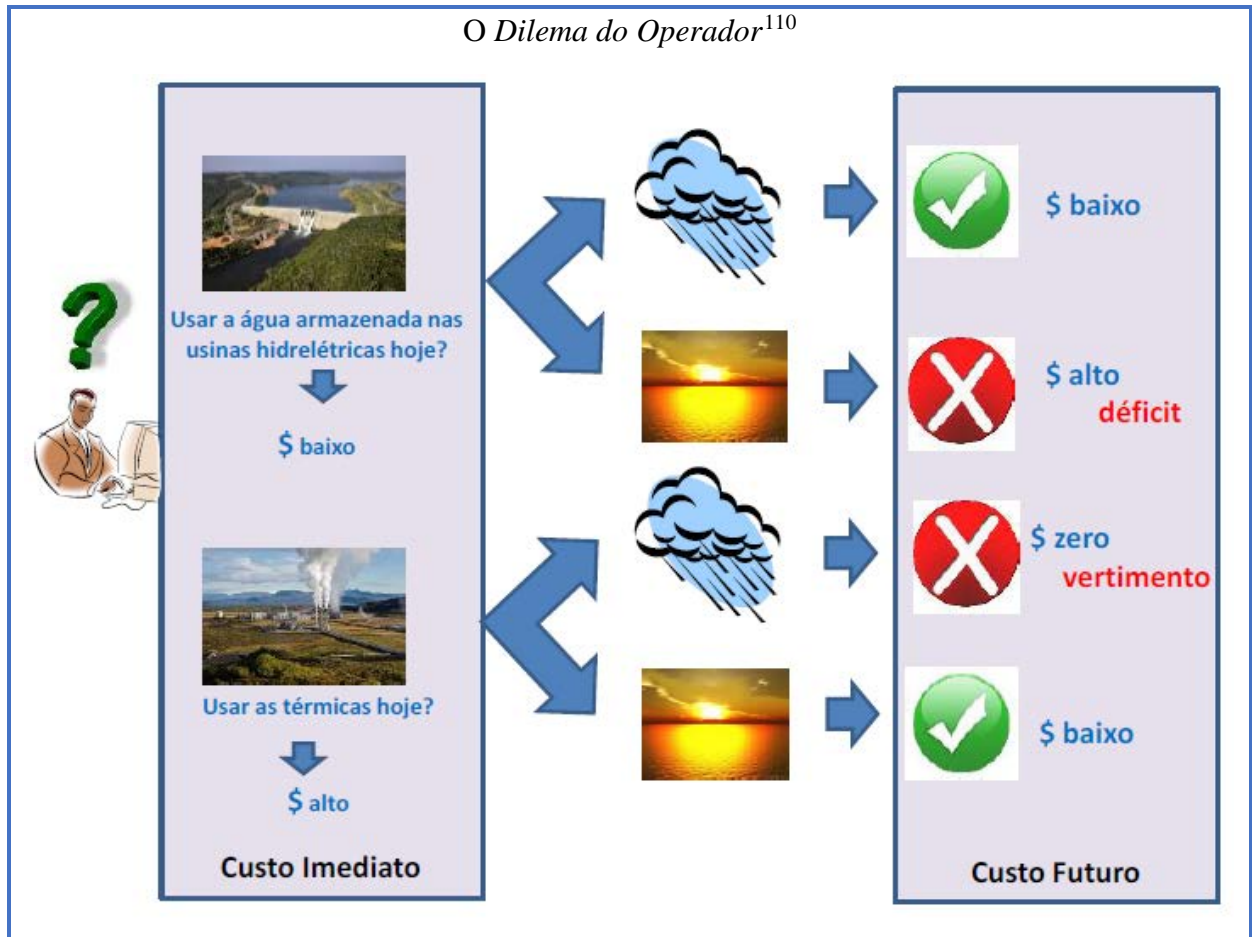
¹⁰⁴ Os Sistemas Isolados dão conta do consumo de 3.442MW, contra o consumo de 461.761MW que é realizado por meio do SIN (*Ibidem*).

¹⁰⁵ REIS, Lineu Belico dos. *Geração de energia elétrica*. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 22.

¹⁰⁶ BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Op. cit.

¹⁰⁷ SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. *Aspectos Bilaterais e Multilaterais da Comercialização de Energia Elétrica* in *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo V / Fábio Amorim da Rocha, coordenador*. – Rio de Janeiro: Synergia, 2016.

transportada a energia elétrica. Isso, com vistas à otimização e segurança do sistema, assegurando o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e a modicidade de tarifas e preços^{108 109}.



c. A separação entre o ambiente físico e o ambiente comercial

O abastecimento de energia elétrica no Brasil possui duas características fundamentais que aqui se realçam. A primeira é que a energia não é estocada, em vista dos obstáculos técnicos de fazê-lo em larga escala¹¹¹. Disso decorre que as unidades de geração são despachadas para

¹⁰⁸ Cf. arts. 1º, §4º, da Lei n.º 10.848/2004, 13, parágrafo único, do Decreto n.º 2.655/1998, e 3º do Decreto 5.081, de 2004.

¹⁰⁹ O sistema é constituído por quatro subsistemas (ou submercados) – Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Nordeste e a maior parte da região Norte (cf. arts. 57, §4º, do Decreto n.º 5.163, de 2004, 2º, inciso V, e 3º, §1º, do Decreto n.º 5.177, de 2004, e OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS. *Restrições aos intercâmbios entre os submercados*. Revisão 1. ONS NT-0073/2012. Disponível em:

http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/070/documento/microsoft_word_-_nt_revisao_1_-_0073_2012_restricoes_ao_inter%20mbio_entre_submercados.pdf. Acesso em: 08.06.2017).

¹¹⁰ Figura extraída de TOLMASQUIM, Maurício T. (coord.). Op. cit., p. 24.

¹¹¹ Estocar energia em larga escala, conquanto não seja uma realidade no Brasil, torna-se cada vez mais uma possibilidade técnica e econômica em países desenvolvidos. Nesse sentido, confira-se: <http://brasilenergia.editorabrasilenergia.com/daily/bec-online/eletrica/2015/10/da-para-estocar-vento-aparentemente-sim-466020.html>, <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2015/10/19/estocar-vento-e-possivel-e-viavel-economicamente/>, http://agencia.fapesp.br/reino_unido_vai_usar_ar_liquido_para_estocar_energia/19210/ e <http://www.dm.com.br/opiniaio/2015/10/dilma-esta-certa-ciencia-mostra-que-ja-e-possivel-estocar-vento.html>, acesso em 12.11.2016.

atendimento das necessidades instantâneas de consumo. Sob outro ângulo, pode-se dizer que a produção de certa quantidade de energia implica o consumo do mesmo volume¹¹². A segunda característica é a separação entre o fenômeno físico *geração de energia* e o fenômeno contratual e contábil *comercialização de energia*. Isso decorre da circunstância resumida no seguinte jargão do setor elétrico: *a energia não é carimbada*. Assim, suponha-se que determinada distribuidora adquira energia de uma única concessionária de geração. Referida situação *contratual* não se traduz na situação *física* de que a energia elétrica efetivamente consumida por aqueles atendidos pela distribuidora advenha do mesmo agente gerador. Pelo contrário, não seria incomum que, em dado mês, toda a energia *contratada* fosse *fisicamente* fornecida por outras concessionárias de geração. Decorre que uma distribuidora pode ignorar a origem da energia consumida, sendo-lhe relevante apenas o volume consumido e a existência de contratos que deem conta da compra de volume de energia suficiente para dar cobertura ao consumo verificado¹¹³.

d. Lastro contratual e garantia física

O agente de geração deverá possuir lastro de energia para garantir cem por cento de seus contratos, sujeitando-se igualmente a sanções em caso de descumprimento. O *lastro contratual* está limitado a uma qualidade física do empreendimento, chamada de *garantia física* ou *energia assegurada*. A garantia física é definida pelo Ministério de Minas e Energia – MME¹¹⁴ e corresponde a determinado montante de energia, que é relacionado a cada empreendimento de geração. Indica a sua capacidade máxima de produção, dentro da tolerância de risco de déficit de energia do sistema (*garantia de suprimento do sistema*). Num primeiro momento, calcula-se a garantia física de todo o SIN, a qual é obtida por meio de simulação da operação do sistema hidrotérmico, com base em diversos parâmetros, inclusive nos volumes de geração mínimos e nas restrições operativas hidráulicas de caráter estrutural, nos limites de uso dos reservatórios estabelecidos pela Agência Nacional de Águas, no histórico de vazões das usinas do sistema etc. A garantia física total do SIN é rateada entre todas as usinas que compõem o sistema, obtendo-se a garantia física individual de cada termelétrica, por meio de sua disponibilidade máxima de geração contínua, e de cada usina hidrelétrica, por meio de sua energia firme,

¹¹² Descontando-se as perdas de energia inerentes ao processo de transmissão e distribuição (da ordem de 7,5%, segundo BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Op. cit.).

¹¹³ Cf. arts. 2º, *caput*, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 2º, inciso II, do Decreto n.º 5.163, de 2004.

¹¹⁴ Precisamente, pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE, a qual é vinculada ao MME (cf. art. 6º, §2º, inciso IV do Anexo do Decreto n.º 5.184, de 2004).

correspondente a sua geração média nos meses do período crítico¹¹⁵. Dessa maneira, a venda de energia por cada gerador está limitada ao quantitativo correspondente a seu lastro comercial, o qual, por sua vez, não pode ultrapassar a garantia física associada ao empreendimento¹¹⁶.

A garantia física funciona como uma certificação, que apenas atesta uma expectativa de geração para o respectivo empreendimento. É um referencial para limitar o volume máximo de energia a ser comercializado. Contudo, os recursos a serem recebidos pelo agente gerador não equivalem a sua garantia física. Nos contratos firmados por *quantidade de energia*, o vendedor recebe pelo valor e quantidade negociados¹¹⁷. Nos contratos por *disponibilidade de energia*, é garantido ao gerador uma parcela de remuneração fixa, independentemente de sua produção, mais uma parcela variável, para cobertura dos custos com o eventual despacho da usina. Os contratos por disponibilidade de energia são comuns na contratação da chamada *energia de reserva*, que é destinada a aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional - SIN, proveniente de usinas especialmente contratadas para este fim¹¹⁸.

A situação típica é a geração de energia hidráulica, fonte que ainda responde por cerca de 60% da produção nacional¹¹⁹, e a celebração de contratos por quantidade de energia, seja no ACL ou no ACR. O gerador venderá determinada quantidade de energia – limitada a seu lastro comercial – pela qual se estabelece um preço a ser pago pelo agente comprador, seja uma distribuidora, consumidor livre ou comercializador. O desafio regulatório aqui é lidar com os riscos hidrológicos, garantindo-se o retorno financeiro suficiente para as geradoras – e assim, tornar o setor atraente para o investidor privado – e a modicidade de preços e tarifas a serem pagos pelos consumidores. Nesse sentido, a existência de sistema interligado permitiu a criação de recurso de compartilhamento de risco chamado de Mecanismo de Realocação de Energia – MRE¹²⁰.

¹¹⁵Cf. Portaria MME n.º 303, de 18 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/PRt2004303mme.pdf>. Acesso em: 07.06.2017 e BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. *Metodologia de Cálculo da Garantia Física das Usinas*. Nº EPE-DEE-RE-099/2008. 02 de julho de 2008. Disponível em: http://www.epe.gov.br/geracao/Documents/Estudos_26/NT%20-%20metodologia%20de%20c%C3%A1lculo%20da%20GF%20para%20novas%20usinas.pdf. Acesso em: 07.06.2017.

¹¹⁶Cf. art. 2º, inciso I, e §§1º e 2º, do Decreto n.º 5.163, de 2004.

¹¹⁷ Sujeitando-se a penalidades e obrigações na hipótese de não entrega da energia

¹¹⁸ Cf. arts. 10, parágrafo único, do Decreto n.º 2.655, de 1998, 2º, §1º, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 1º, *caput* e §1º, do Decreto n.º 6.353, de 2008. Ainda, cf. CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de Comercialização: Reajuste da Receita de Venda de CCEAR por Disponibilidade: Projeto Novo SCL. Versão 1.0*. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/039/documento/documento_matriz_rrv_v1.0.pdf. Acesso em: 08.6.2017.

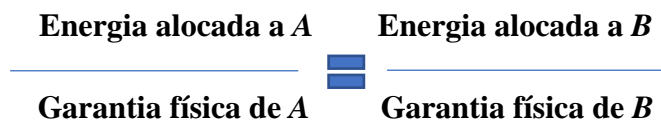
¹¹⁹ BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Op. cit..

¹²⁰ Cf. arts. 14, §1º, alínea “b”, da Lei n.º 9.648, de 1998, em sua redação original, 1º, inciso VIII, e §5º, inciso II, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 20 e seguintes, do Decreto n.º 2.655, de 1998.

e. O Mecanismo de Realocação de Energia

O MRE é um instrumento financeiro que permite o compartilhamento dos riscos hidrológicos entre usinas hidrelétricas despachadas, de forma centralizada, pelo ONS. Por meio dele, os geradores honram seus contratos de comercialização a partir da entrega de energia garantida por todo o *pool* de usinas. Torna irrelevante, para fins comerciais, a origem da energia efetivamente produzida¹²¹. Essa foi a forma encontrada, em 1998, para tratar da especificidade dos ativos de geração do país – predominantemente constituído por hidrelétricas –, das incertezas relacionadas à atividade e da complexidade de compatibilizar o despacho centralizado das usinas com um modelo comercialmente viável.

O mecanismo possibilita que as usinas participantes atinjam seus níveis de garantia física sob o ponto de vista contábil, independentemente de seus níveis reais de produção de energia – desde que a geração total do MRE não esteja abaixo do total da garantia física associada ao conjunto¹²². No plano normativo, traduz-se num conjunto de regras sobre a transferência de energia entre as usinas participantes. Como se viu acima, a receita de uma usina não está relacionada à sua produção efetiva, mas sim ao volume de energia negociado em seus contratos bilaterais, pelos quais vende o produto para outros agentes – comercializadores e consumidores livres (no ACL) e distribuidoras (no ACR). Contudo, em determinado semana, o volume de energia gerado por determinada usina pode ser inferior a sua garantia física, a qual é a referência para a celebração seus contratos comerciais. O MRE surge para diminuir as chances dessa diferença. Por meio do mecanismo, a usina receberá complemento de energia, com a finalidade de aproximar-se o patamar de energia a ela alocado de sua garantia física. Esse complemento advém da porção das usinas com relação superior de energia alocada sobre a garantia física individual. Esse processo ocorre para todas as usinas, de modo deixar o volume de energia alocado a cada uma em proporção equivalente em relação às garantias físicas individuais.



¹²¹ GOMES, Ana Amélia de Conti. *A reestruturação das indústrias de rede: uma avaliação do setor elétrico brasileiro*. Dissertação (Pós-Graduação em Engenharia de Produção) – Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 1998, p. 79.

¹²² CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de Comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia*. Versão 2017.1.0. P. 13. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_076159. Acesso em: 12.05.2017.

Dessa maneira, adimplemento das obrigações comerciais de cada usina hidrelétrica não se pauta na energia que individualmente gera, mas na relação da energia que lhe coube após a realocação via MRE em relação aos quantitativos de seus contratos. Essa redistribuição contábil do volume de energia produzido por todo o grupo de hidrelétricas sujeita-se a três situações distintas. O *clube das hidrelétricas*¹²³ pode ter gerado agregadamente volume equivalente, superior ou inferior à garantia física total do grupo. Na hipótese de equivalência, cada usina terá alocação de energia correspondente a sua garantia física, com o repasse da parcela de energia excedente às usinas cuja geração ficou aquém da garantia física individual. Caso seja observado superávit na geração do conjunto, depois de realocar a energia de modo que nenhuma fique em posição deficitária, a sobra – chamada de *energia secundária* – é distribuída aos integrantes, na proporção de sua garantia física. Assim, mesmo que algum participante tenha geração deficitária em relação a sua garantia física, após a aplicação do MRE, é possível que a usina fique em posição superavitária. Na hipótese de geração insuficiente pelo conjunto das usinas, em relação à garantia física total, o déficit também é distribuído, de forma a ficar proporcional à garantia física de cada participante. Assim, de modo similar ao que ocorre na situação de superávit do conjunto, é possível que determinado participante fique em situação contábil deficitária, ainda que sua produção de energia efetiva tenha superado a garantia física da usina. Em qualquer situação, após a aplicação do MRE, chega-se ao montante de energia alocado a cada usina hidrelétrica participante¹²⁴. É esse montante que se torna o referencial para a verificação do adimplemento da contraparte contratual de cada gerador hidrelétrico^{125 126}. A realocação ocorre de forma prioritária dentro de cada submercado, conforme representação gráfica a seguir, em que se esquematiza o processo relatado neste parágrafo¹²⁷:

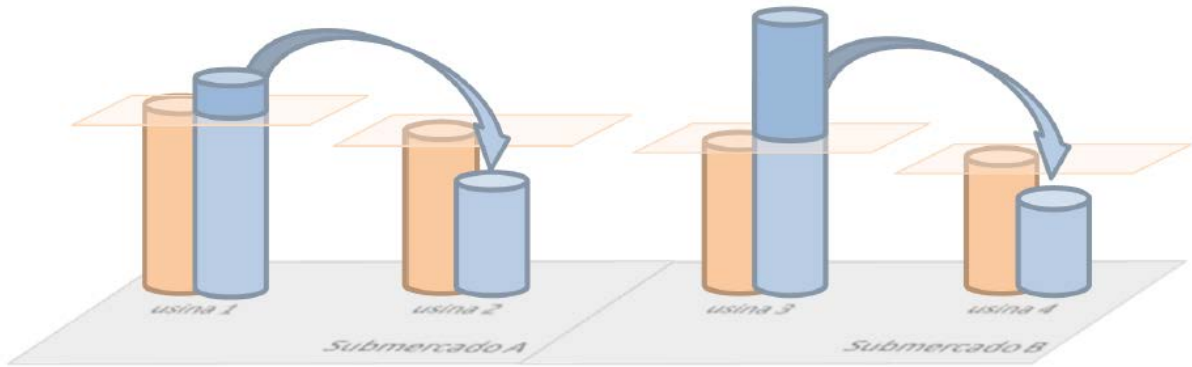
¹²³ Expressão utilizada por Edvaldo Alves de Santana (*Estratégia de Geração ao Mínimo Custo e Assimetria de Informações: O Caso da Operação do Mercado de Energia Elétrica do Brasil*. Trabalho apresentado no XXXII Encontro Nacional De Economia, em 2004, promovido pela Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A088.pdf>. Acesso em: 08.06.2017).

¹²⁴ Cf. art. 21, §2º, do Decreto n.º 2.655, de 1998.

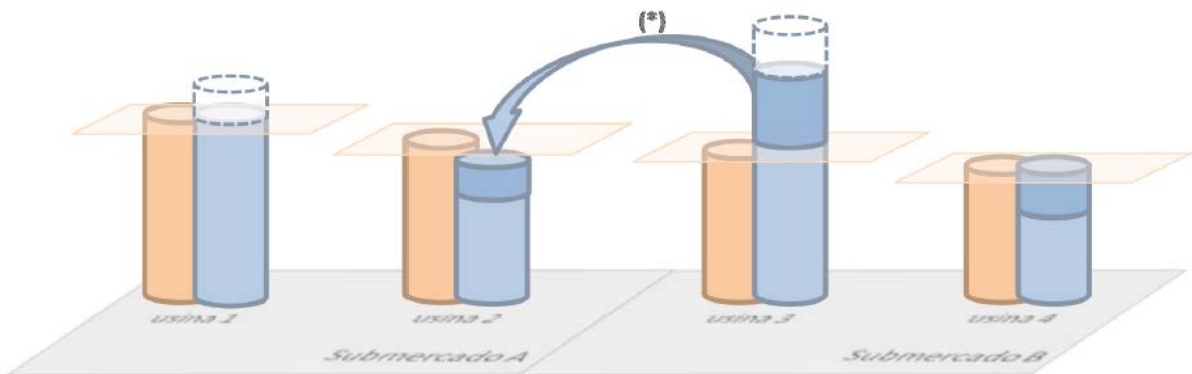
¹²⁵ Cf. art. 21, §3º, do Decreto n.º 2.655, de 1998.

¹²⁶ Os custos operacionais da usina que cedeu energia ao MRE são ressarcidos pela Tarifa de Energia de Otimização – TEO, sendo arcado pelas usinas receptoras: *Os custos variáveis, associados à operação (exceto combustível) e compensações financeiras pelo uso da água, referentes à produção de energia que é realocada dentro do MRE, são ressarcidos por meio da tarifa de energia de otimização (TEO) associada a cada usina participante do mecanismo. Esta tarifa, expressa em R\$/MWh, é estabelecida pela ANEEL e tem por objetivo compensar financeiramente os agentes de geração que fornecem energia ao MRE individualmente. Ela é paga pelos agentes proprietários de usinas participantes do MRE que se tornam receptores líquidos de energia elétrica, seja em função da cobertura de garantia física ou relativo à alocação de energia secundária. Essa compensação ocorre dentro do processo de contabilização da CCEE, na forma de um ajuste na pré-liquidação das empresas (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. Op. cit.)*

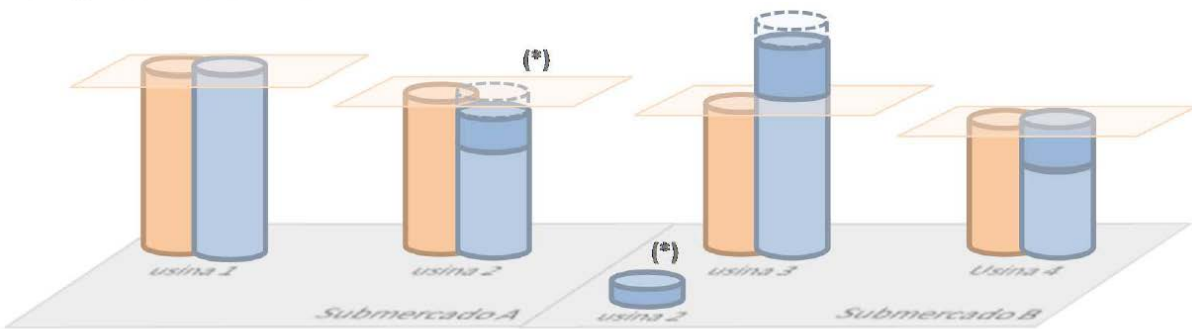
¹²⁷ Gráficos extraídos de Câmara de CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. Op. cit..






Alocação dentro do submercado (prioritário)

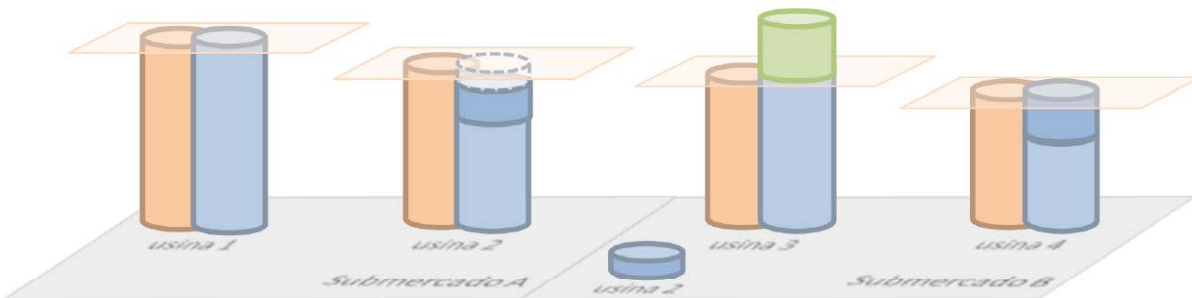


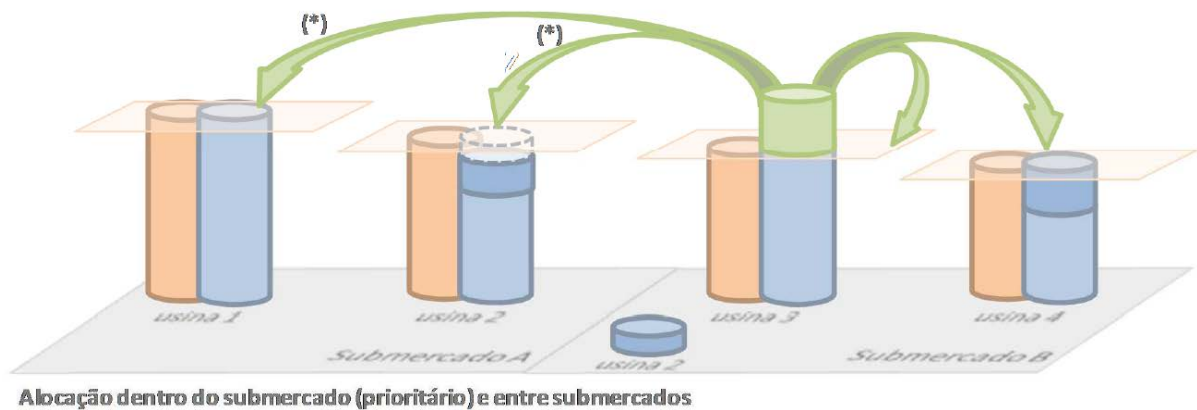
Alocação entre submercados



* apesar de ser referente à usina 2, essa parcela de cobertura de garantia física permanece relacionada ao submercado da usina que o gerou

-  Garantia física
-  Geração
-  Geração a realocar / realocada





Do ponto de vista matemático, a realocação de energia entre as hidrelétricas dá-se por meio de um fator de ajuste chamado de Ajuste do MRE ou *Generation Scaling Factor* – GSF¹²⁸. Ele representa a relação entre a Geração Total Agregada e a Garantia Física Total do bloco de usinas, conforme fórmula a seguir:

$$\text{AJUSTE_MRE}_{r,w} = \frac{\text{GTA_MRE}_{r,w}}{\text{GFIS_MRE}_{r,w}}$$

Onde:

AJUSTE_MRE_{r,w} é o Ajuste do MRE no patamar “r”, da semana “w”

GTA_MRE_{r,w} é a Geração Total Agregada do MRE no patamar “r”, da semana “w”

GFIS_MRE_{r,w} é a Garantia Física do MRE no patamar “r”, da semana “w”¹²⁹

O Ajuste do MRE aplica-se à garantia física das usinas hidrelétricas, para determinar o montante de geração que lhe será alocado. Dessa forma, a hipótese de Ajuste do MRE superior a 1 (hum) sinaliza a existência de energia secundária no período em que é apurado. Se o Ajuste do MRE for igual a 1, não se verifica sobra nem déficit de energia gerado pelo bloco. Finalmente, o resultado inferior a 1 implica geração deficitária pelo bloco de hidrelétricas e alocação de energia às usinas inferior a sua garantia física individual.

Sob o aspecto comercial, o MRE confere previsibilidade ao negócio da geração de energia elétrica, oferecendo segurança financeira aos empreendimentos, a despeito do lugar onde estejam localizados e das condições climáticas a que se sujeitam. Sob o ponto de vista físico-operacional, dá liberdade para que o ONS desempenhe suas funções, sem que realize discriminação entre o resultado comercial das hidrelétricas. Como visto, o despacho das usinas

¹²⁸ Como ficou conhecido no âmbito das ações judiciais propostas pelas usinas hidrelétricas, as quais serão objeto de discussão no próximo capítulo.

¹²⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. Op. cit..

pelo ONS ocorre com a finalidade de otimizar o uso das fontes de produção de energia e de zelar pela segurança do sistema. A grande variação entre os períodos secos e úmidos demanda fluxo permanente de energia entre as regiões brasileiras. Nos períodos de seca, os reservatórios da região afetada podem ser poupados, e a produção de energia de suas usinas ocorre abaixo da média. Inversamente, nos períodos úmidos, a mesma região passa produzir energia acima da média. Além disso, muitas usinas operam em cascata, ao longo do mesmo curso hídrico. Nesse contexto, a operação ótima de uma usina não pode ser considerada de forma isolada, mas deve levar em considerado a operação ótima do sistema de usinas. Isso, porque a utilização da água é compartilhada, e a geração de uma pode afetar a geração das demais. Nesse contexto é que se fez a opção regulatória de se retirar a gestão da operação das mãos dos produtores, e concentrá-la no poder do ONS¹³⁰. O MRE torna essa gestão possível e permite minimizar e compartilhar o risco de venda de energia, no longo prazo, entre seus participantes¹³¹.

f. A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE

No contexto da comercialização de energia elétrica, torna-se necessário um meio que permita medir a energia efetivamente gerada – e, conseqüentemente, consumida – e contrastar com os valores contratados, a partir do que se poderá estabelecer as diferenças devidas pelos contratantes no ACR e no ACL. Esse é o papel da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Trata-se de entidade criada pela Lei n.º 10.848, de 2004, responsável por viabilizar a comercialização de energia elétrica, da qual participam todos aqueles que comercializam energia elétrica, que são obrigados a nela se associarem, bem como registrarem os seus contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica¹³². Atualmente participam do mercado 6.381 agentes¹³³.

A CCEE substituiu o MAE. A nova estrutura abandonaria a ideia de ambiente de autorregulação dos agentes a que o MAE originalmente se propôs e atuaria sob fiscalização e detalhada normatização pela ANEEL¹³⁴. Nesse mesmo sentido, o nome escolhido para a nova entidade é revelador do espírito imprimido pela reforma de 2004 – a qual agregou ao modelo

¹³⁰ TOLMASQUIM, Mauricio T. (coord.). *Energia Termelétrica: Gás Natural, Biomassa, Carvão, Nuclear*. EPE: Rio de Janeiro, 2016, p. 23-24. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/Documents/Energia%20Termel%C3%A9trica%20-%20Online%2013maio2016.pdf>. Acesso em: 09.06.2017.

¹³¹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de Comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia*. Versão 2017.1.0. P. 13. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_076159. Acesso em: 12.05.2017.

¹³² Cf. arts. 4, §§2º e 3º, da Lei n.º 10.848, de 2004, 16, §4º, 32, 50 e 56 do Decreto n.º 5.163, de 2004.

¹³³ O número equivale à quantidade de associados da CCEE, conforme informação constante de sua página virtual. Disponível em: http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/quem-somos?_adf.ctrl-state=191fltv9nj_4&_afLoop=635912205724978. Acesso em 09.06.2017.

¹³⁴ Cf. arts. 1º, inciso V e §6º, 4º da Lei n.º 10.848, de 2004, e 3º, inciso XIV, da Lei n.º 9.427, de 1996.

maior participação estatal, abandonando-se o conceito de um mercado totalmente liberalizado de energia elétrica. Dessa maneira é que se teria substituído a expressão *mercado* por *comercialização*¹³⁵.

g. O Mercado de Curto Prazo – MCP

Uma das principais funções da CCEE é realizar mensalmente as operações de contabilização e liquidação do Mercado de Curto Prazo – MCP¹³⁶. Trata-se da solução regulatória para lidar com a impossibilidade, nos contratos comerciais, de se antecipar os valores precisos de geração e consumo pelas partes vendedora e compradora, respectivamente. O MCP é o meio em que ocorre o tratamento das diferenças entre os valores de geração e consumo objeto dos contratos e aqueles efetivamente verificados. Essa é a razão pela qual ele também é conhecido como *mercado de diferenças*¹³⁷. O processo de contabilização inicia-se com a coleta de dados de geração e consumo de energia dos agentes, pela CCEE, por meio de sistema conectado a pontos de medição¹³⁸. Em seguida, os dados obtidos são cotejados com as informações contidas nos contratos bilaterais firmados pelos agentes, no âmbito do ACR e do ACL. A partir daí, é possível saber se o agente gerou ou consumiu energia em patamares acima ou abaixo daqueles constantes dos contratados firmados.

O MCP é um mercado multilateral. No ACR e no ACL, as relações entre as partes são sempre bilaterais. Todos os contratos são firmados apenas entre um único agente vendedor e um único agente comprador¹³⁹. Portanto, um leilão de energia elétrica do qual decorra a venda de energia de uma única concessionária de geração para inúmeras distribuidoras ensejará a celebração de tantos contratos de comercialização quantos forem os diferentes agentes compradores. O MCP, contudo, não enxerga esses pactos de forma isolada. Para ele, só existem agentes em posição devedora e agentes em posição credora. Os primeiros entregarão ao mercado – e não diretamente a outros agentes – os recursos financeiros que devem; como se estivessem depositando numa caixa, onde os recursos se tornem uma soma indistinta, sem reconhecimento da origem. O mesmo quantitativo, na sequência, é distribuído entre os credores.

¹³⁵ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Op. cit., pp. 373-374.

¹³⁶ Cf. arts. 1º, inciso III, 4º, *caput*, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 56 e seguintes, do Decreto n.º 5.163, de 2004..

¹³⁷ Cf. RIBEIRO, Luísa Helena Machado. *Risco de mercado na comercialização de energia elétrica: uma análise estruturada com foco no Ambiente de Contratação Livre – ACL*. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Potência). 2015. 202 f. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde.../LuisaHelenaMachadoRibeiro2015.pdf. Acesso em: 09.06.2017.

¹³⁸ Informações sobre o Sistema de Coleta de Dados de Energia – SCDE da CCEE podem ser obtidas em https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/contabilizacao?_adf.ctrl-state=10w7m0kh_110&_afLoop=259471049600566#%40%3F_afLoop%3D259471049600566%26_adf.ctrl-state%3D10w7m0kh_75, acesso em: 10.02.2017.

¹³⁹ Cf. arts. 2º, §2º, Lei n.º 10.848, de 2004, e 1º, §2º, inciso II, 27 e 47, parágrafo único, do Decreto n.º 5.163, de 2004.

No final, a *caixa* não possui mais dinheiro. Dessa maneira, nesse mercado, de um lado, o volume de créditos sempre equivale ao volume de débitos, ou, em outras palavras, o saldo dos credores é necessariamente o inverso do saldo dos devedores. De outro, a liquidação das operações dos credores e devedores é realizada de forma multilateral, sem que sejam identificadas parte e contraparte¹⁴⁰.

Ficam em posição devedora tanto os agentes que vendem mais energia do que entregaram como aqueles que consomem mais energia do que compraram. Em ambas as situações, há consumo de energia elétrica sem a necessária cobertura contratual. Alterna-se apenas o tipo de agente responsável pelo pagamento da diferença. Como visto acima, onde há consumo, há correspondente geração de energia elétrica, e vice-versa. Desse modo, quando se firma um contrato de comercialização de energia, caso o agente vendedor não seja capaz de entregar a energia vendida, outro produtor teve de dar conta dessa geração. Evidentemente que o ônus de remunerar essa energia – que não foi vendida nem comprada por via contratual – não pode ser imputada à distribuidora ou consumidor comprador, que havia garantido o seu consumo por contrato de comercialização. Assim, nessa hipótese, o agente vendedor torna-se devedor *perante o MCP*. O agente comprador, por sua vez, fica em posição devedora quando seu consumo de energia elétrica supera o quantitativo previsto no contrato de comercialização. Aqui, a energia consumida foi provida por produtor que não lha vendeu bilateralmente – razão pela qual, desta vez, é o agente comprador quem passa a dever ao MCP.

Nas hipóteses acima, o agente que entregou energia elétrica fora da relação contratual, por via de consequência, ocupa posição credora no MCP. Frequentemente o agente credor do MCP é gerador de energia de reserva, nos termos do art. 1º, §5º, do Decreto n.º 6.353, de 2008. Como registrado acima, esse tipo de gerador se presta a aumentar a segurança de fornecimento de energia elétrica no SIN. Por produzir energia mais cara, ele tem um papel complementar, sendo despachado quando não há energia suficiente que possa ser provida por usinas hidrelétricas¹⁴¹. O agente credor pode ser também participante do MRE que teve a si alocada energia em volume superior àquele que foi objeto de seus contratos de comercialização – algo certo, nas hipóteses de $GSF > 1$.

¹⁴⁰ Cf. art. 46 da Resolução Normativa ANEEL n.º 109, de 2004, e CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Procedimentos de comercialização*: Módulo 5 – Mercado de Curto Prazo: Submódulo 5.2 - Liquidação no mercado de curto prazo - Versão 2.0 - 22/12/2014. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_058272. Acesso em: 09.06.2017.

¹⁴¹ Cf. TOLMASQUIM, Mauricio T. (coord.). Op. cit..

O balanço energético é o núcleo do processo de contabilização, identificado com a operação, relatada e exemplificada acima, de apuração das diferenças entre as informações reais de consumo e geração de energia elétrica e as informações contidas nos contratos registrados do ACL e do ACR. Ao final dessa operação, as diferenças apuradas são valoradas ao Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, a partir do que é possível chegar-se aos valores brutos que serão destinados ao MCP pelos devedores e que serão, na sequência, destinados aos credores¹⁴².

O PLD é calculado semanalmente e leva em consideração os custos marginais de geração de energia elétrica. Isso, porque ele remunera exatamente a geração marginal de energia elétrica, cujo despacho se fez necessário para dar conta do consumo que não havia sido previsto contratualmente. Assim, o valor do PLD responde à pergunta sobre o custo necessário para produzir os próximos megawatts de energia, considerando que a remuneração por esse custo não havia sido previamente estabelecida em contrato de comercialização. Desse jeito, o seu cálculo é função do Custo Marginal de Operação – CMO, que é definido pelo ONS, observando-se o volume de energia demandado; as fontes de energia que melhor atenderão essa demanda, segundo critérios de otimização técnicos e econômicos; o custo do déficit de energia elétrica, as restrições de transmissão entre submercado, a necessidade de utilização de interligações internacionais¹⁴³. Esse preço tem grande volatilidade, por sofrer influência de diversos fatores, sobretudo, das condições hidrológicas. Se o Brasil passa por bom período de chuvas, haverá muito oferta de geração hidroelétrica disponível, que é mais barata. O PLD cai. Se a demanda dessa energia marginal se dá em período mais seco, usinas termelétricas, que são mais caras, precisarão despachadas em maior volume. O PLD sobe. De modo geral, o ONS demandará em primeiro lugar, as termelétricas mais baratas¹⁴⁴. À medida que o consumo aumenta, contudo, as termelétricas mais caras começam a ser despachadas. Ademais, vários outros fatores poderão influenciar no PLD, como o preço do combustível, a necessidade de entrada em operação de novos projetos, a disponibilidade de equipamentos de geração e transmissão¹⁴⁵. Extrai-se desse quadro que a exposição ao MCP tanto pode trazer grave impacto financeiro ao agente, nos

¹⁴² CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de Comercialização*: Caderno Algébrico: Balanço Energético: Versão 1.0. Disponível em: www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCÉE_054292. Acesso em: 09.06.2017.

¹⁴³ Cf. art. 57, §1º, do Decreto n.º 5.163, de 2004

¹⁴⁴ Ressalva-se a possibilidade do chamado *despacho fora da ordem de mérito*, por restrições de transmissão e por razões de segurança energética (cf. art. 1º, §10, inciso I, da Lei n.º 10.848, de 2004).

¹⁴⁵ Cf. https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/PRecos?_afzLoop=635420243099339#%40%3F_afzLoop%3D635420243099339%26_adf.ctrl-state%3Ddvzmrn8zu_4. Acesso em: 09.06.2017. CHIPP, Hermes. *Características Internacional do Setor de Energia Elétrica Características Operativas do SIN e a Determinação do Custo Marginal de Operação – CMO*. Apresentação gráfica para o IV SISEE - Seminário Características Internacional do Setor de Energia Elétrica. Rio de Janeiro, 2009. http://www.ons.org.br/download/biblioteca_virtual/palestras/2009_08_24_IV_SISEE.pdf. Acesso em: 09.06.2017.

períodos de PLD muito alto; quanto pode mesmo se tornar vantajosa, quando o valor do PLD se encontra em patamar inferior àqueles dos contratos firmados no ACL e ACR. A atuação no setor elétrico, portanto, exige um planejamento sofisticado por parte dos agentes, com o fim de minimizar os riscos do negócio e aumentar suas chances de lucro.

Como se detalhou acima, o processo de contabilização que se opera no âmbito da CCEE é multilateral. As relações bilaterais firmadas no âmbito do ACL e ACR são ignoradas. O balanço energético é feito, de forma individual, para cada agente, verificando-se os seus montantes contratados e verificados. Não há identificação de pares de credor e devedor – como, ao contrário, se esperaria num contrato bilateral. Depois de realizar essa operação com todos os agentes, tem-se a posição de cada um *perante o mercado*. Ou o agente é credor ou é devedor do mercado. Por via de consequência, também é multilateral a liquidação financeira, etapa posterior à contabilização, em que os recursos finalmente são cobrados ou pagos por cada agente, com a participação de auditoria independente e de instituição financeira¹⁴⁶. O significado disso é que os recursos a serem recebidos pelos credores encontrará idêntica contrapartida numerária dos recursos a serem pagos pelos devedores, ao cabo sempre se chegando ao resultado *zero*. Pelo processo de contabilização e liquidação, a CCEE apura uma quantidade de R\$ “X” a ser paga *ao mercado* por “Y” agentes – que, no dado mês, se encontram em posição devedora –, sendo que os mesmos R\$ “X” serão retirados do mercado por “Z” agentes que, no mesmo período, estão em posição credora. Os recursos recebidos por um credor provem de todos os devedores, e um devedor oferece recursos que se destinarão a todos os credores, sendo impossível estabelecer parte e contraparte.

Desse modo, o mercado de energia elétrica exprime um emaranhado de relações entre todos os seus atuais 6.381 agentes atuantes. São relações indissociáveis, porquanto não identificáveis. Decorre daí a dificuldade de modificar as regras de comercialização de energia elétrica. Isso, pois a alteração costuma trazer benefício a determinado agente ou grupo de agentes, e, por igual sorte, prejuízo aos demais. Assim, mudanças hão de ser executadas com estudo e precisão, a fim de zelar pelo equilíbrio dos interesses envolvidos. Trata-se de missão complexa, a qual, de um lado, põe à prova a *expertise* do ente regulador e, de outro, carrega incerteza à interferência externa, por quem não dispõe do mesmo ferramental para lidar com o

¹⁴⁶ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia*. Versão 2015.1.0. Disponível em: https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_adf.ctrl-state=ujbz9knjy_57&_afzLoop=609992052796563#%40%3F_afzLoop%3D609992052796563%26_adf.ctrl-state%3Dtsnf7m5a5_49. Acesso em: 31.01.2017.

tema. Nessa linha, o próximo capítulo ilustrará a convivência do caráter multilateral do mercado de energia elétrica com o controle judicial da matéria e os efeitos sistêmicos potencializados pela lógica do *onde um ganha outro perde*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Este capítulo propôs-se a traçar apenas um panorama sobre o setor elétrico, cobrindo alguns de seus pontos principais, sobretudo aqueles necessários à compreensão da discussão proposta neste trabalho. Muitos pontos ficaram de fora, o que não implica sua falta de importância para o funcionamento do setor. Ademais, deve-se registrar que a evolução da regulação não parou com a Lei n.º 10.848, de 2004. Destaque-se o exemplo da Lei n.º 12.783, de 2013, a qual trouxe uma série de novidades relevantes para a regulação setorial, realizando, por exemplo, grande alteração no regime da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e criando regime de cotas de garantia física para a geração hidrelétrica. Julgou-se, contudo, que o detalhamento desse diploma e de outros aqui não mencionados retiraria o foco sobre a matéria nuclear de que depende a compreensão dos próximos capítulos.

3. A intervenção judicial no setor elétrico: a judicialização do GSF

O controle judicial sobre políticas públicas de energia elétrica deve ser exercido com zelo pelos órgãos jurisdicionais. O tema é sensível aos milhões de consumidores espalhados pelo país, além de envolver o interesse de uma variedade de agentes econômicos, cuja atividade é balizada na regulação do Poder Público. O controle dos atos regulatórios oferta ao Poder Judiciário participação que pode ser decisiva ao êxito de determinada política setorial¹⁴⁸. Tomemos exemplo conhecido no meio jurídico, referente à judicialização das medidas provisórias relativas à crise energética, no ano de 2001, que culminou com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade 9 – ADC 9. Diante de crise na oferta de energia elétrica, o Presidente da República editou medidas provisórias sucessivas¹⁴⁹, que definiam metas de consumo, cujo descumprimento implicava em imposição de sobretarifas e de corte de fornecimento ao consumidor. Isso, como via para evitar o mal maior: o colapso do fornecimento em todo o país. O remédio legal foi objeto de intenso controle judicial, com 127 ações judiciais propostas, 28 liminares deferidas e 9 indeferidas¹⁵⁰. A ADC foi o instrumento processual escolhido pelo Poder Público para tentar estancar a proliferação de medidas liminares, frequentemente contraditórias, que ameaçavam minar a solução proposta para a crise. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal teve em suas mãos o destino da crise de energia elétrica que afligiu o Brasil a partir de 2001, julgando, ao cabo, procedente a ADC, para manter os atos normativos que estavam sendo questionados. Portanto, num primeiro momento, a atuação descoordenada do Judiciário ameaçava lesar o êxito da política; porém, ao final, teve papel determinante para reafirmá-la perante a sociedade.

Além disso, considerando a existência de antagonismos entre os interesses dos diversos atores afetados pela regulação do setor elétrico, não se pode olvidar que o controle judicial tende a prestigiar os grupos com maior poder de organização¹⁵¹. Esses grupos são formados pelas empresas, consórcios empresariais e associações representativas responsáveis pela execução dos serviços ou pelo consumo de energia em larga escala. Pelo seu número

¹⁴⁸ Ao emitirem uma decisão judicial, os juízes são protagonistas na elaboração de políticas públicas, pois tornam pública a interpretação de determinada norma legal (DIAS, Reinaldo. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50)

¹⁴⁹ Medidas Provisórias n.º 2.148-1, de 22 de maio de 2001, n.º 2.152-2, de 1 de junho de 2001, n.º 2.198-3, de 28 de junho de 2001, n.º 2.198-4, de 27 de julho de 2001, e n.º 2.198-5, de 24 de agosto de 2001.

¹⁵⁰ Cf. petição inicial da ADC 9.

¹⁵¹ O que se pode decorrer dos ensinamentos de Mancur Olson, em sua obra seminal, como, por exemplo, na passagem: (...) *a menos que o número de indivíduos do grupo seja realmente pequeno, ou a menos que haja coerção ou algum outro dispositivo especial que faça os indivíduos agirem em interesse próprio, os indivíduos racionais e centrados nos próprios interesses não agirão para promover seus interesses comuns ou grupais.* (*A Lógica da Ação Coletiva: os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. Tradução: Fabio Fernandez. 1. ed. 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015, p. 14)

relativamente reduzido, conseguem organizar a atuação para a defesa de seus interesses coletivos em proporção infinitamente superior à da população em geral¹⁵². A intervenção judicial na matéria deve estar atenta a esse fato e reconhecer a finalidade da regulação de buscar um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais, em conformidade com o interesse público geral – a regulação enquanto *força de coerência sistêmica*¹⁵³.

Uma derradeira característica do controle judicial sobre o tema, a ser destacada neste momento, é que a intervenção em um pequeno tópico regulatório consegue provocar abalo de enormes proporções. Essa particularidade, que parece remeter à Teoria da Catástrofe de René Thom¹⁵⁴, decorre do envolvimento de variados tipos de atores e, quando a lide se refere ao comércio de energia elétrica, decorre ainda dos caracteres desse mercado, detalhados no capítulo anterior. De fato, a diversidade de interesses no setor agrega à interferência o inevitável potencial de favorecer a uns ao mesmo tempo em que prejudica outros. Além disso, o aspecto multilateral da comercialização de energia elétrica traz grande ressonância à intervenção judicial sobre a matéria, projetando os efeitos da decisão judicial para além das partes litigantes e agregando a essas medidas o potencial de impactos sistêmicos

As ações judiciais sobre comercialização de energia elétrica são iniciadas, na quase totalidade dos casos, por empresas ou associações de empresas que participam desse mercado. O seu objetivo, enquanto atividade econômica organizada, por conceito, é o lucro, o qual, por óbvio, persiste quando ingressam em juízo. Afinal, não faria sentido que investissem recursos em ações judiciais sem que essa atividade pudesse oferecer chance para maximização de seus lucros. Distinguem-se, portanto, do cidadão, que pode acionar o Judiciário para a garantia de um direito sem qualquer reflexo econômico direto, como o reconhecimento de paternidade, a preservação da imagem ou da privacidade etc. A via judicial apresenta-se aos agentes que comercializam energia como alternativa ordinária para alcançar interesses econômicos. Desse modo, ainda que sejam propostas a pretexto de combater ilegalidade na atividade regulatória, ainda que mirem regulamentação e decisões administrativas da ANEEL e CCEE, as ações

¹⁵² Conforme defendi em ARAGÃO, Cid Arruda. *A compensação da assimetria de fala no processo regulatório como critério na definição da regulação sobre o fornecimento de energia elétrica*. Revista da AGU. No prelo.

¹⁵³ Cf. ARANHA, Mario Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Laccademia Publishing: Coleford, UK, 2014.

¹⁵⁴ A passagem a seguir traduz com clareza referida teoria: “Para explicar matematicamente esse fenômeno, Ton recorre a outro Thom, mais precisamente René Thom, matemático francês que ganhou a famosa Medalha Fields, o Nobel da matemática, em 1958. Os modelos concebidos por Thom por volta de 1965 deram origem à chamada Teoria da Catástrofe. Para simplificar, pense em processos do tipo causa-efeito como, por exemplo, os ventos que se formam pelo encontro entre massas de ar quente e úmido com massas de ar frio e seco. É comum pensarmos que variações suaves nessas causas também provoquem variações suaves em seus feitos, certo? ‘Pois não é bem assim que um tornado nasce’, explica Ton”. (EBR – Empresa Brasil de Revistas Ltda. Um mergulho no universo singular / Entrevista: Ton Marar. In: *Revista Filosofia Ciência & Vida*. ISSN 1809-9238. Ano IX, n. 124. Editora Escala: São Paulo, 2017).

judiciais sobre a matéria trazem explícita ou implicitamente a tentativa de agente de obter vantagem financeira.

Ora, o caráter multilateral do mercado de energia elétrica revela o outro lado da moeda. Se toda ação mira vantagem financeira, buscará, na mesma medida, a desvantagem financeira dos demais agentes. Essa situação contrasta com o fato de que os agentes impactados são raramente inseridos no polo passivo das referidas ações judiciais. Na maioria dos casos, a ANEEL figura como única ré. Em outra parcela das ações, é acompanhada apenas da CCEE ou da UNIÃO. Outro contraste é que a retórica comum dos agentes apresenta os fatos como se fossem os únicos impactados pela regulação. A narrativa é sempre criada em torno de supostas ilegalidades cometidas pelos entes administrativos. Os demais agentes e os impactos sobre eles do requerimento judicial não são mencionados. A tática é estreitar a atenção do magistrado para o alegado prejuízo que o requerente sofrerá e ofuscar o impacto financeiro a ser arcado pelos demais agentes. Com esse comportamento, facilitam a construção do argumento de perigo de dano – requisito para a concessão de tutelas de urgência. O obstáculo residiria em superar a circunstância de que o deferimento da tutela de urgência prestigia a cautela de um em prejuízo da cautela dos outros. Isso, pois o impacto financeiro que é sustentado pelo agente para deferir seu requerimento liminar poderia ser utilizado igualmente por aqueles que sofrerão com a medida judicial pleiteada. O *periculum in mora* alegado anula-se com o *periculum in mora* inverso dos agentes que serão impactados. O *modus operandi* retórico demonstra seu êxito na corriqueira miopia dos magistrados, cujas decisões não costumam ponderar o impacto nos agentes externos à lide.

Esse foi o panorama das ações sobre o GSF, que, a partir do ano de 2015, passaram a perturbar gravemente o mercado de energia elétrica, provocando sucessivas interrupções de sua liquidação financeira e grande escassez dos recursos destinados aos credores do mercado multilateral. A judicialização do tema pode ser segmentada em três tipos de casos, os quais são conectados entre si. A ideia é apresentar e analisar, para cada fase, os argumentos dos requerentes e suas fragilidades, a justificação e coerência das decisões judiciais proferidas e o impacto dessas medidas na regulação setorial.

3.1. A 1ª fase da judicialização

A 1ª fase da judicialização consistiu em ações propostas por geradores de energia hidrelétrica, os quais objetivaram não responder ou responder de forma bastante limitada pelo déficit de geração de energia, num ano de escassez hidrológica como foi 2015. Alegaram, de

um lado, que não teriam assumido o risco pela situação hídrica daquele ano, a qual teria sido de excepcionalidade; e, de outro, que a geração deficitária não poderia ser atribuída ao risco hidrológico, mas à atuação arbitrária do Poder Público, o qual teria prestigiado o despacho de usinas térmicas, alterando as condições iniciais para a realização da atividade. Com base nesses argumentos, as hidrelétricas requereram que lhes fosse alocado um montante de energia equivalente à da situação de geração não deficitária ou de geração deficitária máxima de 5%, por meio da limitação do GSF, em 100% ou 95%, respectivamente.

3.1.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades

O raciocínio empregado pelos requerentes, nesta fase, pautou-se em duas razões básicas:

- a) o risco hidrológico inerente à atividade econômica de geração de energia elétrica não contemplaria o que chamaram de “risco hidrológico extraordinário”, cuja assunção não seria esperada nem assumida pela empresa responsável pela atividade, nem seria *compartilhado* entre as hidrelétricas por meio do mecanismo de realocação de energia;
- b) a responsabilidade pela geração insuficiente de energia elétrica, no ano de 2015, não poderia ser atribuída aos geradores de energia elétrica, mas a medidas extraordinárias e imprevisíveis do Poder Público, notadamente a realização dos chamados despachos fora da ordem de mérito, a inversão do sinal de consumo e a não decretação do racionamento.

Fragilidades da razão “a”. Com relação à primeira razão, as hidrelétricas tentaram fazer crer que existiria um risco fora da álea da atividade econômica por elas assumidas quando da participação nos leilões para venda de energia elétrica. Na verdade, como se viu no Capítulo 1, a transformação da produção de energia elétrica em negócio econômico torna bastante problemático o argumento de que haveria um percentual pré-estabelecido a limitar o risco assumido pelas hidrelétricas. O art. 11 da Lei n.º 10.848, de 2004, deixa claro que o produtor independente de energia elétrica exerce sua atividade *por sua conta e risco*. Os editais dos leilões da venda de energia elétrica também não trazem nenhuma limitação nesse sentido¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Tome-se o exemplo do Edital do Leilão n.º 05/2007-ANEEL, que trata da venda de energia elétrica pela UHE Santo Antônio – cuja responsável ajuizou a Ação Judicial n.º 0023776-24.2015.4.01.3400/DF, que inaugurou a onda de ações atreladas a esta 1ª fase. Sua cláusula 12.6 dispõe: *Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão para a empresa isoladamente ou SPE estabelecer-se como PIE, sendo o comércio e produção da energia elétrica por sua conta e risco*. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=61. Acesso em: 01.06.2017.

Os Contratos de Compra de Energia no Ambiente Regulado – CCEARs registram que *[o]s custos decorrentes dos riscos hidrológicos serão assumidos pelo VENDEDOR*¹⁵⁶, que o vendedor tem a *responsabilidade contratual pela entrega de energia*¹⁵⁷. Ademais, trata-se de contrato de compra de energia por quantidade, em que o comprador pagará mensalmente ao vendedor o volume de energia contratado¹⁵⁸. É elementar que o comprador só pague pela energia que efetivamente seja produzida pelo vendedor. As requerentes nesta 1ª fase querem receber por toda a quantidade de energia vendida, ainda que não tenham gerado esse volume. Imputam o risco do negócio aos compradores, sem qualquer contrapartida para os últimos. Tal requerimento contraria diretamente as regras normativas e contratuais e não é razoável. De fato, tal distorção levaria o setor elétrico à ruína, dentro de um modelo de mercado. No ambiente livre, não se habilitariam compradores para firmar pacto nesses termos. No ambiente regulado, o fardo seria intolerável às distribuidoras (e consumidores cativos), pois teriam que adquirir energia das hidrelétricas – sem compromisso de entrega –, com chances de terem que pagar novamente pela energia contratada, desta vez, das usinas que efetivamente a geraram.

É absurda a tese de que o Mecanismo de Realocação de Energia se presta apenas a mitigar riscos hidrológicos inferiores a 5%. A estipulação de um limite negativo de 5% sobre o GSF, além de não ter previsão normativa, não faz sentido com a sistemática do MRE. É que a função desse mecanismo de diminuir os riscos hidrológicos assumidos pelas hidrelétricas participantes viabiliza-se tão somente pela redistribuição da energia gerada a todas as usinas, de forma proporcional às respectivas garantias físicas. Não há como garantir um volume mínimo de energia alocado a cada usina, uma vez que só é possível distribuir energia que foi gerada pelo conjunto das hidrelétricas. Defender a limitação do GSF é o mesmo que dizer que deverão ser alocadas à requerente 10 unidades de energia num cenário em que só há 5 unidades de energia disponíveis a cada participante. Como as decisões judiciais não criam energia, isso só seria possível retirando a energia alocada às demais. Essa é a razão pela qual o requerimento desta 1ª fase é falacioso, pois ele pressupõe que apenas o requerente – ou um número reduzido de participantes – tenham êxito. Isso, sob pena de faltar energia para ser alocado a todos que tiverem sucesso na aventura judicial.

A base normativa utilizada pelos requerentes para sustentar limitação do GSF a 95% foi a Portaria MME Nº 303, de 18 de novembro de 2004. Para os fins do art. 2º, §2º, do Decreto n.º

¹⁵⁶ Cláusula 3.3. da minuta de CCEAR celebrado entre a responsável pela UHE Santo Antônio e as concessionárias de distribuição de energia. Link do CCEAR.

¹⁵⁷ Cláusula 6.6 do CCEAR.

¹⁵⁸ Cláusula 8.1. do CCEAR

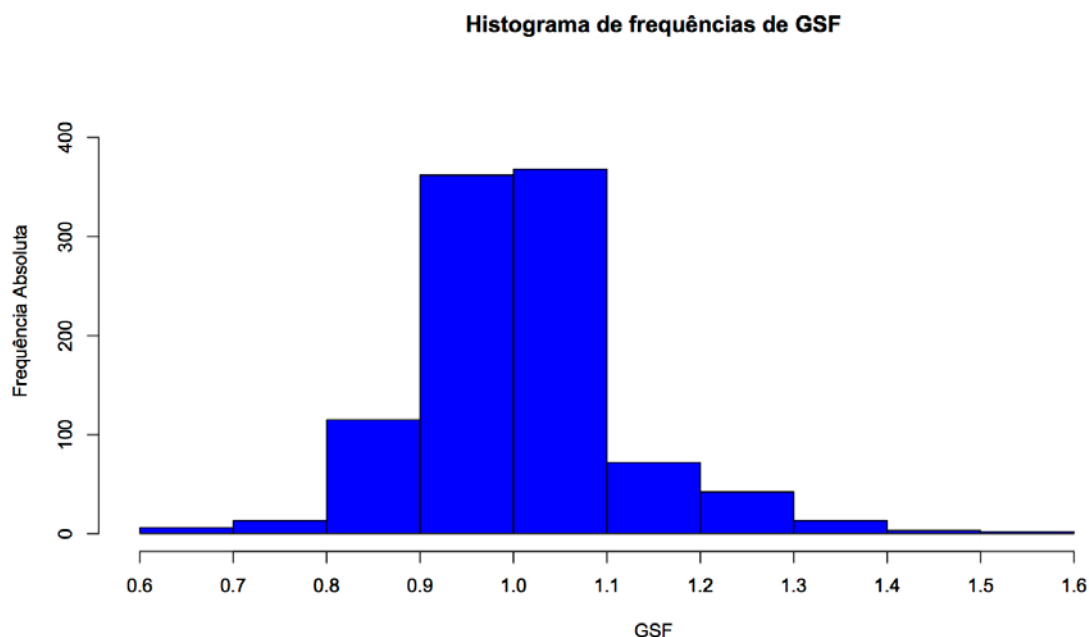
5.163, de 2004, aquele normativo estabelece que a definição da garantia física dos empreendimentos de geração deve pautar-se no critério de suprimento pelo qual o risco anual de déficit de energia não ultrapassa 5%. Em outras palavras, ao associar a uma usina o quantitativo de energia que represente sua geração confiável, o Poder Público deve considerar que o *sistema* não *deve* tolerar risco de déficit superior a 5%. O percentual de 5% refere-se ao *sistema* e ao parâmetro técnico utilizado para o cálculo da energia assegurada das usinas. Não se trata de limitação ao risco assumido no *negócio* de uma usina hidrelétrica. O *sistema* não é composto só de hidrelétricas. A ocorrência de GSF inferior a 95% é perfeitamente compatível com a manutenção do risco de déficit do sistema menor que 5%. Para tanto, basta que a geração deficitária das hidrelétricas seja garantida, de forma segura, pela produção de energia de outras fontes. Desse modo, da verificação de que a geração de energia pelas hidrelétricas em volume inferior a 95% de sua garantia física total não decorre que o sistema está tolerando risco de déficit superior a 5%, já que outras fontes podem dar conta do serviço. Na verdade, o estudo técnico da ANEEL sobre essa questão demonstra que o sistema elétrico nacional pode tolerar um GSF muito mais crítico do que 95% e, ainda assim, não ficar sujeito a qualquer risco de déficit de geração¹⁵⁹.

Com menos razão ainda esse parâmetro serve como fundamento para restrição do risco hidrológico de uma usina hidrelétrica individual a 5%. O limite é um parâmetro de planejamento do sistema. Se o sistema não *deve* tolerar risco superior a esse limite, mesmo numa situação que esse nível de tolerância seja ultrapassado por todo o sistema de usinas, as empresas de geração não poderiam ser liberadas das obrigações decorrentes da venda de energia elétrica. Esse negócio, em momento algum, presumia a garantia de lucro. Os agentes participaram de processos licitatórios e sagraram-se vencedores, a partir do preço oferecido. Presume-se que precificaram os riscos da atividade, relacionados às incertezas hidrológicas, assim como àquelas relacionadas à condição de sujeição da operação física centralizada pelo Estado. O consumidor, portanto, pagou por esses riscos. Ainda que tenha sido realizado cenário pior do que aquele estimado pelo empresário, isso não significa necessariamente que o risco tenha extrapolado a álea ordinária que é intrínseca à atividade econômica do agente¹⁶⁰.

¹⁵⁹ (...) a expansão da matriz apresentada na seção anterior demonstra que a capacidade de atendimento da carga sem risco de déficit seria capaz de gerar GSFs bem mais críticos que 95%. Assim, não há qualquer vinculação do risco de déficit de 5% considerado nos modelos de expansão e de operação com o risco associado ao GSF. O GSF pode ser inferior a 95% sem que qualquer risco de déficit seja verificado, bastando para isso que o Custo Marginal de Operação - CMO se situe na faixa entre a térmica mais cara e o primeiro patamar de corte de carga indicado pelos modelos de formação de preço. (cf. item 49 da Nota Técnica n.º 134/2015-SRM/SRG/ANEEL, de 5.8.2015, autuada sob o n.º 48580.001691/2015-00).

¹⁶⁰ 106. No setor elétrico brasileiro os agentes são passivos em relação as decisões centralizadas de expansão e de operação, situando-se essas variáveis, portanto, no campo das incertezas a serem arbitradas nas estratégias de venda e preço. Essa

Os requerentes tentaram persuadir o Judiciário a acreditar que a condição do GSF contra a qual se insurgiam era situação extraordinária, fora da previsibilidade esperada dos empresários, quando, na verdade, o cenário era de absoluta normalidade. O GSF médio de 2014, ano de ajuizamento da primeira ação sobre o tema¹⁶¹, foi de 91%¹⁶². Em abril de 2015, quando Santo Antônio Energia S.A. propôs ação¹⁶³ que, por sua grande importância econômica, chamou a atenção dos demais agentes e provocou a efetiva multiplicação de demandas similares, o GSF foi de 82,51%¹⁶⁴. Ocorre que o evento desses patamares é normal e esperado, como se observa do gráfico abaixo, que traz o histograma de distribuição de frequência do GSF, que considera mil combinações de atendimento a demanda oriundas do parque hidrelétrico. *Essas combinações levam em conta não só a composição do bloco de geração oriundo das fontes não hidráulicas, mas também a flutuação de afluências e os seus consequentes rebatimentos nas decisões do Operador*¹⁶⁵.



Segundo os técnicos da ANEEL, a partir do gráfico acima, o valor esperado para o GSF – média ponderada entre cada valor de GSF (abscissa) ponderado pela respectiva frequência

passividade e risco típico do negócio de geração de energia, não sendo manifestação de perda de direito a participação ativa preexistente e podendo ser compensada por decisões autônomas de expansão independentes da decisão centralizada.

107. Ou seja, não há garantia de que a expansão centralizada ou a operação se darão nos moldes esperados por cada agente, a exemplo de não haver garantia quanto ao comportamento da carga, da economia ou da hidrologia que cada um projetou. Nem por isso os efeitos dessas variáveis devem ser tratados em alea extraordinária em caso de frustração dos cenários assumidos pelos agentes. (cf. Nota Técnica n.º 134/2015-SRM/SRG/ANEEL, de 5.8.2015, autuada sob o n.º 48580.001691/2015-00).

¹⁶¹ P. 0047630-81.2014.4.01.3400/DF

¹⁶² cf. Nota Técnica n.º 134/2015-SRM/SRG/ANEEL

¹⁶³ P. 0023776-24.2015.4.01.3400/DF

¹⁶⁴ Cf. Relatório da CCEE InfoMercado - 094 - Abril/2015 https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_355399. Acesso em: 02.06.2017.

¹⁶⁵ Considerações e gráficos extraídos da Nota Técnica n.º 134/2015-SRM/SRG/ANEEL

(ordenada) –, em termos estruturais, seria em torno de 1,0. Também se conclui que os níveis de GSF entre 0,9 e 0,8 constituem parcela relevante da composição ordinária de risco dessa variável, com uma frequência esperada em torno de 10% dentre todas as possibilidades simuladas. Ademais, quase tão frequentes quanto esses patamares de GSF adversos seriam aqueles que confeririam importantes níveis de energia secundária, quando a realização de GSF está entre 1,1 e 1,2 – situação em que as hidrelétricas ficam em posição credora no âmbito do MCP. Disso decorre que não há nada de extraordinário na ocorrência de GSF inferior a 95% e que, num ambiente técnico, não é crível defender um limite do GSF nesse nível. Isso só faz sentido num mundo ideal, a partir da proibição do despacho de fontes não hidráulicas mesmo diante de cenários hidrológicos críticos e da distorção da composição de risco ordinário do próprio mecanismo, cuja lógica estrutural de funcionamento simplesmente acompanha a flutuação hidrológica inerente ao sistema hidroelétrico¹⁶⁶.

Se a garantia de lucro não existe nem nos segmentos regulados, os quais não gozam de proteção diferenciada nem de flexibilização de regras para compensar resultados indesejáveis de decisões gerenciáveis malsucedidas, o que dizer de segmentos que não possuem regulação de preços e que admitem flexibilidade na tomada de decisão pelos agentes, tal como o segmento de geração¹⁶⁷.

Mesmo levando em conta a asserção contida na transcrição acima, é importante desatrelar a condição do GSF do resultado financeiro das empresas, pois tanto é possível verificar-se o desempenho positivo de um gerador a despeito de $GSF < 1$, como o contrário. O GSF está atrelado ao volume de energia gerado pelo conjunto das hidrelétricas, mas o volume de energia gerado por uma usina não corresponde ao volume de energia por ela comercializados. O GSF varia ao longo do ano, assim como o PLD. Os agentes do MRE possuem recursos para mitigar o risco de perda financeiro, pois dispõem de gestão sobre o volume de energia a ser comercializado, sobre a forma de sazonalizar a entrega dos contratos vendidos¹⁶⁸. Tanto é assim que diversas geradoras apresentaram resultados positivos em 2013

¹⁶⁶ Em complemento, registra-se na Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL: 109. *É preciso ressaltar que o resultado atual encontra-se no universo das possibilidades. Bastaria olhar para o passado, com a matriz, carga e alternativa de operação de cada ano e assumir uma premissa simples, qual seja, a ocorrência de escassez hídrica que ensejasse o máximo esforço no atendimento da demanda. Isso já implicaria GSFs muito mais críticos que o atual, sem qualquer premissa probabilística. 110. E ainda que a análise estatística fosse trazida a termo, o exercício estocástico aqui também desempenhado só veio a ratificar as mesmas conclusões extraídas das abordagens determinística e histórica. GSFs em torno de 0,8, por exemplo, são realizações ordinárias dessa grandeza e, assim, constitui componente integrante da matriz de risco do MRE, nada mais refletindo um dentre outros cenários que compõem a flutuação natural das vazões a que está sujeito o parque hidrelétrico instalado.*

¹⁶⁷ Trecho extraído da Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL.

¹⁶⁸ Na gestão de riscos do negócio de geração, inclusive do risco hidrológico, além da definição de quantidades e perfis de sazonalização, os agentes adotam estratégias de mitigação que envolvem diversificação de fontes e de clientes, vendas em modalidades contratuais diversas e administração de uma margem de segurança (*hedge*) para fins de comercialização que podem envolver partes relacionadas e estratégias de conglomerado. Sobre os dilemas comerciais dos geradores hidrelétricas, destaque o seguinte trecho de SAUER, Ildo Luís. *Energia Elétrica no Brasil Contemporâneo: A Reestruturação do Setor*,

e 2014 – anos em que o GSF foi de 0,99 e 0,91, respectivamente –, sendo que, numa amostra selecionada pela ANEEL, na média, os geradores apresentaram performance melhor em 2014 do que em 2013, conforme tabela abaixo, que destaca o seu EBITDA¹⁶⁹.

EBTIDA de empresas de geração em 2013 e 2014

Empresa	2013	2014
AES Tietê	1.525 mi	918 mi
Duke	914 mi	704 mi
Copel Geração	1.852 mi	1.422mi
Tractebel	3.042 mi	2.895 mi
CPFL Geração	1.359 mi	1351 mi
CESP	3.062 mi	4.017 mi
CEMIG Geração	2.985 mi	4.240 mi
CELESC Geração	45 mi	157 mi
Eletrobras Geração	3.817 mi	4.929 mi
EDP Geração	801 mi	532 mi
Alupar Geração	113 mi	168 mi
Neoenergia Geração	411 mi	247 mi
Somatório	19.926 mi	21.580 mi

Desse modo, verifica-se que as ações desta fase veiculam questionamentos de empresas que possuem conhecimento das variáveis do mercado, que entraram no negócio com conhecimento dos riscos e cientes de que o modelo é pautado na operação centralizada pelo Estado e que, evidentemente, precificam todos esses custos nos contratos de venda de energia. Nesse contexto, é difícil não julgar essas ações como uma aventura, estimulada pela assimetria de informação do Poder judiciário e pelos baixos custos do acesso à Justiça (em contraste com o potencial milionário de retorno para as requerentes).

Fragilidades da razão “b”. As razões para imputar ao Poder Público as causas da geração deficitária das hidrelétricas eram de teor técnico-fático, e não jurídico. Foram elas que deram suporte ao requerimento de limitação total do GSF. As requerentes assumiram ônus

Questões e Alternativas, p. 115-225. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.) *Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 148: *No caso das geradoras, o dilema é exatamente inverso, mas não menos complexo: para quem e onde ofertar a energia disponível. Colocá-la no mercado spot, onde uma oferta excessiva de outros agentes geradores poderia inviabilizar a própria produção por conta da queda nos preços? Ou assegurar contratos bilaterais de forma a minimizar esse tipo de risco e,, assim como nas distribuidoras, ficar amarrado a um contrato com condições preestabelecidas? Ou, ainda, vender a consumidores livres?*

¹⁶⁹ Sigla para *Earning Before Interest, Taxes, Depreciation e Amortizations*, também conhecida, no Brasil, como LAJIDA, que corresponde ao potencial de caixa que o ativo operacional de uma empresa é capaz de produzir, antes de considerar inclusive o custo de qualquer capital tomado emprestado (MARTINS, Eliseu. *Ebitda, o que é isso?.* apud MARQUES, José Augusto Veiga da Costa. *Análise Financeira das Empresas: liquidez, retorno e criação de valor*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2002, p. 236).

argumentativo pesadíssimo: a despeito de verificar-se, no período de ajuizamento das ações, reservatórios com níveis extraordinariamente baixos¹⁷⁰, aventuraram-se em defender que a questão do GSF nada tinha a ver com isso, mas tão somente pela atuação do Poder Público destoante das condições preexistentes à participação no negócio.

É importante registrar que todas essas questões haviam sido submetidas administrativamente à apreciação da ANEEL. Grandes associações representativas de geradores colaboraram com a análise, por meio da Audiência Pública n.º 032/2015. As razões apresentadas pelas hidrelétricas foram rechaçadas, a partir de robusta fundamentação técnica – pautada na realização de estudos, simulações computacionais, gráficos e números¹⁷¹. É difícil não analisar as detalhadas manifestações técnicas e delas não decorrer *ou* a ausência de razão às hidrelétricas *ou*, no mínimo, o reconhecimento de que o tema era por demais complexo para decisão, em nível de liminar, por órgão não especializado como o Judiciário, dispensando dilação probatória e, até mesmo, a oitiva do ente regulador¹⁷².

Segundo as requerentes, a expectativa das hidrelétricas sobre as condições para desempenho da atividade teria sido quebrada por atuação errática e imprevisível do Poder Público. Estar-se-ia priorizando o despacho de usinas térmicas, de custo mais elevado que as hidrelétricas, mesmo diante da ociosidade dos reservatórios. Assim, o aumento arbitrário da utilização das fontes térmicas é que estaria provocando o impacto direto no GSF. A tese era inconsistente, por pelo menos dois fatores. O nível de GSF observado no período era incompatível com o alto uso da capacidade instalada de outras fontes. Além disso, não se verifica relação necessária entre a elevação do uso de outras fontes com a diminuição do GSF, tal como demonstra a tabela a seguir¹⁷³:

Tabela - Valores realizados de GSF e uso de outras fontes		
GSF	Valor Realizado	Uso realizado de outras fontes
2001	0,86	aprox. 15%
2002	0,89	aprox. 15%
2003	0,93	aprox. 15%

¹⁷⁰ *As Energias Armazenadas - EAR do SIN foram baixas durante todo o ano de 2014 (...), chegando em novembro (de 2014) com a pior EAR já registrada, e iniciando o ano de 2015 com os mais baixos armazenamentos já registrados no período* (cf. Nota Técnica n.º038/2015-SRG-SRM/ANEEL, atuada sob o n.º 48550.000366/2015-00).

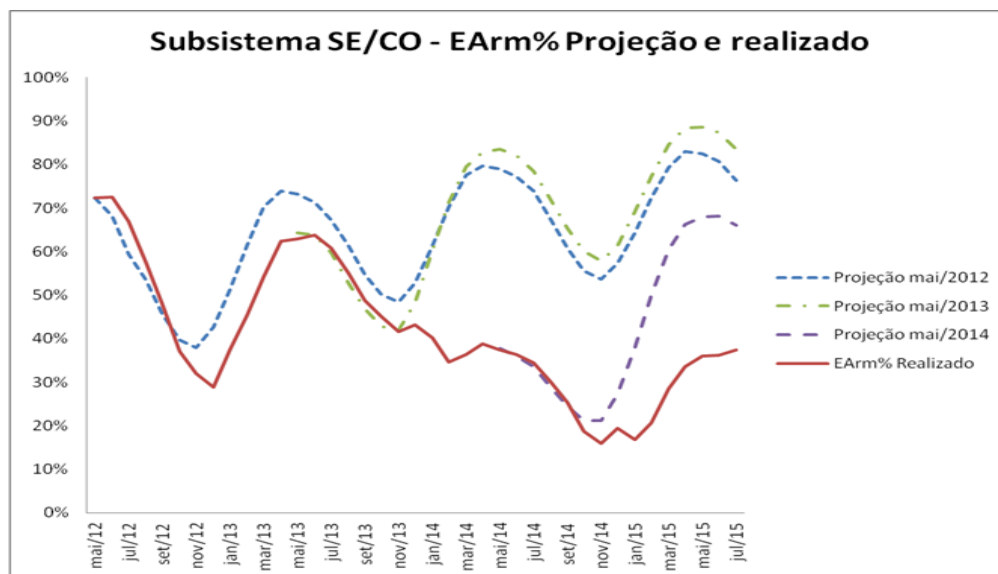
¹⁷¹ Cf. Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19 – e notadamente o teor da Nota Técnica n.º038/2015-SRG-SRM/ANEEL (atuada sob o n.º 48550.000366/2015-00) e Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL (atuada sob o n.º 48580.001691/2015-00).

¹⁷² Nossa pesquisa não encontrou petição inicial de 1ª fase que tenha deixado de realizar pedido de liminar *inaudita altera pars*.

¹⁷³ Extraída da Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL (atuada sob o n.º 48580.001691/2015-00)

2004	0,96	aprox. 15%
2013	0,99	aprox. 35%
2014	0,91	aprox. 35%

Na mesma linha, o gráfico a seguir¹⁷⁴ demonstra a queda do nível médio dos reservatórios, na região Sudeste/Centro-Oeste, a despeito do aumento do despacho de usinas térmicas. Assim, de um lado, demonstra-se a gravidade da situação hídrica no período e, de outro, que mesmo o despacho de térmicas não foi capaz de reverter a situação.



Em seguida, as requerentes alegaram que o Poder Público provocou inversão equivocada do sinal de consumo – notadamente com a edição Lei nº 12.783, de 2013 – tomando medidas para tomar as tarifas mais baixas quando a escassez dos reservatórios recomendava medidas para diminuição do consumo, o que diminuiria a exposição das hidrelétricas no MCP. Logo de início, causa estranheza a tentativa de acusar o Poder Público por tomar medidas tendentes a tornar o serviço público mais barato. A definição legal que condiciona o serviço adequado à modicidade tarifária¹⁷⁵ torna bastante problemática tanto a censura à atuação do Poder Público nessa perspectiva quanto a alegação de surpresa pelos agentes que sejam afetados por essa conduta. Ainda assim, a tese não passa de especulação, pois as requerentes não demonstram a relação de causalidade entre a diminuição da tarifa de energia e o aumento do consumo do produto. A ANEEL, em contrapartida, realizou estudos que apontam no sentido de que o aumento do consumo, no segmento livre (industrial), tem muito mais a ver com o PIB, e, no segmento regulado, com a temperatura – no verão, o consumo de energia aumenta, sobretudo

¹⁷⁴ Extraído da Nota Técnica nº 238/2015–SRM-SRG/ANEEL, constante do Processo Administrativo atuado na ANEEL sob o n.º 48500.006210/2014-19.

¹⁷⁵ Cf. art. 6º, §1º, da Lei n.º 8.987, de 1995.

pela maior utilização de condicionares de ar. Nesse sentido, no ano de 2013 a tarifa diminuiu 12,38%, contra aumento de carga de 2,52%; em 2014, enquanto a tarifa aumentou 20,52%, a carga igualmente aumentou em 4,71%¹⁷⁶.

As requerentes, ainda, tentam enquadrar como *fato do príncipe*¹⁷⁷ a circunstância de o Poder Público não ter decretado racionamento nos momentos em que o custo do déficit de energia – ou seja, o custo de cortar o fornecimento da energia – mostrava-se inferior ao custo de geração. A questão aqui é que não há mandamento legal que obrigue a decretação de racionamento pelo Poder Público. A lei apenas determina que, na operação do sistema, o ONS leve em consideração o custo do déficit de energia¹⁷⁸, o que não significa dizer que recomendará imediata e automaticamente o racionamento, tendo como única base o custo do déficit da energia. Na verdade, o custo marginal de operação do sistema – CMO é bastante volátil. Em determinados momentos, pode ultrapassar o custo do déficit de energia, mas logo recuar – o gráfico a seguir demonstra que, no período de ajuizamento das ações inaugurais, foram pontuais os momentos que o CMO ultrapassou o patamar do custo de déficit da energia elétrica. A redução ou corte no fornecimento de energia elétrica são fatos graves e não podem ser justificados sem a observância do custo de operação numa perspectiva temporal mais ampla. Justifica-se, assim, que se disponha ao ONS margem de liberdade nas decisões de despacho, com o intuito de manter a operação do sistema estável, na perspectiva da regularidade, continuidade, eficiência e segurança do serviço¹⁷⁹.

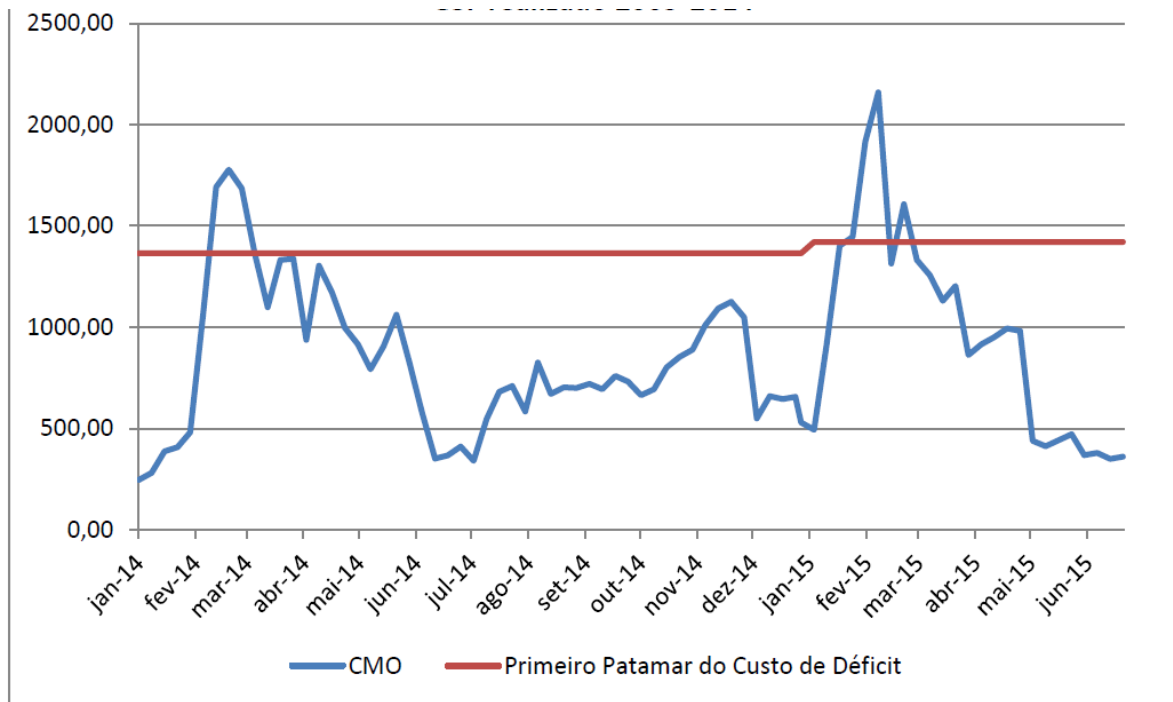
Custo Marginal de Operação de janeiro de 2014 a junho de 2015

¹⁷⁶ Cf. itens 64 e seguintes da Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL.

¹⁷⁷ A geração deficitária de energia pelas hidrelétricas gera consequências no âmbito dos contratos bilaterais de comercialização que firmam com distribuidoras e consumidores. Em vista da estratégia retórica de não mostrar que agentes privados seriam impactados com seus pedidos, os requerentes retiram a discussão do contexto desses contratos, como se o debate sobre o GSF não dissesse qualquer respeito a esses pactos. A todo instante, fazem referência aos atos do Poder Público como *fatos do príncipe*, como se a discussão tratasse de contratos administrativos. Assim, como as alegações não dizem respeito a atos imprevisíveis que estariam sendo realizados por autoridade pública *contratante*, mas sim a atos estatais com reflexos em pactos firmados entre atores privados, a questão deveria ser travada em torno da *teoria da imprevisão*, e não da *teoria do fato do príncipe*. A esse respeito, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 722.

¹⁷⁸ Cf. art. 1º, §4º, inciso V, da Lei n.º 10.848, de 2004.

¹⁷⁹ Cf. arts. 1º, §4º, inciso I, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 6º, §1º, da Lei n.º 8.987, de 1995.



Fonte: Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico Brasileiro – Março/2015

Gráfico extraído da Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL

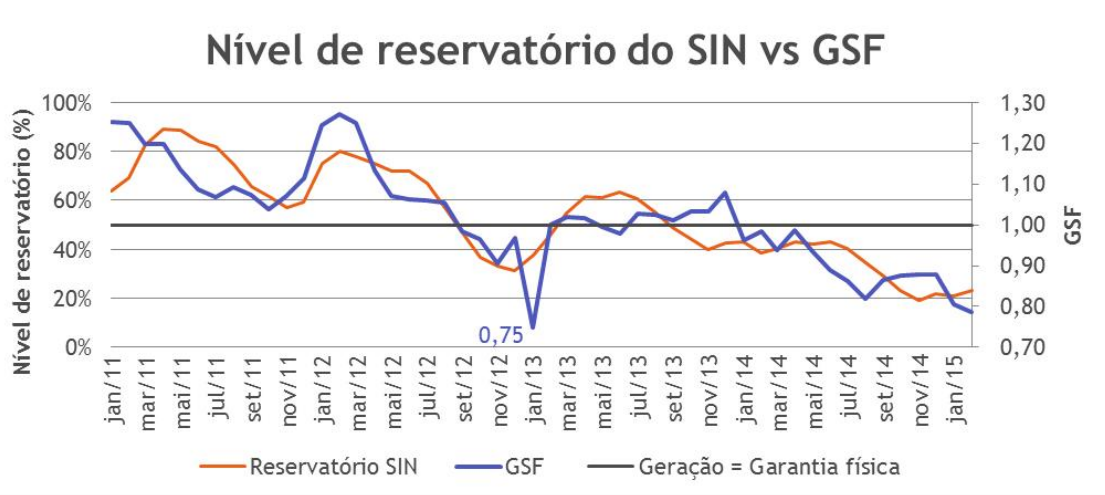
Além disso, demonstrativos técnicos apontaram que a decretação de racionamento não traria necessariamente ganhos financeiros às hidrelétricas. Pelo contrário, simulações indicam que a diminuição do volume dos contratos que resultaria de eventual decretação de racionamento¹⁸⁰ reduziria os ganhos das hidrelétricas, em proporção mais acentuada do que a redução de custos pela menor exposição ao MCP¹⁸¹. Isso parece afinar-se com o fato de que as requerentes, em momento algum, pediram a diminuição judicial dos volumes contratados. Essa medida seria forma de diminuir sua exposição no MCP, mas, ao mesmo tempo, reduziria seus ganhos com os contratos bilaterais. Desse modo, a utilização do argumento pelo qual se censura o Poder Público pela não decretação de racionamento mostra ter finalidade meramente retórica, não refletindo, no fundo, a verdadeira intenção dos geradores hidrelétricos.

O gráfico a seguir resume o contraponto fulminante ao argumento de que a culpa pela não geração das usinas hidrelétricas poderia ser imputada exclusivamente a medidas governamentais desatreladas do fato hidrológico. A figura relaciona o nível dos reservatórios do SIN e o GSF no período que precedeu a judicialização. A proximidade das linhas mostra a forte causalidade entre a situação hidrológica e o GSF. É um fato difícil de superar, ainda mais

¹⁸⁰ Por força da norma constante no art. 22 da Lei n.º 10.848, de 2004.

¹⁸¹ Cf. Nota Técnica n.º 134/2015-SRG-SRM/ANEEL.

quando o requerimento de boa parte das requerentes foi para afastar totalmente os efeitos do $GSF < 1$, isto é, como se a hidrologia em nada tivesse impactado o GSF.



Extraído do relatório da Comerc Energia, disponível em:

http://www.comerc.com.br/conteudo/panoramas/Panorama_semanal_semana_4_Abril_2.pdf. Acesso em: 05.06.2017.

De todo modo, aqui não busca apresentar a demonstração cabal sobre a ausência de direito das requerentes. O foco do estudo é a intervenção judicial na regulação do setor. Para a crítica dos provimentos judiciais, sobretudo aqueles proferidos em caráter liminar, basta a demonstração de que a discussão acima tem contornos fáticos complexos, tornando problemática a deliberação sem dilação probatória e, mais grave ainda, sem a oitiva dos entes administrativos envolvidos.

A intervenção judicial requerida pareceria ainda mais improvável quando se coloca em contexto os impactos negativos dos requerimentos sobre terceiros. Endereçando esse ponto específico, os pedidos judiciais são apresentados de forma a esconder esses efeitos. O raciocínio é realizado como se o deferimento do requerimento tivesse o potencial de criar riqueza a partir do nada ou como se o impacto financeiro mirado pelos requerentes fosse impactar *apenas* os cofres públicos, e não outros agentes particulares. A lide é inteiramente apresentada como uma insatisfação contra atos do Poder Público, porém o requerimento mira diretamente a esfera jurídico-financeiro de outros sujeitos. O impacto a terceiros não fica evidente, nem mesmo no próprio requerimento – *limitar a aplicação do GSF* –, pelo menos, não na ótica de ente julgador que não tem *expertise* no assunto.

Ocorre que a limitação da aplicação do GSF implica reflexo necessário na órbita de interesse de outros agentes. Como se viu no capítulo anterior, o MRE presta-se a redistribuir, entre os seus participantes, energia, e não valores. A metodologia de redistribuição, dentre outras coisas, leva em conta a garantia física individual de seus participantes e o volume de

energia agregado do conjunto. Desse modo, a modificação dos efeitos de fator de ajuste do MRE sobre determinado participante significa que a essa hidrelétrica será distribuída mais ou menos energia do total de energia gerada por todos os participantes do mecanismo. Como o volume de energia gerado não é alterado pela decisão judicial, a única maneira de alocar mais energia a determinado participante é retirar energia dos demais.

Requeriu-se a determinação de limitação da aplicação do Ajuste do MRE sobre a usina hidrelétrica do participante, de modo a considerar redução máxima de 5% ou redução nenhuma da energia alocada em relação a sua garantia física. Desse jeito, num cenário de $GSF < 1$, a alocação de energia ao participante deveria permanecer igual ou, no mínimo, 5% inferior a sua garantia física. Assim, suponhamos que, diante de limitação judicial, a ocorrência de GSF de 0,85 tenha sido convertida a 1, em relação a um único participante. Nessa hipótese, a energia que seria alocada ao participante, em patamar inferior a sua garantia física em 15%, passa a equivaler a sua garantia física, por força da decisão judicial. No mundo real, contudo, a energia gerada permanece inalterada. Por conseguinte, a única forma de cumprir o comando e preservar sua coerência com o mundo real é retirar dos demais participantes energia bastante para complementar a energia alocada ao participante até se alcançar o equivalente a sua garantia física.

Entretanto, a retórica dos requerentes buscou esconder do Poder Judiciário o resultado óbvio e direto da modificação de regras que repartem um bem escasso (energia) entre determinados agentes: mantido constante o volume desse bem, os demais agentes passam a receber quota diversa daquela que recebiam antes. Se a modificação provoca o aumento da fração de um, a dos demais, por imperativo matemático, é diminuída. Para ocultar essa lógica, o raciocínio é construído como se em jogo estivessem apenas os interesses do requerente, a fim de que a cautela do requerente seja atendida, desprezando-se para a cautela dos demais.

Na verdade, sequer decorre do descontentamento pela geração deficiente de energia a necessidade de se interferir nas regras de distribuição de energia dentro do MRE. Em outras palavras, o dano alegado pelos requerentes não reclamava interferência no fator de ajuste do MRE. A insatisfação vem de suposta intromissão indevida pelo Poder Público, nas condições prévias à prestação do serviço, a justificar reequilíbrio econômico-financeiro da atividade. Em momento nenhum, os agentes atacam a lógica de redistribuição da energia no MRE, realizada com base proporção da garantia física de cada um. Ora, o reequilíbrio econômico-financeiro da atividade de geração de energia refere-se à equação dos contratos bilaterais de compra e venda

de energia elétrica. Esses pactos que originam para as hidrelétricas a obrigação de entrega de energia na quantidade ajustada¹⁸². O desejo de serem isentadas dessa obrigação, a partir da aplicação da teoria da imprevisão, deveria referir-se a esses contratos e direcionar-se contra os comercializadores, consumidores livres e distribuidoras com os quais as hidrelétricas firmaram esse tipo de ajuste. As hidrelétricas, contudo, encontram uma forma de deixar esses atores de fora da argumentação, a fim de dissimular a implicação de seus requerimentos sobre terceiros.

Por outro lado, o remédio para o reequilíbrio econômico-financeiro do serviço jamais passaria pela limitação do fator de ajuste do MRE. Esse meio não tem aptidão para reequilibrar a equação financeira dos contratos bilaterais de comercialização. Supondo que as demais hidrelétricas não consigam provimento semelhante, a limitação do GSF, de fato, resolve os problemas financeiros da requerente. Contudo, não o faz por meio do reequilíbrio dos contratos de venda de energia, mas por meio da retirada da energia das demais hidrelétricas. Assim, mesmo que a irresignação contra o Poder Público fosse justificada, o requerimento não teria capacidade de promover a justiça esperada. Pelo contrário, ele é essencialmente injusto, porquanto anti-isonômico, já que seu sucesso depende da diminuição da cota de energia das demais hidrelétricas e, por consequência, da maior exposição dessas últimas ao MCP¹⁸³. O benefício da hidrelétrica requerente sai ao custo do prejuízo das demais. Não deveria ser, portanto, um encaminhamento cogitável, por não decorrer das razões apresentadas e por violar direito de outras usinas hidrelétricas¹⁸⁴, que não compõem a relação de direito material discutida na ação. Pelo menos, não por conhecedores da matéria. O déficit de informação do Poder Judiciário, sobre as bases mais elementares da regulação do setor elétrico, inspirou esse tipo de ousadia por parte das hidrelétricas. Tanto isso é verdade que, no bojo do processo administrativo em que a mesma insatisfação é veiculada¹⁸⁵, os produtores de energia são muito diretos ao

¹⁸² 6.1. Para fins do CONTRATO, o VENDEDOR disponibilizará, no CENTRO DE GRAVIDADE do SUBMERCADO Sudeste/Centro-Oeste, a ENERGIA CONTRATADA e a respectiva POTÊNCIA ASSOCIADA, nos montantes especificados na tabela seguinte: (Conforme modelo de CCEAR extraído do Edital do Leilão n.º 05/2007. Disponível em. Acesso em.

¹⁸³ Além de ser contraditório e não ser moralmente justificado, segundo os princípios da universalidade e prescritividade de Richard Mervyn Hare. Isso, pois os pedidos das requerentes impõem ônus às demais hidrelétricas, sendo que, se conferido caráter universal ao raciocínio empregado (princípio da universalidade), as requerentes também deveriam aceitar a redução de seu montante de energia alocado, caso os mesmos pedidos fossem aceitados pelas demais. Entretanto, como se observará dos casos da 2ª fase, as requerentes desta 1ª fase não estão dispostas a aceitar o mesmo ônus. Portanto, vê-se que tanto seus pedidos caem em contradição, como não há base moral para sua realização. Para uma melhor compreensão da teoria de Hare, no ponto destacado, cf. ALEXYS, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 74, 77 e 78).

¹⁸⁴ Conforme regras que garantem a cada usina a alocação de energia física na mesma proporção que sua garantia física tem em relação à garantia física total das participantes do MRE (cf. arts. 1º, inciso VIII, §5º, inciso II, da Lei n.º 10.848, de 2004, e 21 e seguintes do Decreto n.º 2.655, de 1998).

¹⁸⁵ P. 48500.006210/2014-19.

direcionarem os custos do seu requerimento aos consumidores. É nesse sentido a proposta que fazem ao ente regulador:

Nossa proposta tem como objetivo aprimorar o critério para alocação de custos assumidos pelos geradores hidrelétricos participantes do MRE, referentes à diferença entre a garantia física e a energia alocada do MRE motivada pelo despacho de geração termelétrica fora da ordem de mérito, por definição do ONS ou do CMSE, por razões de segurança energética, conforme se segue:

1. Na ocorrência da diferença mencionada, o custo resultante, valorado pelo Preço de Liquidação das Diferenças — PLD, seria alocado aos agentes de consumo do Sistema Interligado Nacional, na proporção do consumo atendido pelo SIN de cada um desses agentes.
2. O custo indicado seria tratado como Encargo de Serviços do Sistema - ESS, associado ao despacho de geração termelétrica fora da ordem de mérito, devendo, dessa forma, para fins de contabilização no mercado de curto prazo, os geradores hidrelétricos participantes do MRE serem ressarcidos pelo ESS de forma proporcional a sua garantia física para participação no MRE.¹⁸⁶

É abissal o contraste desse texto com aquele das petições iniciais das ações judiciais. Aqui, nada se fala em alocar custos aos consumidores, como exemplifica a petição inicial da lavra da mesma Associação que produziu o texto transcrito acima¹⁸⁷. Sabedora da antipatia de requerimento destinado a impactar os milhões de consumidores de energia do Brasil, as hidrelétricas inventam forma de vestir o pleito como uma insatisfação contra atuação arbitrária do Poder Público. A escolha da veiculação da reivindicação via alteração das regras nucleares do MRE é que, na verdade, se mostra arbitrária. A racionalidade por trás desse caminho é tão somente poder traduzir-se em benefício imediato para a requerente. Em verdade, contudo, não há insatisfação contra a regulação do MRE.

Depois, nas ondas seguintes de ações judiciais, os entes administrativos serão dezenas de vezes censurados, sob a alegação de terem destinado os efeitos da ação às demais hidrelétricas e agentes do mercado; de terem agido com má fé, pois seria *evidente* que, nesta 1ª fase, as hidrelétricas não tiveram por objetivo maltratar umas às outras. Porém, vê-se que essa censura, na verdade, é pura encenação dos mesmos requerentes que, nesta 1ª fase, não tiveram a coragem e lealdade de propor solução minimamente razoável para equacionar a questão, nem de apontar exatamente quais sujeitos deveriam sofrer os ônus de seus pedidos. Os requerentes possuem profundo conhecimento sobre a regulação do setor elétrico. Contudo, optaram por levar a discussão a bases fantásticas, completamente apartadas da realidade. Num ambiente de

¹⁸⁶ Trecho da Carta PRE 352/14, de 18 de novembro de 2014, da lavra da Associação Brasileira dos Produtores de Energia Elétrica – APINE, que inaugurou o P. 48500.006210/2014-19.

¹⁸⁷ Cf. petição inicial do Ação Judicial autuado sob o n.º 34944-23.2015.4.01.3400/DF, proposta pela APINE em face da ANEEL.

lealdade processual¹⁸⁸, a alta complexidade da matéria deveria instigar um maior didatismo em relação ao Poder Judiciário. Aqui se torna oportunidade para confundi-lo e satisfazer os interesses econômicos imediatos do agente, ainda que às custas de grande subversão das regras setoriais.

As ações, como visto, deveriam mirar as relações dos requerentes com os agentes compradores de energia elétrica. Entretanto, mesmo que tivessem sido direcionadas a essa relação material, seria desarrazoada a proposta das hidrelétricas de desonerarem-se dos custos atrelados ao risco hidrológico, sem qualquer contrapartida para os consumidores. Pela legislação de regência e pelas disposições contratuais, os produtores assumem os riscos hidrológicos. O preço avençado pela energia é pautado nessa base. Entretanto, sob o irônico pretexto de reequilíbrio econômico-financeiro, buscam livrar-se completamente dos ônus pela geração deficitária de energia, mas nada comentam sobre a necessidade de rever a prestação financeira pela energia sob essa nova base. Se o consumidor passa a assumir o risco de a energia não ser entregue por conta das condições hidrológicas, é evidente que deve ser revisto o preço de pacto que foi firmado sem essa premissa ou previsto algum outro tipo de compensação. Nessa linha, ainda, vê-se que as hidrelétricas buscam livrar-se dos ônus decorrentes da geração deficitária de elétrica, mas nada falam do bônus que recebem pela geração superavitária. Portanto, das contingências hidrológicas querem livrar-se apenas dos ônus, mas reter os bônus.

Assim, tem-se a completa inviabilidade do raciocínio das hidrelétricas nesta 1ª fase. Não cumprem sequer os requisitos de *justificação interna*¹⁸⁹. Suas razões são falsas, e o próprio requerimento é incorreto, tanto porque o Ajuste do MRE não merece reparo, quanto por ser injusta a tentativa das hidrelétricas de se livrar de riscos próprios do negócio sem o correspondente reajuste do preço avençado pelo produto. Além disso, das razões não decorre o requerimento. Isto é, mesmo supondo verdadeiras as razões, a providência esperada seria medida de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de comercialização ou de retribuição dos consumidores, e não a distorção das regras de realocação da energia entre os

¹⁸⁸ Tal como postulado no art. 6º do Código

¹⁸⁹ As regras de justificação interna *verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na fundamentação (...). Na justificação externa, é averiguada a correção das próprias premissas, mediante as regras (1) da argumentação prática geral, (2) da argumentação empírica, (3) da interpretação, (4) da argumentação dogmática, (5) do uso dos precedentes e (6) das formas especiais de argumentos jurídicos* (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 10 e 11). *Wróblewski (...)* chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de interferência a partir de premissas dadas, justificação interna. E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, justificação externa. (...) tudo o que foi dito significa que uma decisão precisa, pelo menos, estar justificada internamente, e que a justificação interna é independente da justificação externa, no sentido de que a primeira é condição necessária, mas não suficiente, para a segunda (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: uma teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 33 e 138).

participantes do MRE¹⁹⁰. Desse modo, tem-se que o raciocínio não é *válido*, porque a conclusão (requerimento) não é *consequência lógica* das razões, e tampouco *correto*, qualidade das proposições que gozam de correlação lógica entre premissas e conclusão e que possuem premissas verdadeiras, *justificando* a conclusão¹⁹¹.

3.1.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades.

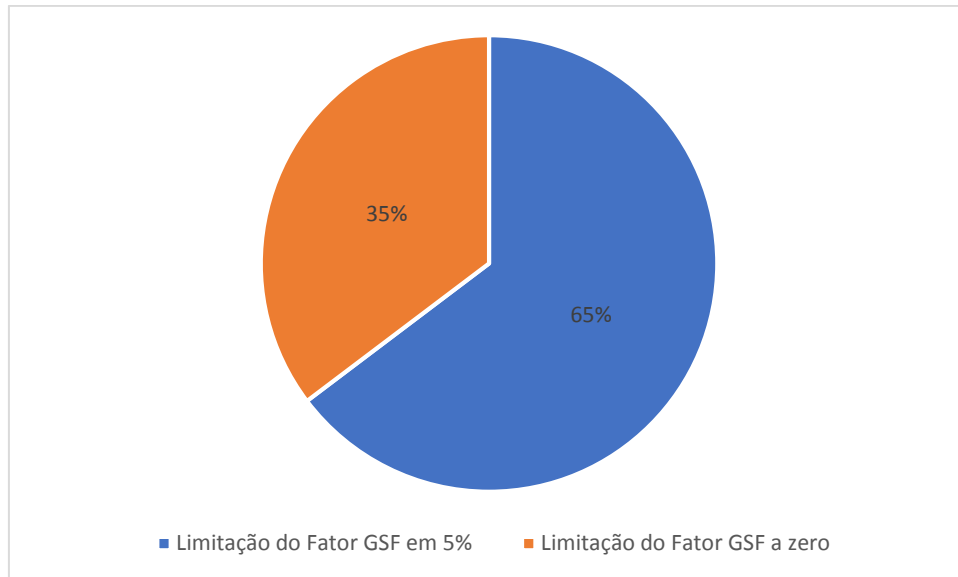
Foram exaradas 67 medidas liminares favoráveis às participantes do MRE ou de suas associações representativas, concedendo limitação dos efeitos financeiros negativos provocados pelo GSF. Desse total, em 44 decisões judiciais, determinou-se a limitação do GSF em 5%¹⁹². Em 24 ações judiciais¹⁹³, houve deferimento de liminar para limitar completamente o Ajuste do MRE, nas situações de geração deficitária de energia elétrica.

¹⁹⁰ Uma alternativa metodológica para confirmar a impossibilidade de inferência dos requerimentos desta 1ª fase a partir das razões apresentadas seria utilizar a *pergunta de asseribilidade* de Alec Fisher (*A lógica dos verdadeiros argumentos*. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008, p. 33 e 243), nos seguintes moldes: Que argumento ou prova me daria justificação para asserir a conclusão “deve-se alterar as regras de alocação de energia no âmbito do MRE em favor do requerente (e prejuízo das demais usinas participantes)”? Seria esperado das razões ou provas necessárias para apoiar essa conclusão, no mínimo, a demonstração de realização de ato arbitrário pela ANEEL que tivesse provocado alteração das regras de alocação de energia no âmbito do MRE, em detrimento do requerente e prejuízo dos demais participantes. Assim, faria sentido a conclusão, para que o Judiciário interferisse nas regras, de forma a reequilibrar a distribuição de energia entre todos os participantes do MRE. Não foi o caso, pois os requerentes não apresentaram razões nem provas nesse sentido.

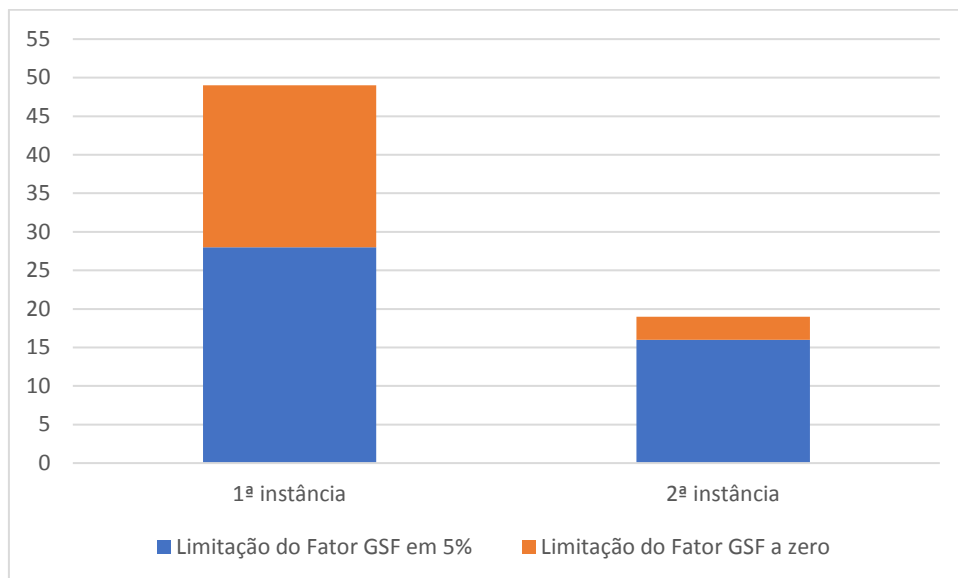
¹⁹¹ A terminologia de lógica formal foi extraída das obras de COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 38-40, e MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 19 e 21.

¹⁹² Processos autuados sob os números: 0023776-24.2015.4.01.3400/DF, 0028129-10.2015.4.01.3400/DF, 0031750-15.2015.4.01.3400/DF, 0033270-10.2015.4.01.3400/DF, 0033084-84.2015.4.01.3400/DF, 0037347-62.2015.4.01.3400/DF, 0038577-42.2015.4.01.3400/DF, 0034379-59.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040668-08.2015.4.01.3400/DF, 0041607-85.2015.4.01.3400/DF, 0040163-17.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0036564-70.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0041692-71.2015.4.01.3400/DF, 0033045-87.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0037346-77.2015.4.01.3400/DF, 0041682-27.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0044867-73.2015.4.01.3400/DF, 0051254-07.2015.4.01.3400/DF, 0046295-90.2015.4.01.3400/DF, 0045492-10.2015.4.01.3400/DF, 0057512-33.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0046296-75.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 1005081-05.2015.4.01.3400/DF, 1005649-21.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 0045541-51.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 5046628-85.2015.4.04.0000/RS, 0065754-78.2015.4.01.3400/DF, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF, 0000518-14.2017.4.01.3400/DF.

¹⁹³ Processos autuados sob os números: 0047630-81.2014.4.01.3400/DF, 0034836-91.2015.4.01.3400/DF, 0034944-23.2015.4.01.3400/DF, 0038126-17.2015.4.01.3400/DF, 0038848-51.2015.4.01.3400/DF, 0035360-88.2015.4.01.3400/DF, 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0036632-20.2015.4.01.3400/DF, 0040671-60.2015.4.01.3400/DF, 0040813-64.2015.4.01.3400/DF, 0036631-35.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0043181-46.2015.4.01.3400/DF, 1004820-40.2015.4.01.3400/DF, 0035361-73.2015.4.01.3400/DF, 0049402-45.2015.4.01.3400/DF, 0052271-78.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0044866-88.2015.4.01.3400/DF, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0051237-68.2015.4.01.3400/DF, 0027516-65.2015.819.0001, 0062096-12.2016.4.01.3400/DF.



O volume de decisões judiciais é mais significativo em 1ª instância, com 49 medidas liminares deferidas, contra 19 em 2ª instância.



A interferência na atuação administrativo-regulatória é exercida sob argumentação frequentemente rasa. A razão de cautela (*periculum in mora*) assume importância total, desacompanhada até mesmo de análise perfunctória sobre o mérito. Exemplo disso se vê logo na primeira decisão liminar sobre o GSF, em 31 de julho de 2014, proferida pelo Desembargador Federal Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0042660-53.2014.4.01.0000/DF¹⁹⁴. A decisão não se digna a trazer razões de fato ou de direito sobre a justiça da atuação dos entes administrativos. O

¹⁹⁴ Processo Originário autuado sob o n.º 0047630-81.2014.4.01.3400/DF.

periculum in mora a que estaria sujeita a requerente encerra todo o conteúdo da decisão. A benesse judicial é dada com casualidade, como se não trouxesse impacto financeiro aos demais agentes do mercado.

O Processo Judicial n.º 0023776-24.2015.4.01.3400/DF traz outra ilustração emblemática. A partir dessa ação, inicia-se a onda de judicialização da matéria. Ao favorecer-se um agente com garantia física importante no contexto do MRE, os efeitos do cumprimento da decisão liminar deste processo são sentidos de imediato por todos os outros participantes do MRE. Em 1ª instância, após a oitiva da ANEEL, o requerimento liminar havia sido indeferido, de modo robusto, pela juíza atuante no feito. São 44 laudas que dão exemplo de atuação comprometida do Poder Judiciário, demonstrando compreensão que infelizmente não se reproduziu nas futuras medidas liminares referentes ao tema. O Desembargador Relator, em sede de agravo de instrumento, precisou de poucos parágrafos para superar a decisão *a quo*¹⁹⁵. Em sua decisão, o Desembargador parece hipnotizado com os altos valores discutidos – algo típico nas demandas que envolvem o setor elétrico –, deixa a fundamentação jurídica de lado e confere benefício ao requerente, como se os recursos financeiros para tanto pudessem ser materializados sem a participação dos demais agentes do mercado.

As medidas liminares assumem a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro nos *contratos de concessão*, por meio da aplicação da teoria do fato príncipe a contratos administrativos. Essa lógica perpassa as decisões, ainda que não se aplique ao produtor independente de energia elétrica, que representa a grande maioria dos geradores de energia elétrica¹⁹⁶. Esse tipo de agente não firma contrato de concessão com o Poder Concedente. O contrato de concessão de uso de bem público, que celebra com o Poder Público, é um contrato administrativo, mas esse instrumento não tem relação direta com a exposição dos agentes no mercado de curto prazo. Como se expôs acima, a possibilidade de exposição ao MCP está atrelada ao volume de energia vendido pelos produtores, por meio dos contratos bilaterais firmados com comercializadores, consumidores livres e distribuidoras. Entretanto, os contratos de comercialização de energia elétrica celebrados pelas hidrelétricas e suas contrapartes foram ignorados nas decisões judiciais. Assim, a narrativa das decisões é construída sob um ambiente em que o Estado, na condição de contratante, promove alteração unilateral nos pactos firmados

¹⁹⁵ Decisão proferida pelo Desembargador Federal Souza Prudente, em 6 de maio de 2015, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0023052-35.2015.4.01.0000/DF.

¹⁹⁶ Em 2015, de um total de 960 geradores de energia elétrica – entre concessionários públicos de geração de energia elétrica, autoprodutores e produtores independentes de energia elétrica –, os últimos somavam 860 (BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Op. cit.)

com particulares¹⁹⁷. Essa questão parece vital para entender o desembaraço com o qual os magistrados concediam liminares em prejuízo direto de outros particulares. Há de ser mais fácil *bancar Robin Wood* quando a fonte de recursos parece inesgotável, como a dos cofres públicos – em vez do bolso de outros particulares, de onde efetivamente se retiravam os recursos destinados àqueles agraciados pelo Poder Judiciário.

Diversas decisões, ainda, beneficiaram Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs¹⁹⁸. O inusitado, nesse caso, vem do fato de que a participação desses empreendimentos no MRE é opcional. Isso, por não serem despachados de forma centralizada pelo ONS, em virtude de sua reduzida capacidade de geração de energia¹⁹⁹. Por conseguinte, estas ações foram propostas por requerente que maldiz os seus resultados no MRE, sendo que aderiu às regras do instituto, por livre e espontânea vontade, e pela mesma livre vontade continua a participar do mecanismo. Essa circunstância compromete a alegação de *periculum in mora* invocada por esses agentes. Os magistrados, contudo, não distinguem esses agentes no juízo liminar.

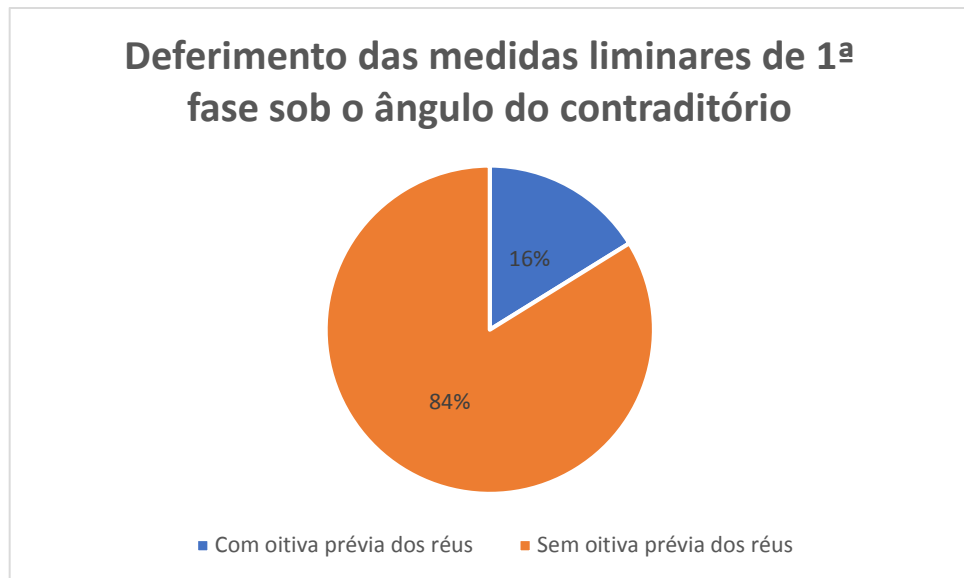
A atuação do Judiciário foi incauta, em face da dispensa de dilação probatória e de oitiva prévia dos réus. Os requerimentos fundamentaram-se na suposição de que a geração deficitária teria decorrido exclusivamente de atuação arbitrária e imprevisível do Poder Público. Como visto na seção anterior, a comprovação dessa alegação não há como ser feita sem a realização de complexo estudo técnico-econômico que demonstre a relação de causalidade entre o déficit de geração e a atuação do Poder Público fora dos parâmetros técnicos. Entretanto, as petições iniciais limitaram-se a fazer a ilação, sem acompanhá-la da correspondente comprovação. Nesse contexto, a exigência de dilação probatória seria requisito indispensável para a apreciação dos requerimentos liminares. Esse óbice, contudo, não intimidou nossos magistrados. Pelo contrário. Não só se dispensou a instrução probatória como também a oitiva

¹⁹⁷ Exemplo exposto está na decisão que antecipou os efeitos da tutela, nos autos do Processo Judicial n.º 34379-59.2015.4.01.3400/DF. Sua fundamentação parte expressamente da aplicação da cláusula de *rebus sic stantibus* sobre os contratos administrativos.

¹⁹⁸ A exemplo daquelas proferidas nos Processos Judiciais n.º 0034836-91.2015.4.01.3400/DF, 0033084-84.2015.4.01.3400/DF, 0037347-62.2015.4.01.3400/DF, 0038577-42.2015.4.01.3400/DF, 0038848-51.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0041607-85.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0033045-87.2015.4.01.3400/DF, 0051254-07.2015.4.01.3400/DF, 0057512-33.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 5046628-85.2015.4.04.0000/RS, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0062096-12.2016.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF.

¹⁹⁹ Cf. arts. 20, §1º, do Decreto n.º 2.655, de 1998, e 3º, *caput*, e 4º da Resolução Normativa ANEEL n.º 409, de 2010. OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS. Procedimentos de Rede. Submódulo 26.2 - Critérios para classificação da modalidade de operação de usinas. Disponível em: <http://www.ons.org.br/PROcedimentos/index.aspx>. Acesso em: 06.06.2017. CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Regras de Comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia*. Versão 2017.1.0. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_076159. Acesso em: 12.05.2017.

prévia dos entes administrativos réus. Das 68 medidas liminares deferidas, apenas 11 foram precedidas da oitiva prévia dos réus²⁰⁰.



É justo registrar a sobriedade da parcela de magistrados que foi sensível em reconhecer a deficiência dos requerimentos liminares. A decisão proferida, em 23 de julho de 2015, no Processo n.º 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, é boa ilustração:

Em primeiro lugar, é absolutamente sensível a inexistência de prova técnica que dê respaldo mínimo à alegação de que a situação deficitária das autoras tenha sido provocada efetivamente por fato imputável à União ou à ANEEL, ao ONS ou à CCEE, ou a quem quer que seja.

Não há elementos objetivos nos autos que permitam aferir se a insuficiência da geração efetiva das usinas hidrelétricas Baguari e Retiro Baixo pode ser atribuída única e exclusivamente à suposta inversão da ordem de mérito do despacho energético do ONS, privilegiando as termelétricas.

²⁰⁰ Medidas liminares deferidas sem a oitiva prévia dos réus: 0047630-81.2014.4.01.3400/DF, 0023776-24.2015.4.01.3400/DF, 0028129-10.2015.4.01.3400/DF, 0031750-15.2015.4.01.3400/DF, 0034836-91.2015.4.01.3400/DF, 0033270-10.2015.4.01.3400/DF, 0034944-23.2015.4.01.3400/DF, 0033084-84.2015.4.01.3400/DF, 0037347-62.2015.4.01.3400/DF, 0038126-17.2015.4.01.3400/DF, 0038577-42.2015.4.01.3400/DF, 0038848-51.2015.4.01.3400/DF, 0035360-88.2015.4.01.3400/DF, 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040671-60.2015.4.01.3400/DF, 0040668-08.2015.4.01.3400/DF, 0040813-64.2015.4.01.3400/DF, 0041607-85.2015.4.01.3400/DF, 0040163-17.2015.4.01.3400/DF, 0036631-35.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0036564-70.2015.4.01.3400/DF, 0043181-46.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0041692-71.2015.4.01.3400/DF, 0033045-87.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0037346-77.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0044867-73.2015.4.01.3400/DF, 0051254-07.2015.4.01.3400/DF, 0052271-78.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0045492-10.2015.4.01.3400/DF, 0044866-88.2015.4.01.3400/DF, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0057512-33.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 1005081-05.2015.4.01.3400/DF, 1005649-21.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 0045541-51.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 5046628-85.2015.4.04.0000/RS, 0065754-78.2015.4.01.3400/DF, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0062096-12.2016.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF, 0000518-14.2017.4.01.3400/DF. Medidas liminares deferidas com a oitiva prévia dos réus: 0034379-59.2015.4.01.3400/DF, 0036632-20.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 1004820-40.2015.4.01.3400/DF, 0041682-27.2015.4.01.3400/DF, 35361-73.2015.4.01.3400/DF, 0049402-45.2015.4.01.3400/DF, 0046295-90.2015.4.01.3400/DF, 0046296-75.2015.4.01.3400/DF, 0051237-68.2015.4.01.3400/DF, 0027516-65.2015.819.0001.

Como assegurar a este juízo que a situação narrada na petição inicial não foi causada por opções empresariais das próprias autoras, ao não formarem um portfólio de contratos de venda de energia mais adequados, talvez menos rentáveis, mas, no entanto, menos arriscados também, que a expusessem a menos riscos?

Com que esteio probatório podem as autoras afirmar peremptoriamente que agiram corretamente ao comercializar 100% da energia assegurada (Garantia Física de Energia) a terceiros (art. 2º do Decreto nº 5.163/04), sabendo, de antemão, desde 2013, que o cenário hidrológico e político não era favorável e que, provavelmente, suas vendas não teriam lastro físico suficiente?

Ademais, o suposto aumento de custos, provocado pelo ajustamento contábil das GFEs no âmbito do MRE, desde janeiro de 2014 (fl. 30), não está minimamente contextualizado, eis que não há qualquer informação relativa ao faturamento das autoras e a suposta relevância dos valores mencionados no que toca à saúde financeira dos seus empreendimentos.

Ademais, no que toca especificamente à plausibilidade das alegações deduzidas, as normas invocadas pelas autoras como limitadoras de sua exposição ao risco não têm pertinência com a situação retratada nos autos.

(...)

Limitar artificialmente a aplicação do referido fator implica autorizar as usinas a vender energia sem lastro físico e a desestabilizar todo o sistema elétrico.

Vê-se, por conseguinte, que a pretensão das autoras, aparentemente, é a de figurar no melhor dos dois mundos: vender 100% da energia assegurada (GFE) e somente entregar 95% dela.

Aqui é possível avistar claramente que a tutela em questão, caso concedida, causaria o perigo inverso de agravar o déficit das demais usinas e do sistema elétrico como um todo, uma vez que a diferença existente entre o déficit que as autoras gostariam de suportar (5%) e o que realmente ocorreu (20%), da ordem de 15%, deverá ser suportado por outros participantes, pelo sistema ou, conforme pretendem, pelo erário.

No que toca ao perigo invocado, dada a iminência da contabilização que ocorrerá no dia de hoje (23/07/2015), vê-se claramente que tal situação de urgência é artificial, eis que criada pelas próprias autoras, porquanto as concessionárias estão cientes dos atos ora impugnados desde, pelo menos, janeiro de 2014 (fl. 30) e, no entanto, somente agora, na véspera de uma corriqueira contabilização mensal, optaram por ajuizar a presente ação.

Ante todo o exposto, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela.

Outros magistrados não deixaram passar despercebido o *periculum in mora* inverso atrelado à repercussão dos efeitos do requerimento em terceiros. Literalmente:

No que diz respeito ao *periculum in mora* alegado, é de se destacar, no caso em análise, a possibilidade de dano reverso, na medida em que, diante da concessão de liminares suspendendo ou limitando o rateio do Fator de Ajuste do MRE, o ônus pelo aludido rateio será redistribuído entre aquelas empresas que não fizeram uso de medidas judiciais. Além disso, tais concessões podem gerar o chamado efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento de processos visando o mesmo escopo, podendo causar grande lesão à economia pública²⁰¹.

²⁰¹ Cf. decisão proferida em 7.8.2015, no P. 37346-77.2015.4.01.3400/DF.

O alerta acima se tornou profecia, como se vê da seção a seguir.

3.1.3. Impacto regulatório das decisões judiciais

O benefício financeiro obtido pelas hidrelétricas deturpou o funcionamento do MRE. Sob o pretexto de remediar a situação do requerente, transtornava-se os demais participantes do MRE, que nenhuma relação possuíam com a lamúria do primeiro. Além disso, a causa de pedir era por demais complexa para ser resolvida por provimento tão rudimentar. Com efeito, a determinação pura e simples de alocação de energia ao requerente não possuía qualquer aptidão para solucionar o problema da geração deficitária das hidrelétricas. As decisões propunham medida fragmentada, inapta a oferecer solução regulatória adequada para o modelo de alocação de riscos da geração de energia elétrica. Nesse tópico, não há como salvaguardar o interesse de um e deixar os outros de fora, sob pena de agravar a questão que se dispôs a enfrentar. Desse modo, a intervenção judicial, nos moldes em que se deu, não tinha outro futuro senão provocar a desordem no funcionamento normal do mercado.

As decisões judiciais sobre o GSF foram direcionadas ao cumprimento pela ANEEL – que figurou como ré em todas as demandas – e pela CCEE – na condição de entidade operadora do mercado de energia elétrica. Ocorre que esses sujeitos se depararam com comandos judiciais que lhes impunham providência excêntrica. Foi compelida a realização de alocação de energia elétrica adicional às usinas hidrelétricas favorecidas sem que, contudo, se verificasse correspondente geração de energia elétrica pelo conjunto das participantes do MRE. Ademais, esse tipo comando judicial necessariamente traz implicações financeiras para os outros agentes, mas nenhuma vez o Poder Judiciário apontou quais deveriam ser os impactados.

As decisões judiciais, como já foi dito, não se referiam diretamente a valores financeiros. Não se requereu a desobrigação de pagamento de valores aos credores do MCP, o que foi parte da retórica das hidrelétricas de esconder o impacto a terceiros. Assim, as medidas liminares refletiram o que fora pedido: a limitação do Ajuste do MRE, que significava maior alocação de energia à usina, e menor exposição ao MCP. Dessa forma, a redistribuição dos recursos financeiros entre credores e devedores do MCP seria efeito inevitável do provimento, o qual desobrigava usina do pagamento de dívida perante o mercado. Ilustre-se. Uma hidrelétrica participante deve ao MCP o valor monetário correspondente a 15 unidades de energia, na hipótese em que vende 100 unidades, mas teve a si alocada apenas 85. Se uma decisão judicial lhe aloca 100 unidades de energia, impedindo a realização do Ajuste do MRE, o efeito financeiro do artifício judicial é que a hidrelétrica não precisará mais pagar ao MCP o valor

monetário correspondente às 15 unidades de energia. Para os fins da liquidação do MCP, a CCEE não pode mais enxergar a beneficiada como uma devedora, pois, por força da ficção criada pela Justiça, é como se ela tivesse gerado toda a energia que vendeu. Não pode, portanto, cobrar os valores que antes eram devidos por ela, não pode executar as garantias financeiras correspondentes.

Entretanto, a decisão judicial não cria dinheiro. Isso, a despeito de ter dispensado a beneficiada de aportar recursos ao mercado. Numa situação normal, a existência de 1000 unidades monetárias a serem recebidas pelos credores do mercado deve significar, necessariamente, a existência de 1000 unidades a serem pagar pelos devedores. Essa é a característica básica do mercado de curto prazo – um mercado multilateral, como visto no capítulo anterior. Diante de decisão judicial cujo efeito financeiro é dispensar um devedor do pagamento de 15 unidades, a fim de que persista a equivalência entre créditos e débitos – no popular, que a *conta feche* –, as alternativas seriam retirar as 15 unidades de créditos da conta dos credores – ou de algum(ns) credor(es) – ou adicionar as 15 unidades à conta dos demais devedores – ou de algum(ns) devedor(es). Em todo caso, a decisão necessariamente provocará impactos em outro(s) agente(s).

Ora, os comandos judiciais alteravam regra de repartição de energia dentre os participantes do MRE. Se a decisão determina que ao beneficiado se deveria alocar um montante de energia maior do que o lhe seria devido, aos demais participantes do MRE se deve diminuir a mesma quantidade de energia. Se dinheiro as decisões não criam, energia também não. No funcionamento normal do MRE, como visto, é impossível que as empresas tenham alocadas a si volume de energia proporcionalmente diferente, em relação a suas garantias físicas. Se uma empresa tem alocada a si energia correspondente a 85% de sua garantia física, todas as demais, igualmente, terão alocadas a si os mesmos 85%²⁰². De fato, é isso que significa compartilhar o risco hidrológico. Se ele é compartilhado, é assumido de forma igual por todas as participantes do MRE. Contudo, as decisões judiciais distorceram o compartilhamento risco hidrológico, tornando-o mais leve para algumas participantes, e mais pesado para outras.

A CCEE buscou cumprir as decisões judiciais nesses termos, acatando a literalidade das decisões judiciais. Dessa maneira, os impactos da decisão judicial ficariam contidos no

²⁰² Excluída a não geração relacionada à indisponibilidade de natureza não hidrológica, isto é, aquela que ocorre, por exemplo, nos períodos de manutenção ou por força por má operação da usina, nos termos do art. 24 do Decreto n.º 2.655, de 1998.

âmbito do próprio MRE²⁰³. Do ponto de vista da lógica regulatória, apenas o cumprimento nesses moldes fazia sentido. Simplesmente se admitia que o Poder Judiciário alterava a regra de alocação do MRE. Ao mesmo tempo, preservava-se a equidade entre créditos e débitos no MCP. De fato, ao se diminuir a cota de energia alocada aos demais participantes do MRE, por via de consequência, aumenta-se-lhes a exposição no MCP. Dessa forma, na hipótese acima, as 15 unidades monetárias não aportadas ao MCP passariam a ser cobradas dos demais participantes do MRE. O equilíbrio do mercado ficaria preservado.

A primeira decisão favorável aos geradores foi proferida na ação cautelar 47630-81.2014.4.01.3400/DF, ajuizada pela Piedade Usina Geradora de Energia S.A. Por se tratar de empreendimento pequeno, cuja garantia física era pouca significativa em relação ao total da garantia física dos participantes do MRE²⁰⁴, os efeitos da decisão foram poucos sentidos. Entretanto, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0023776-24.2015.4.01.3400/DF, o benefício foi igualmente obtido pela Santo Antônio Energia S.A. – SAESA, responsável pela UHE Santo Antônio, uma das maiores usinas hidrelétricas do país. Por referir-se a empreendimento de porte significativo frente ao MRE²⁰⁵. A benesse à Santo Antônio estimulou as demais participantes do MRE a ajuizar ações judiciais com requerimentos similares. Essas participantes igualmente sentiam os efeitos financeiros da exposição ao mercado de curto prazo, causado pela geração insuficiente de energia elétrica. O provimento conquistado por Santo Antônio, ao mesmo tempo em que aumentava a percepção desses custos – pois elevou a exposição das demais participantes ao MCP – trazia alento, ao inaugurar uma via judicial para driblar os efeitos da venda de energia sem lastro comercial. Enquanto algumas decisões se limitavam a conceder limitação do GSF a 5%, várias outras concederem blindagem absoluta contra o risco hidrológico.

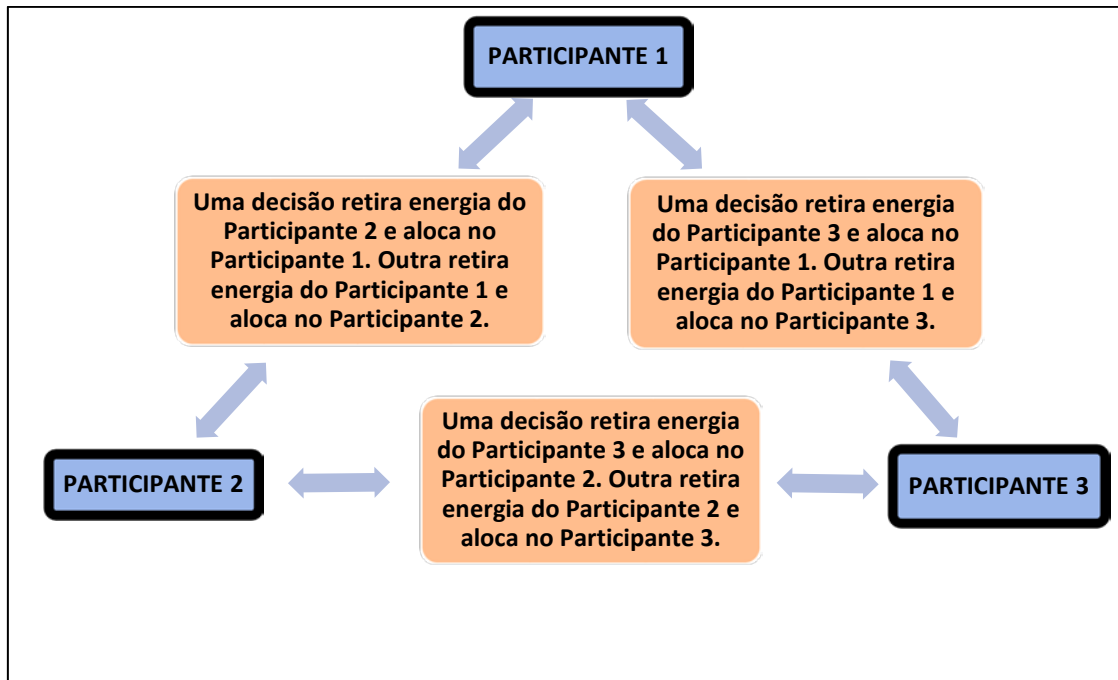
Como a imposição de um ajuste especial do MRE a determinado participante ocorre à custa dos demais, à medida que o mesmo tipo de concessão beneficia os demais participantes, as decisões judiciais começam a esvaziar-se umas às outras. Isso, pois o comando: *determino a limitação do GSF em relação à Usina X* significa, em outras palavras, *determino a alocação de energia adicional à Usina X*. Se fosse redigido em termos absolutamente honestos, explicitando

²⁰³ Como se vê da deliberação sobre o cumprimento da decisão judicial favorável à Santo Antônio Energia S.A., no Agravo de Instrumento nº 0023776-24.2015.4.01.3400/DF (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. Ata de Reunião Extraordinária – 796ª Reunião do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_350978. Acesso em: 18.05.2017). E do Comunicado 251/2015 CCEE, de 13/05/2015. Anexo em 100454409.2015.4.01.3400/DF.

²⁰⁴ A garantia física da PCH Piedade é de 12,04 MW_{médios}, enquanto a garantia física total do MRE, naquele momento, girava em torno de 52.000 MW_{médios}, (informações extraídas da Nota Técnica nº 148/2016-SRM-SRG/ANEEL, 48580.001142/2016-00).

²⁰⁵ A garantia física da UHE Santo Antônio equivale a 2.424,20 MW_{médios} (informações extraídas da Nota Técnica nº 148/2016-SRM-SRG/ANEEL, 48580.001142/2016-00).

os impactados pela medida judicial – preocupação que o Judiciário parece nunca ter –, o comando diria *determino a alocação de energia adicional à Usina X, retirando-se, para tanto, a energia alocada às demais usinas do MRE*. Desse modo, supondo que o MRE fosse integrado por apenas três usinas e que todas as três tivessem sido beneficiadas por decisões judiciais, a distribuição de energia dentre essas usinas voltaria a ser realizado como se não tivesse havido decisão judicial alguma, conforme o gráfico abaixo:



A tabela abaixo traz outra representação da situação descrita acima, para um GSF de 80% – cenário em que possuem 20% de geração deficitária –, num universo de 3 participantes, com garantias físicas idênticas, com decisões judiciais sucessivas, sendo a primeira, favorável à Participante “A”, e a última, favorável à Participante “C”.

Participante	Participante "A"	Participante "B"	Participante "C"	Agregado
Garantia física / volume de energia contratado	10	10	10	30
Energia alocada (GSF = 80%)	8	8	8	24
Energia alocada após decisão favorável a "A"	10	7	7	24
Energia alocada após decisão favorável a "B"	9	9	6	24
Energia alocada após decisão favorável a "C"	8	8	8	24
Geração deficitária (GSF = 80%)	2	2	2	6
Geração deficitária após decisão favorável a "A"	0	3	3	6
Geração deficitária após decisão favorável a "B"	1	1	4	6

Geração deficitária após decisão favorável a "C"	2	2	2	6
--	---	---	---	---

Note-se que, apesar de haver flutuação do volume de energia alocada a cada participante, o volume agregado de energia não se altera. Igualmente, o volume agregado de geração deficitária permanece constante. Isso é lógico, pois as decisões judiciais não criam energia. Extinguir o déficit de geração de um participante só é possível pelo aumento do déficit dos demais; alocar energia adicional a ele, igualmente, só é possível pela diminuição da alocação de energia dos demais. Se há 24 unidades de energia, 8 para cada participante (supondo 3 participantes e garantias físicas idênticas), e se três decisões judiciais determinam a alocação de 10 unidades de energia a cada um, é evidente que tais medidas são contraditórias entre si e que será impossível que todos os participantes beneficiados permaneçam com 10 unidades de energia, quando só há 24.

Esse cenário revela o problema de justiça do requerimento judicial das usinas hidrelétricas. A insurgência das hidrelétricas contra a geração deficitária jamais poderia ser resolvida por meio de requerimento cujo sucesso depende do fracasso dos demais. Assim, as hidrelétricas que ajuizaram ação judicial não estavam buscando resolver o suposto problema do setor, mas resolver o seu problema financeiro imediato, por meio da agravação da situação financeira das outras. De outra banda, não se mostrava possível cumprir o comando judicial emitido por um magistrado sem que se esvaziasse o comando de outro.

3.2. A 2ª fase da judicialização

Enquanto a CCEE tentava atender às decisões de todos os magistrados, de forma a conter os efeitos das decisões judiciais âmbito do MRE, novo tipo de provimento agravou a distorção sobre a regulação do tema, culminando com a dispersão para todo o mercado de curto prazo do impacto financeiro das decisões judiciais que haviam limitado o GSF. Esse novo tipo de decisão judicial foi provocado por requerimentos das participantes do MRE, em que se insurgiam com a forma pela qual a CCEE dava cumprimento às medidas liminares do 1º. tipo.

A forma de cumprimento da CCEE buscava preservar a coerência do sistema, considerando que o conteúdo literal dos comandos judiciais era a alteração da forma de alocação de energia entre os participantes do MRE e que essas decisões não determinavam a criação ficcional de energia elétrica. A CCEE age nos limites da regulação da ANEEL²⁰⁶ e não possuía autorização judicial para que tomasse caminho diverso do que determinava a literalidade das

²⁰⁶ Cf. art. 4º, *caput*, da Lei n.º 10.848, de 2004.

decisões judiciais. Como esclarecido na subseção 3.1.3., os comandos judiciais importavam o esvaziamento uns dos outros. A contradição entre eles era patente, mas não havia sido criada pelos entes administrativos. Não havia energia suficiente para alocar a todos os participantes, caso cada decisão fosse atendida em sua integralidade. Contudo, ao noticiariam que as medidas liminares não lhes desoneravam completamente da exposição ao MCP, as hidrelétricas passaram a requer proteção contra os efeitos financeiros das decisões judiciais favoráveis às demais usinas.

3.2.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades

O requerimento das hidrelétricas, nesta 2ª fase, foi construído sobre os seguintes argumentos básicos:

- a) não existe norma que determine que medidas judiciais favoráveis a participante do MRE, para afastamento ou limitação de pagamento decorrente da aplicação do GSF, sejam solidariamente suportadas pelas demais participantes do mecanismo²⁰⁷;
- b) o MRE se presta ao compartilhamento de risco de hidrológico, e não de risco advindo do não pagamento de créditos, em virtude de decisões judiciais (chamado pelos requerentes de *risco financeiro-judicial*)²⁰⁸;
- a) as hidrelétricas não poderiam ser afetadas por decisões proferidas em ações nas quais não eram partes, a teor do art. 506 do Código de Processo Civil²⁰⁹;
- b) os efeitos das decisões deveriam impactar, na verdade, os credores do MCP, nos termos dos arts. 10, §1º, inciso II, da Resolução ANEEL n. 552/2002 e 17, inciso IV, da Resolução Normativa n. 109/2004²¹⁰.

De modo geral, todos esses argumentos têm em comum a premissa de que a repercussão, nos participantes do MRE, dos efeitos das decisões da 1ª. fase não decorre do teor dos comandos judiciais, nem dos requerimentos realizados pelas hidrelétricas, mas de iniciativa da CCEE – com a condescendência da ANEEL.

Os dois primeiros argumentos estão proximamente relacionados. Sua fragilidade advém de contrariar o fato de que as decisões judiciais proferidas afastaram o MRE de seus fundamentos normativos. De fato, o MRE foi criado com a finalidade de compartilhamento de

²⁰⁷ Cf. petição inicial do P. 0058286-63.2015.4.01.3400/DF.

²⁰⁸ Cf. petição inicial do P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

²⁰⁹ Cf. petição inicial do P. 0015111-13.2015.4.03.6100/SP

²¹⁰ Cf. petição inicial do P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

risco hidrológico entre as usinas hidrelétricas participantes. Entretanto, a prática do controle judicial sobre atos regulatórios pode produzir decisões que tornem a participação no mecanismo algo penoso para os seus participantes. Como visto, a metodologia de compartilhamento do risco hidrológico dá-se pela realocação da energia gerada a cada usina, na proporção de sua garantia física ou energia assegurada²¹¹. Decisões judiciais deveriam limitar-se a referidos termos, mas não é impossível que, na prática, os comandos judiciais destoem dos parâmetros legais. Assim ocorreu. O Poder Judiciário interferiu diretamente no critério de realocação de energia no âmbito do MRE, criando distorções no instituto. Os comandos judiciais fugiram do *script* legal, com reflexos financeiros a todas as usinas participantes. Por mais danosas e injustas que fossem as decisões judiciais, os entes responsáveis pelo seu cumprimento não poderiam recusar-se de fazê-lo, sob pena de atentar contra a dignidade da justiça²¹².

A condição de o estatuto legal do MRE o situar como instituto de compartilhamento de risco hidrológico não impede que seus participantes assumam ônus decorrentes de medidas judiciais favoráveis a seus pares. Para tanto, basta que o Poder Judiciário opte por dar benefício financeiro a participante, por meio de alocação adicional de energia, à custa da energia que deveria ser alocada aos demais. Assim, é raso afirmar que a CCEE não poderia ter se utilizado do MRE para repassar aos seus participantes custos de decisões favoráveis a outros participantes – sob o argumento de que se estaria a contrariar o objetivo de instituto devotado exclusivamente ao compartilhamento de risco hidrológico –, ignorando que decorria diretamente do conteúdo das decisões a transferência desses custos.

Nesse sentido, como registrado na seção 3.1, as decisões não dispensaram expressamente os beneficiados do pagamento de recursos financeiros no âmbito do mercado de curto prazo, mas, expressamente, determinaram que os réus se abstivessem *de proceder ao ajuste do MRE [...], caso haja geração total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE – em montante inferior à garantia física desse mesmo conjunto*²¹³ ou que se alocasse *mensalmente à Agravante, no âmbito do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE –, montante de energia elétrica equivalente a, no mínimo, 95% (noventa e cinco por cento) da garantia física da [usina que opera]*²¹⁴. Assim, é incorreta a assertiva de que *a CCEE decidiu, unilateralmente e sem respaldo na decisão judicial, socializar os ônus da medida entre todos*

²¹¹ Cf. arts. 1º, inciso VIII, da Lei n.º 10.848, de 2004 e 20 e seguintes do Decreto n.º 2.655, de 1998.

²¹² Cf. art. 77, inciso IV e §2º, do Código de Processo Civil.

²¹³ Cf. decisão proferida em 14/08/2015, nos autos do P. 1004820-40.2015.4.01.3400/DF.

²¹⁴ Cf. decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, em 29/05/2015, no Agravo de Instrumento n.º 0036229-66.2015.4.01.0000, (Processo Originário n.º 0036631-35.2015.4.01.3400/DF).

*os agentes de geração integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE*²¹⁵. Na verdade, a socialização dos ônus aos demais agentes de geração era a consequência direta de se alterar a alocação de energia no âmbito do MRE, tal como esclarecido na seção anterior. Portanto, a revolta aqui não deveria ser direcionada à CCEE ou à ANEEL, que tão somente acolheram a ordem, por mais absurda que se apresentasse.

Não poderia ser exigido da CCEE ou da ANEEL a adoção de solução criativa, que agregasse conteúdo aos provimentos judiciais, mas às custas de sua literalidade. Na verdade, os entes administrativos foram postos em situação desconfortável, desde quando foram obrigados a atuar fora dos parâmetros estritamente legais e regulamentares. De fato, as decisões judiciais da 1ª fase criaram cenário de *extra legalidade*, afastando os parâmetros ordinários de operação do mercado de energia elétrica. O contexto, novo e excêntrico, impunha cautela à Administração. Ainda mais que, se os ônus das decisões judiciais não fossem direcionados às participantes do MRE, inevitavelmente, recairiam sobre terceiros outros – notadamente os agentes atuantes no MCP. Dessa maneira, não havia espaço para inovar dentro da inovação criada pelo Poder Judiciário, algo que colocaria a regulação do tema em bases muito frágeis – dando azo a questionamentos implacáveis e à possível responsabilização das autoridades administrativas – e poderia agravar, ainda mais, a estabilidade do mercado de energia elétrica.

A hipocrisia das hidrelétricas, nesta 2ª fase, parece patente. As decisões judiciais da 1ª fase apenas refletiram os termos dos seus requerimentos judiciais. A contradição reside em apresentar pedidos para alteração da alocação da energia no âmbito do MRE, com evidente impacto aos demais participantes (petições da 1ª fase), para depois afirmar ser absurda a utilização do MRE para o repasse de ônus financeiros advindos de decisões judiciais (petições da 2ª fase). Caso as hidrelétricas estivessem efetivamente dedicadas a uma solução responsável – que atendesse, de forma satisfatória, todo o grupo –, não teriam, logo no primeiro momento, buscado socorrer-se egoisticamente em medida que redundaria prejuízo às demais.

Na mesma linha de contradição (e hipocrisia) é o argumento das hidrelétricas de que não poderiam ser afetadas por decisões proferidas em ações nas quais não eram partes. Uma coisa é dizer que decisões judiciais devem limitar-se a estabelecer obrigações entre as partes, nos termos do art. 506 do Código de Processo Civil²¹⁶. Outra coisa é a possibilidade de esse mandamento ser descumprido na prática. As Requerentes misturam equivocadamente *dever-*

²¹⁵ Cf. petição inicial do P. 100454409.2015.4.01.3400/DF.

²¹⁶ Art 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

ser com o *ser*. As decisões do 1º caso não *deveriam* ter afetado direito de terceiros que não eram partes nas respectivas ações judiciais. Porém, é possível que isso *efetivamente* tenha ocorrido – como, de fato, ocorreu. Tanto é verdade que o Código de Processo Civil oferta recurso aos terceiros prejudicados, previsto em seu art. 996, além de outros instrumentos de intervenção, tratados nos arts. 119 e seguintes. Dessa maneira, as requerentes não poderiam assumir que, *na prática*, as decisões judiciais não afetam os seus direitos, porque, *de direito*, isso não poderia ocorrer; e, a partir dessa assunção equivocada, arguir que a CCEE e a ANEEL agiram ilegalmente ao cumprir as decisões judiciais que favoreceram determinadas participantes do MRE em detrimento das demais. As decisões aumentavam a fração de energia alocada aos beneficiados, afetando necessariamente a órbita de interesse de terceiros – realidade inexorável a que o art. 506 do CPC não consegue tocar. A partir desse fato, a lei processual autoriza a intervenção pelo terceiro prejudicado no respectivo feito que está a lhe afetar, mas jamais que se recuse a cumprir as medidas judiciais com esse tipo de alcance.

Ironicamente, ao tempo em que alegam a impossibilidade de sofrerem os efeitos de decisões em ações judiciais das quais não foram partes, as participantes do MRE requerem que os credores do MCP – portanto, terceiros que não compõem a ação judicial – assumam os ônus das decisões que limitam o GSF. Além de contraditório, o requerimento, mais uma vez, dá contorno às decisões judiciais que não está refletido em seu teor. As decisões não dispensam as hidrelétricas do pagamento de valores, muito menos imputam esse prejuízo aos credores do MCP. Elas simplesmente interferem na regra de repartição de energia entre as hidrelétricas. Os dispositivos infralegais invocados referem-se à suspensão judicial da obrigação de não pagamento de recursos ao MCP, o que não corresponde aos comandos judiciais da 1ª fase.

O ímpeto das hidrelétricas de afastarem os ônus da geração deficitária de energia elétrica levou-as à solução simples e fácil de requerer maior alocação de energia elétrica, no âmbito do MRE, por meio da limitação do GSF. Naquela ocasião, dissimularam o impacto do requerimento sobre os demais agentes atuantes no mercado. Foi assim que o Poder Judiciário *comprou* a solução míope, que só atenderia as hidrelétricas no momento imediato e na condição de não atendimento das demais participantes do MRE. Esta 2ª fase torna ainda mais nítido o comportamento oportunista das hidrelétricas. Teriam enfrentado dificuldade em obter os provimentos favoráveis da 1ª fase, por meio de exposição honesta, com o devido destaque aos impactados por seus requerimentos; expressando, sem rodeios, a determinação de extinção de suas dívidas no âmbito do MCP e deixando claro que a conta recairia nos credores do mercado. Tal sinceridade certamente lhes custaria o êxito daquelas demandas. Não agiram dessa forma

e, só depois de receberem a concessão do Judiciário, *apresentam a conta* nesta 2ª fase, desnudando a inevitabilidade de impacto em terceiros, e, além disso, buscando redirecionar esses efeitos a agentes que nenhuma relação possuem com o MRE.

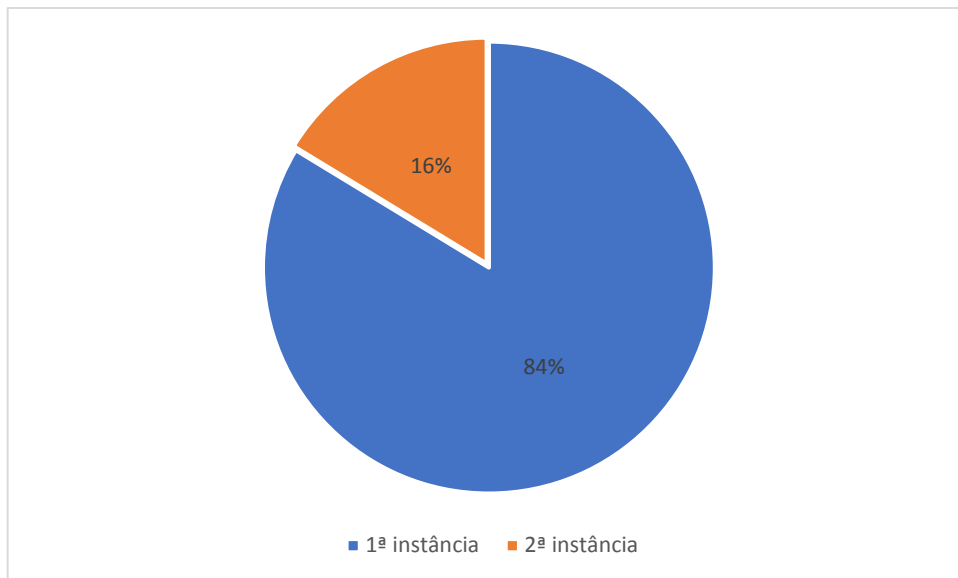
Os credores do MCP são, dentre outros, os consumidores que pagaram pela energia não gerada. São as termelétricas que produziram a energia necessária para atendimento da carga do país, em vista da produção deficitária das hidrelétricas. Esses agentes que deixam de receber recursos quando as hidrelétricas buscam desincumbir-se do pagamento de suas dívidas no âmbito do MCP. Na 1ª fase, essa informação poderia ter dissuadido os juízes das medidas liminares concedidos. Como se verá a seguir, depois de se comprometerem com a causa das hidrelétricas, os magistrados entenderam, nesta 2ª fase, por beneficiá-las novamente, mesmo porque, do contrário, estariam por admitir a inutilidade do provimento de 1ª fase.

3.2.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades.

O requerimento desta 2ª. fase foi deferido, liminarmente, em 92 ações judiciais. Em 62 casos, as medidas liminares conferiram exclusivamente a blindagem contra os efeitos das decisões judiciais favoráveis aos demais participantes²¹⁷. Em 26 casos, o deferimento desse benefício foi cumulado àquele da 1ª fase, isto é, a um só tempo, o participante do MRE obteve a limitação do GSF a zero ou 5% e a não sujeição aos efeitos das decisões favoráveis às demais

²¹⁷ Processos autuados sob os números: 0040165-84.2015.4.01.3400/DF, 0013866-64.2015.4.03.6100/JFSP, 0040767-75.2015.4.01.3400/DF, 0043690-74.2015.4.01.3400/DF, 0041636-38.2015.4.01.3400/DF, 0043481-08.2015.4.01.3400/DF, 0043159-85.2015.4.01.3400/DF, 0040752-09.2015.4.01.3400/DF, 1005267-28.2015.4.01.3400/DF, 1005189-34.2015.4.01.3400/DF, 1005391-11.2015.4.01.3400/DF, 1005291-56.2015.4.01.3400/DF, 1005338-30.2015.4.01.3400/DF, 0040669-90.2015.4.01.3400/DF, 0045485-18.2015.4.01.3400/DF, 0015111-13.2015.4.03.6100/JFSP, 0015112-95.2015.4.03.6100/JFSP, 0015733-92.2015.4.03.6100/JFSP, 0040673-30.2015.4.01.3400/DF, 0040670-75.2015.4.01.3400/DF, 0057656-07.2015.4.01.3400/DF, 0019485-72.2015.4.03.6100/JFSP, 0055571-48.2015.4.01.3400/DF, 0057770-43.2015.4.01.3400/DF, 1007047-03.2015.4.01.3400/DF, 1007042-78.2015.4.01.3400/DF, 0058286-63.2015.4.01.3400/DF, 0057480-28.2015.4.01.3400/DF, 0057758-29.2015.4.01.3400/DF, 0044680-65.2015.4.01.3400/DF, 0057756-59.2015.4.01.3400/DF, 0058300-47.2015.4.01.3400/DF, 0019779-27.2015.4.03.6100/JFSP, 0020391-62.2015.4.03.6100/JFSP, 0061101-33.2015.4.01.3400/DF, 0060891-79.2015.4.01.3400/DF, 0061227-83.2015.4.01.3400/DF, 1007625-63.2015.4.01.3400/DF, 0059741-63.2015.4.01.3400/DF, 0061226-98.2015.4.01.3400/DF, 0070622-02.2015.4.01.3400/DF, 0064448-74.2015.4.01.3400/DF, 0003985-35.2016.4.01.3400/DF, 0004477-27.2016.4.01.3400/DF, 1001374-92.2016.4.01.3400/DF, 0013805-78.2016.4.01.3400/DF, 0019156-32.2016.4.01.3400/DF, 0016326-93.2016.4.01.3400/DF, 0016529-55.2016.4.01.3400/DF, 1002815-11.2016.4.01.3400/DF, 0013840-38.2016.4.01.3400/DF, 0022777-37.2016.4.01.3400/DF, 0022971-37.2016.4.01.3400/DF, 0027347-66.2016.4.01.3400/DF, 0032638-47.2016.4.01.3400/DF, 003657650.2016.4.01.3400/DF, 0014379-04.2016.4.01.3400/DF, 0062402-78.2016.4.01.3400/DF, 1008182-16.2016.4.01.3400/DF, 0065208-86.2016.4.01.3400/DF, 0055595-42.2016.4.01.3400/DF, 0005273-81.2017.4.01.3400/DF.

usinas²¹⁸. Em 4 casos, ainda, deferiu-se o provimento cumulativamente àqueles do 3º tipo de caso – exclusão do rateio de inadimplência –, que será objeto da seção 3.3²¹⁹.



77 medidas liminares foram concedidas em 1ª instância e 15, em 2ª instância.

Os magistrados acolhem a tese de que impactos financeiros provocados por medidas liminares não devem ser compartilhados por meio do MRE, o qual se prestaria apenas ao compartilhamento de riscos hidrológicos. Em adição, as decisões desta 2ª fase recriminam o fato de que os participantes do MRE foram impactados por medidas liminares em ações nas quais não figuravam na relação processual²²⁰. Em alguns casos, a proteção contra medidas liminares é dada no bojo da própria ação em que a hidrelétrica obteve liminar para a limitação do GSF. Isso, a requerimento incidental em que assevera que sua exposição ao MCP, em virtude de decisões proferidas em outras ações, consistiria descumprimento da medida liminar anteriormente concedida²²¹.

²¹⁸ Processos autuados sob os números: 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040163-17.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0041692-71.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0041682-27.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0049402-45.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 0065754-78.2015.4.01.3400/DF, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF.

²¹⁹ Processos autuados sob os números: 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0029612-41.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF.

²²⁰ Exemplo literal: *os integrantes do sistema MRE anuíram com a avença relacionada, exclusivamente, ao pacto quanto à mitigação de riscos hidrológicos, como reza o art. 1º, § 5º, I, da Lei nº 10.848/04, não a ônus financeiro decorrente de decisões judiciais nas quais, sequer, integraram a lide* (P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, decisão proferida em 14.7.2015).

²²¹ É o caso da decisão proferida em 12.2.2016, no P. 44681-50.2015.4.01.3400/DF.

Nesta 2ª fase, soam ingênuas algumas decisões quando afirmam que, notoriamente, *os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas não pretendiam que a Administração repassasse o débito aos demais participantes do MRE*²²². É irrelevante a intenção dos magistrados nessas decisões quando, na 1ª fase, os seus comandos determinaram expressamente que se alocasse um volume maior de energia ao participante, o que só foi possível à custa da diminuição da fração dos demais. Essa espécie de miopia verifica-se igualmente quando não se reconhece que a proteção das participantes do MRE significará a assunção do ônus por terceiros outros. Assim, ocorre de os magistrados blindarem as participantes do MRE dos efeitos das primeiras medidas liminares, mas não se dignarem a dizer quem deve arcar com referido ônus²²³. Age-se como se fosse possível dar a um sem tirar de ninguém. O desate do nó é deixado para os entes administrativos – assim como a culpa por direcionar-se os efeitos financeiros a outra categoria de terceiros, como se verá no 3º. caso.

Em alguns casos, o magistrado defere o pedido liminar para que *nenhum ônus ocasionado por força de decisão judicial seja imputado às requerentes*. Como fundamento, assevera que uma vez que as medidas liminares da 1ª fase, *em nenhum momento, determinaram que as requerentes suportassem o ônus das concessões que favoreceram aqueles*, e que, *nos termos do art. 472 do CPC, as decisões judiciais geram apenas efeitos inter partes, sendo defeso beneficiar ou prejudicar terceiros*. Contraditoriamente, o mesmo magistrado encontra fundamento para decidir contra terceiros que não compõem a ação judicial, registrando que competiria *aos credores do mercado de curto prazo suportarem tal ônus*²²⁴.

Ainda, houve medidas protetivas que sustentaram que caberia à *União e a ANEEL absorver o impacto financeiro destas decisões, e não simplesmente repassá-lo aos demais geradores hidráulicos*²²⁵, já que *as liminares são proferidas contra a UNIÃO, ANEEL, CCEE, ONS... e são essas pessoas, partes nos processos (ações individuais), que devem suportar seus efeitos*²²⁶. Isso, contudo, não é reproduzido no dispositivo da decisão, que se limita a blindar a requerente dos efeitos de outras liminares – talvez pela dificuldade em se detalhar como se daria

²²² Cf. decisão proferida no P. 22777-37.2016.4.01.3400/DF, em 15.4.2016 (em termos muito similares, também foi a decisão proferida, em 21.7.2015, no bojo do Agravo de Instrumento n.º 0039583-02.2015.4.01.0000/DF - Processo Originário n.º 0040767-75.2015.4.01.3400/DF)

²²³ Cf. decisão que deferiu antecipação de tutela recursal, em 1º.6.2016, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0029744-16.2016.4.01.0000/DF (Processo Originário: 0029612-41.2016.4.01.3400/DF)

²²⁴ Cf. decisão proferida em 14.7.2015, no P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

²²⁵ Cf. decisão proferida em 6.11.2015, no P. 0044679-80.2015.4.01.3400/DF.

²²⁶ Cf. decisão proferida em 5.8.2015, no Agravo de Instrumento n.º 0040759-16.2015.4.01.0000/DF (Processo Originário n.º 0040669-90.2015.4.01.3400/DF).

a assunção desse impacto pelos entes públicos, em nível de liminar. A tese de que a União ou a ANEEL retribuam as geradoras pela produção deficitária de energia, em primeiro lugar, parece subverter completamente o modelo do setor elétrico, pautado no comércio entre produtores e consumidores – de forma livre ou regulada. A União e a ANEEL não participam do mercado de energia elétrica, nem celebram contratos comerciais com as usinas hidrelétricas. De outro lado, as decisões de 1ª. fase, em momento nenhum, determinaram a realização de pagamento pela União ou pela ANEEL, a ser destinado às hidrelétricas. A interpretação das decisões, nesse sentido, não seria possível, já que é proibida concessão de medidas liminares que determinem a realização de pagamentos de qualquer natureza pelo Poder Público, a teor do que dispõe os arts. 7º, §2º, da Lei n.º 12.016, de 2009, 1º, *caput*, da Lei n.º 8.437, de 1992, e 1º da Lei n.º 9.494, de 1997²²⁷.

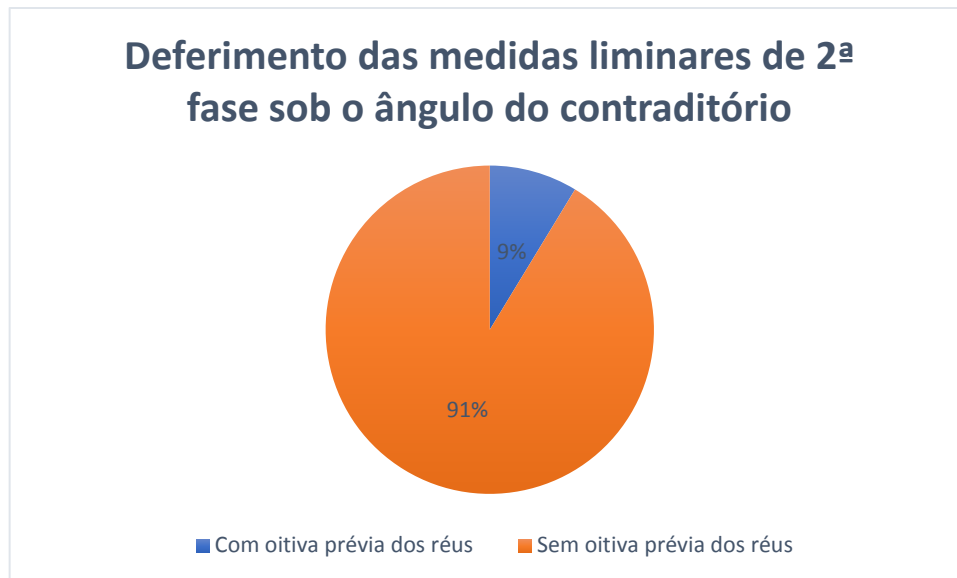
Mais uma vez a ignorância dos magistrados sobre aspectos básicos da matéria contrasta com a dispensa do contraditório para o deferimento das medidas liminares desta fase. Das 92 decisões judiciais que deferiram o provimento liminar desta 2ª fase, 84 não foram precedidas

²²⁷ Lei n.º 12.016, de 2009. Art. 7º. (...) § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. (...)

Lei n.º 8.437, de 1992. Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...) ()

Lei n.º 9.494, de 1997. Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992.

de oitiva prévia dos réus²²⁸. Apenas 8 magistrados determinaram a oitiva prévia dos entes administrativos antes de decidirem²²⁹.



Nos casos de indeferimento de requerimentos desta 2ª. fase, o magistrado compreende a inevitável implicação das decisões da 1ª. fase na esfera jurídico-financeira dos demais participantes do MRE: *[o] déficit real no âmbito do MRE (...) está sendo rateado, como era esperado, pela requerente e pelas demais geradoras que não obtiveram medidas liminares*

²²⁸ Processos autuados sob os números: 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040165-84.2015.4.01.3400/DF, 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 0013866-64.2015.4.03.6100/JFSP, 0040767-75.2015.4.01.3400/DF, 0040163-17.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0043690-74.2015.4.01.3400/DF, 0043481-08.2015.4.01.3400/DF, 0043159-85.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0040752-09.2015.4.01.3400/DF, 1005267-28.2015.4.01.3400/DF, 1005189-34.2015.4.01.3400/DF, 1005391-11.2015.4.01.3400/DF, 1005291-56.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0040669-90.2015.4.01.3400/DF, 0041692-71.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0045485-18.2015.4.01.3400/DF, 0015111-13.2015.4.03.6100/JFSP, 0015733-92.2015.4.03.6100/JFSP, 0040673-30.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0040670-75.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0057656-07.2015.4.01.3400/DF, 0019485-72.2015.4.03.6100/JFSP, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0057770-43.2015.4.01.3400/DF, 1007047-03.2015.4.01.3400/DF, 1007042-78.2015.4.01.3400/DF, 0058286-63.2015.4.01.3400/DF, 0057480-28.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0057758-29.2015.4.01.3400/DF, 0057756-59.2015.4.01.3400/DF, 0058300-47.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0019779-27.2015.4.03.6100/JFSP, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 0020391-62.2015.4.03.6100/JFSP, 0061101-33.2015.4.01.3400/DF, 0060891-79.2015.4.01.3400/DF, 0061227-83.2015.4.01.3400/DF, 1007625-63.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 0059741-63.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 0065754-78.2015.4.01.3400/DF, 0061226-98.2015.4.01.3400/DF, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0070622-02.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0064448-74.2015.4.01.3400/DF, 003985-35.2016.4.01.3400/DF, 0004477-27.2016.4.01.3400/DF, 1001374-92.2016.4.01.3400/DF, 0013805-78.2016.4.01.3400/DF, 0019156-32.2016.4.01.3400/DF, 0016326-93.2016.4.01.3400/DF, 0016529-55.2016.4.01.3400/DF, 1002815-11.2016.4.01.3400/DF, 0013840-38.2016.4.01.3400/DF, 0022777-37.2016.4.01.3400/DF, 0022971-37.2016.4.01.3400/DF, 0027347-66.2016.4.01.3400/DF, 0032638-47.2016.4.01.3400/DF, 0029612-41.2016.4.01.3400/DF, 003657650.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF, 0014379-04.2016.4.01.3400/DF, 0062402-78.2016.4.01.3400/DF, 1008182-16.2016.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF, 0065208-86.2016.4.01.3400/DF, 0055595-42.2016.4.01.3400/DF, 0005273-81.2017.4.01.3400/DF.

²²⁹ Processos autuados sob os números: 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0041636-38.2015.4.01.3400/DF, 1005338-30.2015.4.01.3400/DF, 41682-27.2015.4.01.3400/DF, 0015112-95.2015.4.03.6100/JFSP, 49402-45.2015.4.01.3400/DF, 0055571-48.2015.4.01.3400/DF, 0044680-65.2015.4.01.3400/DF.

*favoráveis*²³⁰. Existe compreensão também quanto ao problema de se admitir a propositura de ações autônomas para discussão do tema, conduzidas por juízos distintos, com geração de decisões contraditórias que agravam a instabilidade no setor²³¹.

3.2.3. Impacto regulatório das decisões judiciais

Na 1ª fase das ações sobre o GSF, assistiu-se à propositura de ações judiciais por usinas hidrelétricas participantes do MRE, com o objetivo de elevar o volume de energia a si alocado. Tal requerimento voltou-se contra as demais participantes do mecanismo, já que o mundo ficcional criado pelo Poder Judiciário não consegue modificar o volume de energia efetivamente gerado, e, assim, a alocação de energia a um participante, necessariamente, advém da diminuição da fração dos demais.

As medidas liminares da 2ª fase passaram a contradizer a realidade da geração de energia elétrica. Proibiu-se a diminuição da fração de energia dos demais participantes do MRE provocada pelas decisões que aumentavam a fração dos outros. O Judiciário interfere no mercado de energia elétrica, por meio da alteração das regras de alocação de energia elétrica entre as hidrelétricas, mas recusa-se a enxergar a verdade fundamental de que só é possível alocar energia que tenha sido gerada. Torna o instituto uma aberração, um veículo para, artificialmente, alocar às hidrelétricas energia que não foi gerada. A ficção judicial tornou a geração deficitária das hidrelétricas em geração satisfatória. Sob o ângulo do mercado de curto prazo, neutralizou-se a condição de devedoras das hidrelétricas. Recursos que eram esperados pelos credores do mercado deixaram de ser aportados e não mais poderiam ser exigidos das hidrelétricas.

À proporção que as liminares de 2ª fase favoreciam as hidrelétricas, aumentava-se o fardo das hidrelétricas não protegidas, o qual, somado ao impacto das liminares de 1ª fase, se tornou insuportável. Assim, o redirecionamento do impacto das decisões do GSF aos credores do mercado de curto prazo deu-se tanto por determinação expressa dos juízes²³² quanto pela inadimplência provocada pela conta impagável imposta às hidrelétricas remanescentes, que não se encontravam acobertadas por medidas liminares. Nesse sentido, em virtude das medidas

²³⁰ Cf. decisão 21.7.2015, no P. 0040767-75.2015.4.01.3400/DF.

²³¹ Em razão disso, o juiz atuante no mesmo P. 0040767-75.2015.4.01.3400/DF, reconhece a existência de litisconsórcio necessário e determina que se promova a citação de todos os demais integrantes do MRE: *Diante da clara e inequívoca evidência de que a contabilização é sistêmica e global, atingindo, sem exceção, a esfera jurídica e patrimonial de todos os integrantes do MRE, tenho por configurada a existência in casu de litisconsórcio necessário determino à autora que promova, nestes e nos autos principais, no prazo de 30 dias a citação dos demais integrantes do MRE, como litisconsortes passivos necessários, sob pena de extinção dos feitos.*

²³² Cf. decisão proferida em 14.7.2015, no P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

liminares sobre o GSF, no ano de 2015, a inadimplência chegou a atingir aproximados R\$3,9 bilhões, conforme quadro abaixo²³³.

Mês de Apuração	Data da liquidação	Total a liquidar (R\$)	Total Liquidado (R\$)	Inadimplência (R\$)	Inadimplência (%)
Janeiro/2015	10/03/2015	2.676.335.944,56	2.294.224.459,39	382.111.485,17	14,28%
Fevereiro/2015	07/04/2015	2.296.401.577,08	2.069.653.981,35	226.747.595,73	9,87%
Março/2015	11/05/2015	2.468.995.426,11	2.307.502.706,16	161.492.719,95	6,54%
Abril/2015	09/06/2015	2.295.472.581,19	2.140.118.877,41	155.353.703,78	6,77%
Mai/2015	07/07/2015	2.532.132.451,52	2.072.101.707,75	460.030.743,77	18,17%
Junho/2015	05/08/2015	2.991.953.634,81	1.577.380.606,80	1.414.573.028,01	47,28%
Julho-Agosto/2015	14/10/2015	4.269.876.633,32	1.864.032.879,96	2.405.843.753,36	56,34%
Setembro/2015	09/11/2015	4.211.017.354,16	1.407.761.866,34	2.803.255.487,82	66,57%
Outubro-Novembro/2015	11/02/2016	6.333.141.596,84	2.471.789.513,03	3.861.352.083,81	60,97%
Dezembro/2015	07/03/2016	4.989.098.995,20	1.100.766.392,06	3.888.332.603,14	77,94%

Essa inadimplência impactava, de modo mais contundente, as usinas termelétricas que atenderem o mercado consumidor com o suprimento de energia que deixou de ser entregue pelas hidrelétricas. A conta para as termelétricas chegou a aproximados R\$1,8 bilhão, conforme se observa da tabela abaixo²³⁴.

Agente	Classe	Valor a receber (R\$)
GERADOR TERMELÉTRICO 1	Gerador	1.288.621.250,75
GERADOR TERMELÉTRICO 2	Gerador	179.133.614,16
GERADOR HIDRÁULICO 1	Gerador	165.321.025,82
GERADOR TERMELÉTRICO 3	Gerador	143.732.462,43
CONTA ENERGIA DE RESERVA	Gerador	131.553.682,21
GERADOR HIDRÁULICO 2	Gerador	93.171.555,15
DISTRIBUIDORA	Distribuidor	89.819.247,40
GERADOR TERMELÉTRICO 4	Gerador	68.831.428,16
GERADOR HIDRÁULICO / TÉRMICO	Gerador	67.289.118,14
GERADOR TERMELÉTRICO 5	Gerador	66.769.304,29
	TOTAL	2.294.242.688,51

Em vista desse cenário, os geradores termelétricos chegaram a alertar a ANEEL do risco de paralisação de suas operações, pela diminuição de sua capacidade financeira de arcar com os custos da atividade, especialmente com aqueles relativos à aquisição de combustível, que é bastante dependente dos recursos advindos do mercado de curto prazo²³⁵.

Desse modo, a aventura das hidrelétricas produziu uma grande conta para os demais agentes do mercado. Restou para a CCEE administrar o rombo, distribuindo equitativamente

²³³ Cf. Nota Técnica n° 148/2016-SRM-SRG/ANEEL.

²³⁴ Cf. Nota Técnica n° 148/2016-SRM-SRG/ANEEL.

²³⁵ Cf. CARTA ABRAGET 031/15, atuada, na ANEEL, sob o n.º 48513.030835/2015-00.

os efeitos entre os credores do MCP, conforme estipulava a regulação vigente²³⁶. A situação era crítica. Nada obstante, sofreria ainda mais um golpe pelo Poder Judiciário, por uma 3ª leva de decisões, conforme se relata a seguir.

3.3. A 3ª fase da judicialização

As ações judiciais da 3ª fase foram propostas pela diversidade de agentes que atuam no mercado de curto prazo, a fim de se protegerem contra os efeitos das decisões das 1ª e 2ª fase. Como se relatou na seção anterior, a tentativa frustrada dos entes administrativos de estancar os efeitos das decisões de 1ª fase no interior do MRE consumava a desobrigação de pagamento de débitos ao MCP pelas hidrelétricas. Logo, os credores desse mercado passariam a não receber integralmente os créditos devidos. Por meio das ações de 3ª fase, esses agentes buscaram obter privilégio judicial para receber na integralidade os recursos esperados, isto é, retirando recursos a serem recebidos pelos demais integrantes do mercado. Isso, por meio da criação de mais uma vez uma ilusão para o Judiciário, abusando da assimetria de informação do julgador sobre a regulação do setor elétrico.

3.3.1. Argumentos dos requerentes e suas fragilidades

A obtenção do provimento desta 3ª fase só foi possível, porque novamente os agentes dissimularam a repercussão financeira de seus requerimentos em terceiros, quais sejam, os demais agentes que comercializam energia elétrica. A tese central foi uma repetição do argumento processual inaugurado na 2ª. fase, segundo o qual a CCEE – com a condescendência da ANEEL – teria agido ilegalmente ao imputar aos agentes do MCP os efeitos financeiros de medidas liminares proferidas em ações judiciais nas quais não foram partes, o que violaria a norma do art. 506 do Código de Processo Civil.

A utilização do argumento processual é tão frágil aqui como foi por ocasião da 2ª fase. Desta vez, contudo, não há mais terceiros outros que possam assumir o ônus rejeitado pelos credores do MCP. Quando da 2ª. fase, as hidrelétricas conseguiram redirecionar o impacto para fora do âmbito do MRE, passando a impactar todo o mercado de curto prazo. Na 3ª. fase, não há mais outra esfera para onde externalizar o prejuízo. Isso desnuda qualquer pretensão de retórica cooperativa do requerente para com seus pares. A questão aqui é simplesmente de competir pelos recursos escassos do mercado, isto é, de receber os créditos na frente dos demais.

²³⁶ Cf. art. 47, §1º, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica – aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 2004.

Quando deixa de ser possível internalizar os efeitos da limitação do GSF no âmbito do MRE, o benefício judicial logrado pelas hidrelétricas converte-se em inadimplência de suas obrigações no âmbito do MCP. Em outras palavras, deixam de ser aportados os recursos suficientes para a satisfação de todos os credores do mercado. Nesses casos, tem lugar a regra do chamado rateio de inadimplência – ou *loss sharing* –, prevista no art. 47, §1º, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica – aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 2004. Estabelece que a assunção dos efeitos da inadimplência se dê na proporção dos créditos a serem recebidos pelos credores²³⁷. Essa foi a forma pela qual a regulação setorial buscou preservar a isonomia entre os credores, acomodando, de modo justo, o impacto financeiro provocado pela inadimplência dos devedores, a fim de que uns não sofram mais do que os outros.

Por meio de roupagem dissimulada, os argumentos dos agentes escondem o dano de seus requerimentos aos seus pares. Dão destaque exclusivo ao prejuízo individual que sofreram com as decisões da 1ª e 2ª fases e no *absurdo* de se sofrer o impacto de medidas judiciais proferidas em ações das quais não participaram. Dessa forma, tentam escapar do rateio da inadimplência, isto é, passar na frente dos demais credores, com o fim de receberem a totalidade dos seus créditos à custa da diminuição dos créditos dos demais – os quais foram igualmente prejudicados pelo desfalque de recursos decorrente das decisões judiciais favoráveis aos geradores hidrelétricos.

Evidentemente que não pode ser atribuída à CCEE atuação ilegal pela imputação do ônus das decisões da 1ª e 2ª fase aos credores do MCP. Tratou-se, na verdade, de decorrência direta das decisões proferidas pelo Judiciário, que desobrigaram os participantes do MRE de suas obrigações perante o MCP. Diante da ausência de recursos suficientes no mercado, a tentativa de credores de escapar do rateio de inadimplência apenas torna ainda mais escassos os recursos a serem recebidos pelos demais credores. O privilégio de uns receberem à frente dos outros não possui evidentemente qualquer base normativa ou lógica jurídica.

A criatividade dos requerentes para tentar convencer o Judiciário de que deveriam ser poupadas do rateio de inadimplência impressiona pelo descaro. Em primeiro lugar, pela utilização do argumento de que os agentes asseveram que não devem sofrer efeitos de decisões

²³⁷ Art. 47. Serão executadas as garantias financeiras dos agentes da CCEE inadimplentes no processo de Liquidação Financeira do Mercado de Curto Prazo, incluindo penalidades.

§ 1º Caso as Garantias Financeiras executadas não sejam suficientes para a cobertura dos compromissos financeiros dos agentes inadimplentes, os demais Agentes da CCEE responderão pelos efeitos de tal inadimplência, na proporção de seus créditos líquidos de operações efetuadas no Mercado de Curto Prazo no mesmo período de Contabilização. (...)

em processos nos quais não são partes, o qual se torna suicida, quando, ao mesmo tempo, requerem provimento que impactará agentes que não são partes na ação judicial por eles proposta. Além disso, usam de jogo de palavras para desqualificar o rateio da inadimplência provocada pelas decisões favoráveis às hidrelétricas, a partir da seguinte construção retórica:

- (i) Da inadimplência decorre a possibilidade de cobranças e penalidades contra o devedor.
- (ii) Quando o devedor obtém judicialmente a desobrigação do pagamento de suas dívidas, fica protegido de cobranças e penalidades.
- (iii) Logo, essa proteção não origina inadimplência, para quaisquer fins.
- (iv) O regulamento só autoriza a CCEE a ratear a falta de recursos oriunda de inadimplência.
- (v) Logo, a CCEE não tem autorização para ratear o não pagamento oriundo de decisões judiciais, o qual não pode atingir os créditos da requerente²³⁸.

Ocorre que a distinção entre não pagamento de créditos com proteção judicial – chamada pelos requerentes de *inadimplência fictícia* – e sem proteção judicial – que chamaram de *inadimplência real*²³⁹ – não possui relevância para o fato inexorável de não haver recursos para o pagamento de todos os credores. Da falta de recursos para pagar os credores é que decorre a necessidade, por imperativo de isonomia, que o déficit não seja assumido apenas por uma parte, mas por todos. É indiferente para a repartição igualitária do déficit a forma como os recursos deixaram de ser aportados, se por meio de ação judicial ou não. Infelizmente nesse *conto* caiu o Judiciário, como se verá a seguir.

3.3.2. Decisões judiciais, conteúdo e fragilidades.

Nesta fase, 45 medidas liminares beneficiaram agentes participantes do MCP. Em 41 medidas liminares, determinou-se que os agentes não participassem do rateio da inadimplência provocado pelas hidrelétricas²⁴⁰. Em 4 decisões judiciais, o Judiciário concedeu provimento

²³⁸ Exemplo literal: (...) *o impacto de decisões liminares concedidas não pode ser considerado inadimplência." Ora, se há um provimento judicial que ampara o não pagamento de uma determinada verba, não se pode falar que o beneficiário deste provimento está inadimplente." Logo, se não se pode de nenhuma forma penalizar aquele que deixa de assumir determinado ônus financeiro em virtude de um provimento judicial, tampouco se pode penalizar um terceiro que de nenhuma forma contribuiu para este fato* (trecho da petição inicial do P. 3655744-2016.4.01.3400/DF).

²³⁹ Cf. petição inicial do P. 0029612-41.2016.4.01.3400/DF.

²⁴⁰ Processos autuados sob os números: 0051048-90.2015.4.01.3400/DF, 0056190-75.2015.4.01.3400/DF, 1007276-60.2015.4.01.3400/DF, 5057405-72.2015.4.04.7100/RS, 0061142-97.2015.4.01.3400/DF, 0059949-47.2015.4.01.3400/DF, 1008091-57.2015.4.01.3400/DF, 0064613-24.2015.4.01.3400/DF, 1008454-44.2015.4.01.3400/DF, 5066962-83.2015.4.04.7100/RS, 0069280-53.2015.4.01.3400/DF, 0006276-08.2016.4.01.3400/DF, 1001329-88.2016.4.01.3400/DF, 0012257-18.2016.4.01.3400/DF, 1000661-35.2016.4.01.0000/TRF1, 0014326-23.2016.4.01.3400/DF, 0014364-35.2016.4.01.3400/DF, 0021119-75.2016.4.01.3400/DF, 0022930-70.2016.4.01.3400/DF, 1003840-59.2016.4.01.3400/DF,

liminar em ações propostas por hidrelétricas, dando-lhes a medida protetiva da 2ª fase e, ao mesmo tempo, excluindo-as do rateio de inadimplência²⁴¹.

As decisões desta fase trazem ilustração sobre a importância de se ouvir a ANEEL antes de se proferir uma decisão judicial contra a regulação do setor elétrico. Houve medidas que apenas reproduziram o modelo daquelas referentes à 2ª. fase, como se o caso fosse o mesmo. Apesar das semelhanças, o efeito dos requerimentos desta 3ª fase é bastante diverso. Uma coisa é a medida da 2ª fase para não ampliar a exposição no MCP de uma hidrelétrica por força de decisões que determinaram maior alocação de energia aos outros participantes do MRE. Isso equivale a converter a alocação de energia em criação artificial de energia e na desobrigação do conjunto do MRE dos pagamentos devidos no âmbito do MCP. Coisa bem diferente é medida para excluir credor do MCP de sua participação no rateio da inadimplência das hidrelétricas, deixando a conta para os demais credores. Alguns magistrados, contudo, fizeram essa confusão, pela semelhança da retórica utilizada na 3ª fase com aquela da 2ª fase – ambas pautadas no raciocínio falacioso em torno da norma do art. 506 do Código de Processo Civil. O deferimento de medida liminar de 3ª fase, com fundamentação de 2ª. fase, ocorreu mesmo quando o requerente deixou clara sua condição como credor do MCP e não participante do MRE²⁴².

É um traço geral das decisões desta fase a contradição entre a fundamentação e o dispositivo. De um lado, condena-se CCEE e ANEEL por repassarem os efeitos de decisões judiciais em terceiros, isto é, de realizar o rateio de inadimplência. De outro, determina-se aos entes que *se abstenham de onerar, de qualquer modo, os créditos e débitos imputáveis às autoras em decorrência de quaisquer efeitos de decisões proferidas em processos judiciais de que não sejam parte*²⁴³. Deseje o magistrado ou não, sua decisão impacta também terceiros. Porém, enquanto a CCEE cuidava para gerir o impacto das decisões da 1ª e 2ª fases de forma

1002881-88.2016.4.01.3400/DF, 0029613-26.2016.4.01.3400/DF, 0029651-38.2016.4.01.3400/DF, 0033775-64.2016.4.01.3400/DF, 0036557-44.2016.4.01.3400/DF, 1004669-40.2016.4.01.3400/DF, 1004215-60.2016.4.01.3400/DF, 1004805-37.2016.4.01.3400/DF, 5033160-60.2016.4.04.7100/RS, 0045571-52.2016.4.01.3400/DF, 1006088-95.2016.4.01.3400/DF, 0051207-96.2016.4.01.3400/DF, 0051209-66.2016.4.01.3400/DF, 0051334-34.2016.4.01.3400/DF, 0052663-81.2016.4.01.3400/DF, 0053430-22.2016.4.01.3400/DF, 0073052-87.2016.4.01.3400/DF, 1009704-78.2016.4.01.3400/DF, 0074431-63.2016.4.01.3400/DF, 1000205-36.2017.4.01.3400/DF, 1000560-46.2017.4.01.3400/DF.

²⁴¹ Processos autuados sob os números: 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0029612-41.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF.

²⁴² Bom exemplo ocorreu na decisão proferida em 20.6.2016, no Ação Judicial n.º 0036557-44.2016.4.01.3400/DF, em que o magistrado defere a liminar de 3ª fase requerida por agente responsável por uma usina termelétrica, como se estivesse deferindo uma liminar de 2ª fase a uma hidrelétrica participante do MRE. Dentre outras decisões em que a confusão é realizada, cite-se, ainda, aquelas proferidas no P. 0033775-64.2016.4.01.3400/DF, em 16.6.2016, e no P. 73052-87.2016.4.01.3400/DF, em 2.12.2016.

²⁴³ Cf. decisão de 18.5.2016, no P. 0029613-26.2016.4.01.3400/DF.

justa, as decisões judiciais da 3ª fase conferem situação privilegiada aos beneficiados e castiga os terceiros que passaram a arcar sozinhos com o não aporte de recursos pelas hidrelétricas.

Os magistrados aderem à tese dos agentes de que o impacto de decisões liminares não poderiam ser considerados *inadimplência* e, assim, não poderiam ser rateados entre os credores²⁴⁴. Além da fragilidade destacada na subseção 3.2.2, o argumento guarda uma falácia fundamental, que não foi suficiente para dissuadir os magistrados de realizarem *second-guess*²⁴⁵ sobre matéria tão especializada. Argui-se que a atuação da CCEE teria extrapolado os termos do regulamento, pela inexistência de regra que preveja o rateio de déficit de recursos provocados por decisão judicial. Por outro lado, a inexistência de base legal para livrar agente do rateio desse déficit não impede que o Poder Judiciário assim determine, à revelia do ente regulador e com esteio na opinião exclusiva de agente regulado.

Ocorreu de empresa obter medida liminar referente às três fases. Assim, na condição de participante do MRE, foi beneficiada com a limitação do GSF, passando a receber recursos por energia que não produziu. Depois, blindou-se da alocação a maior de energia pelas demais hidrelétricas, concorrendo para o repasse do impacto financeiro aos agentes do MCP. Finalmente, na condição de agente do MCP, conseguiu escapar do rateio de inadimplência, deixando a conta para os demais²⁴⁶. Nessa mesma linha, num primeiro momento, a Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia Elétrica – ABIAPE obteve a medida liminar da 2ª fase²⁴⁷, por meio de argumentação em que defendeu expressamente a destinação dos ônus das decisões de 1ª fase aos agentes do MCP²⁴⁸. Entretanto, no bojo da mesma ação judicial, a Associação alegou que a CCEE descumpria a liminar e, assim, na condição de agente

²⁴⁴ Como se vê do dispositivo da decisão de 26.8.2016, no P. 0051209-66.2016.4.01.3400/DF: *Ante o exposto, CONCEDO a tutela de urgência para determinar que as Rés se abstenham de utilizar a inadimplência fictícia (calculada com base nos valores inadimplidos em virtude das liminares vigentes) para realizar o rateio de inadimplência nas liquidações realizadas no âmbito da CCEE, se limitando a utilizar a inadimplência real do setor de energia elétrica.*

²⁴⁵ O termo significa o ato de criticar ou revisar decisão de terceiro. Sua utilização no contexto do controle judicial de políticas públicas é comum, onde importa na revisão (e substituição) da decisão controlada pelo Poder Judiciário, como como ilustrado na seguinte passagem: *The reluctance of courts, especially federal courts, to second-guess local land use decision-making is a substantial hurdle to the use of the Due Process Clause to reverse unfair local land use processes* (BURLING, James S., *The Challenge of Due Process*, 1983, and *Property Rights* (January 20, 2006). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=666987> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.666987>. Acesso em: 26.05.2017).

²⁴⁶ Nesse sentido, a Pequena Central Hidrelétrica do Rio do Braço S.A. obteve medida liminar, em 6 de julho de 2015, no P. 0037347-62.2015.4.01.3400/DF, para que, no âmbito do MRE, lhe fosse alocada energia considerando a limitação do GSF em 5%; em 5.4.2016, no Agravo de Instrumento n.º 0017517-91.2016.4.01.0000 (Processo Originário n.º 0016529-55.2016.4.01.3400/DF), obteve liminar para não lhe serem imputados os ônus das medidas favoráveis às demais participantes do MRE; e, em 12.7.2016, no Agravo de Instrumento n.º 0029744-16.2016.4.01.0000 (Processo Originário n.º 0029612-41.2016.4.01.3400/DF), foi poupado de participar do rateio de inadimplência, em prejuízo dos demais credores do MCP.

²⁴⁷ Cf. decisão de 14.7.2015, no P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

²⁴⁸ Cf. item 75 da petição inicial do P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF.

atuante do MCP, obteve igualmente medida liminar para ser isentada do rateio da inadimplência²⁴⁹ – portanto, provimento oposto ao que defendera em sua petição inicial.

A tentativa de blindagem contra decisões obtidas por outros agentes chegou, nesta fase, ao seu cúmulo. Requereu-se do Judiciário proteção absoluta e preventiva contra quaisquer medidas judiciais, independentemente da existência de lesão ou ameaça de direito. As ações sobre o GSF são referidas apenas como exemplos, não encerrando os limites da pretensão²⁵⁰. Alguns magistrados atentaram para essa questão, reveladora de ausência de interesse processual, e indeferiram o requerimento de liminar²⁵¹.

Nesta fase, também foi comum o fenômeno de menosprezar-se a oitiva dos entes administrativos. Foram 38 decisões judiciais proferidas sem a oitiva dos entes administrativos²⁵² contra apenas 7 decisões judiciais que foram precedidas da intimação e manifestação prévia dos entes réus²⁵³.

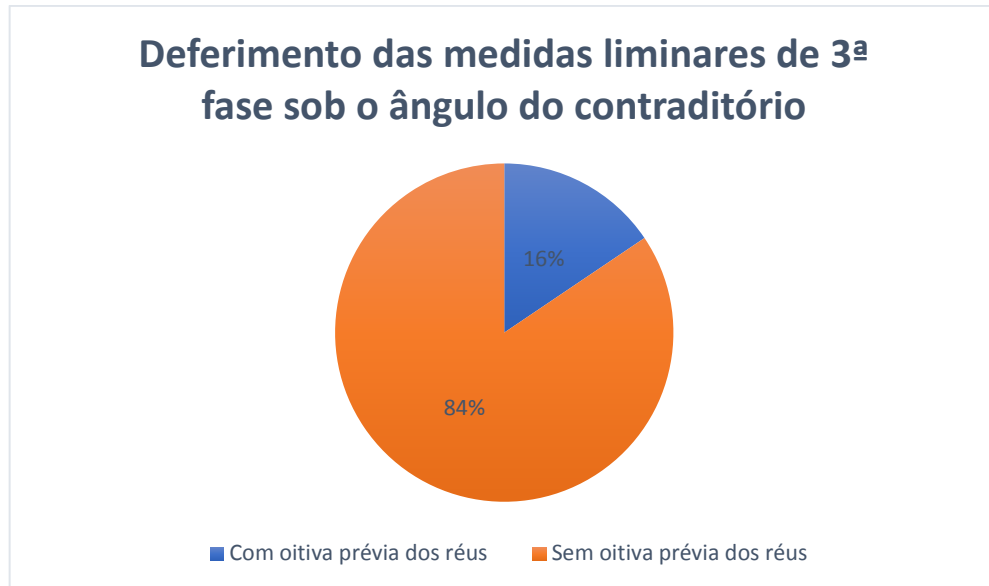
²⁴⁹ Cf. decisão de 11.3.2016, no P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, que, rigorosamente, determinou que os associados da ABIAPE ficassem na condição de *credores preferenciais*, recebendo recursos nas mesmas condições dos credores que também conseguiram, pela via judicial, livrar-se do rateio de inadimplência.

²⁵⁰ O P. 1001670-17.2016.4.01.3400/DF traz bom exemplo. O agente, em sua petição inicial, destaca que *objetiva afastar, da esfera jurídica de sua empresa, quaisquer ônus provenientes de decisões judiciais em processos movidos por terceiros, tal como o exemplo utilizado no presente writ (GSF)*.

²⁵¹ *Em longa petição quer convencer este Juízo a emitir ordem que atinja ou atingiria, inclusive, outros Juízos, de forma geral e abstrata, reiterando ou "arranjando" os limites subjetivos de determinações judiciais. Não há fumaça de bom direito nisso. Indefiro a liminar.* (decisão de 1º.3.2016, no P. 1001670-17.2016.4.01.3400/DF).

²⁵² Processos autuados sob os números: 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0051048-90.2015.4.01.3400/DF, 0061142-97.2015.4.01.3400/DF, 0059949-47.2015.4.01.3400/DF, 1008091-57.2015.4.01.3400/DF, 0064613-24.2015.4.01.3400/DF, 1008454-44.2015.4.01.3400/DF, 5066962-83.2015.4.04.7100/RS, 0069280-53.2015.4.01.3400/DF, 0006276-08.2016.4.01.3400/DF, 1001329-88.2016.4.01.3400/DF, 0012257-18.2016.4.01.3400/DF, 1000661-35.2016.4.01.0000/TRF1, 0014326-23.2016.4.01.3400/DF, 0014364-35.2016.4.01.3400/DF, 0021119-75.2016.4.01.3400/DF, 0022930-70.2016.4.01.3400/DF, 1003840-59.2016.4.01.3400/DF, 0029613-26.2016.4.01.3400/DF, 0029651-38.2016.4.01.3400/DF, 0029612-41.2016.4.01.3400/DF, 0033775-64.2016.4.01.3400/DF, 0036557-44.2016.4.01.3400/DF, 1004669-40.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF, 1004215-60.2016.4.01.3400/DF, 1004805-37.2016.4.01.3400/DF, 0045571-52.2016.4.01.3400/DF, 1006088-95.2016.4.01.3400/DF, 0051207-96.2016.4.01.3400/DF, 0051209-66.2016.4.01.3400/DF, 0051334-34.2016.4.01.3400/DF, 0052663-81.2016.4.01.3400/DF, 0053430-22.2016.4.01.3400/DF, 0073052-87.2016.4.01.3400/DF, 1009704-78.2016.4.01.3400/DF, 0074431-63.2016.4.01.3400/DF.

²⁵³ Processos autuados sob os números: 0056190-75.2015.4.01.3400/DF, 1007276-60.2015.4.01.3400, 5057405-72.2015.4.04.7100/RS, 1002881-88.2016.4.01.3400/DF, 5033160-60.2016.4.04.7100/RS, 1000205-36.2017.4.01.3400/DF, 1000560-46.2017.4.01.3400/DF.



Com alguma demora, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a injustiça por trás dos requerimentos de 3ª fase, inclusive, condenando as medidas liminares deferidas nesta fase. Os Desembargadores da Sexta Turma destacaram a inevitabilidade e licitude de impacto dessas decisões na esfera jurídico-financeira de terceiro. Nessa linha, reforçaram que o ajuizamento de ação autônoma pelos agentes do MCP prejudicados não seria a via adequada para defesa de seus direitos – o que apenas potencializa a produção de decisões conflitantes –, mas tão somente a utilização de recursos no bojo das ações em que se entenderem prejudicados²⁵⁴. A partir desses precedentes, diversos magistrados passaram a indeferir os requerimentos de 3ª fase²⁵⁵. A tese da impossibilidade de decisões judiciais repercutirem na esfera de interesse de agentes do mercado de energia elétrica alheios à relação processual perdeu força, mas não o suficiente para desatar o nó criado, como se vê da subseção a seguir.

3.3.3. Impacto regulatório das decisões judiciais

O não pagamento pelas participantes do MRE de seus débitos para com o mercado de curto prazo escasseou os recursos a serem recebidos pelos agentes em posição credora. A regra

²⁵⁴ Cf. acórdãos proferidos nos Agravos de Instrumento n.º 0005724-58.2016.4.01.0000/DF, 0064291-19.2015.4.01.0000/DF e 1002191-11.2015.4.01.0000/DF, os quais serão objeto de análise mais detida no Capítulo 4.

²⁵⁵ Foi o caso dos processos autuados sob os números: 1001670-17.2016.4.01.3400/DF, 0022781-74.2016.4.01.3400/DF, 1003530-53.2016.4.01.3400/DF, 1004149-80.2016.4.01.3400/DF, 1004311-75.2016.4.01.3400/DF, 0051208-81.2016.4.01.3400/DF, 0014375-58.2016.4.03.6100/JFSP, 1006098-42.2016.4.01.3400/DF, 0055420-48.2016.4.01.3400/DF, 1006095-87.2016.4.01.3400/DF, 0058124-34.2016.4.01.3400/DF, 0063980-76.2016.4.01.3400/DF, 0016327-78.2016.4.01.3400/DF, 0022588-59.2016.4.01.3400/DF, 1009397-27.2016.4.01.3400/DF, 000463985.2017.4.01.3400/DF, 0073679-91.2016.4.01.3400/DF, 1000453-02.2017.4.01.3400/DF, 000043929.2017.4.03.6100/JFSP, 0013247-09.2016.4.01.3400/DF, 1000930-25.2017.4.01.3400/DF.

de rateio do déficit entre os credores, na proporção dos créditos a serem recebidos, garantiria não só isonomia, como o recebimento de recursos por todos, ainda que parcial.

O afastamento judicial da regra permitiu, em um primeiro momento, que os agentes beneficiados recebessem a integralidade de seus créditos, à custa da diminuição dos créditos destinados aos demais. As ações judiciais multiplicaram-se. Tratava-se de um jogo de soma zero simples, onde o não ajuizamento de ação judicial levava o agente a perder, caso outro ingressasse e obtivesse êxito²⁵⁶. Todos receberiam créditos proporcionais de forma isonômica se nenhuma ação judicial fosse ajuizada, só que isso não era mais o caso. A situação improvável de todos os milhares de agentes ingressarem com ações e igualmente obtiverem êxito equivaleria à situação de não ingresso por todos, já que os efeitos das decisões seriam anulados entre si. Na hipótese, de uns receberem o favor e outros não, a situação torna-se vantajosa para os que foram favorecidos, que passarão a receber maior volume de recursos, e desvantajosa para os não favorecidos, que receberão menor volume de recursos. O efeito de não ajuizar ação seria o mesmo de ajuizar, mas falhar na obtenção de liminar²⁵⁷. Por conseguinte, mesmo diante da chance de não receber liminar, valia à pena o fazer, pois haveria chance de elevar o volume de créditos a serem recebidos, e, na pior das hipóteses, a situação do credor permaneceria a mesma daquele que teria se não tivesse ingressado. Ajuizar ação judicial era um bom negócio, pois, num ambiente racional, referida estratégia seria *dominante*²⁵⁸ em relação ao não ajuizamento de ação judicial, dado que as recompensas seriam iguais ou superiores em relação a essa última alternativa.

Assim efetivamente ocorreu, com o crescimento das ações propostas. O número de favorecidos elevou-se, incluindo alguns com grande participação no volume de créditos a serem recebidos, como é o caso das grandes associações representativas²⁵⁹. Os agraciados esgotaram os recursos disponíveis para o pagamento dos demais credores²⁶⁰. Não tardou também a impossibilidade de atendimento das liminares deferidas. Era impraticável não onerar os créditos

²⁵⁶ Jogos de soma zero, na teoria dos jogos, correspondem são aqueles *nos quais se um jogador ganha certa recompensa, o outro necessariamente perde esse valor mensurado em bem-estar ou dinheiro* (BÊRNI, Duilio de Avila. Teoria dos jogos: crenças, desejos e escolhas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92).

²⁵⁷ Desprezando custos como as despesas advocatícias e processuais e os ônus sucumbenciais, valendo, nesse ponto, registrar que, em boa parte dos casos, o agente preferiu a via de impetração mandado de segurança, em que sequer há condenação nos ônus sucumbenciais (cg. art. 25 da Lei n.º 12.016, de 2009).

²⁵⁸ Considerando a equivalência da recompensa decorrente do não ajuizamento com aquela decorrente do não deferimento de liminar, o ajuizamento tratava exatamente de estratégia *fracamente dominante* (cf. FANI, Ronaldo. Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 57).

²⁵⁹ Caso, por exemplo, da Ação Judicial sob o n.º 0051048-90.2015.4.01.3400/DF, proposta pela Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas – ABRAGET e daquela sob o n.º 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, proposta pela Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia Elétrica – ABIAPE.

²⁶⁰ Cf. Carta CT-CCEE – 2697/2015, de 17 de novembro de 2015, atuada, na ANEEL, sob o n.º 48513.030714/2015-00.

dos agentes em decorrência de efeitos de decisões proferidas em processos judiciais de que não eram partes, tal como estipulam as decisões desta 3ª fase, pois inexistiam recursos para satisfação total dos credores beneficiados. Desse jeito, as novas liminares, na verdade, criaram um rol de preferência, em que os premiados rateavam entre si os créditos disponíveis ao mercado de curto prazo, enquanto aos desprovidos de liminares restavam o rateio dos eventuais excedentes.

É injustificável a existência de um rol de preferência de créditos no contexto de um mercado multilateral que, por definição, não tem partes, nem contrapartes, mas apenas valores a serem pagos e valores a serem recebidos, sem qualquer distinção entre credores e devedores. Nesse contexto, pode-se tentar buscar meios para se perdoar o magistrado que ignorava os efeitos de suas decisões sobre os credores não protegidos, não reconhecendo que estava a criar um direito de recebimento preferencial de créditos. Entretanto, mesmo após a prestação de insistentes esclarecimentos pela CCEE, houve decisões deliberadas nesse sentido, que determinaram expressamente a inclusão das requerentes *no rol de agentes com preferência no recebimento de seus créditos*²⁶¹.

Além disso, algumas decisões chegaram a criar para seus beneficiados preferência de recebimento mesmo em relação do rol de preferência de quem já possui liminares de 3ª fase, pois determinaram que o requerente não sofresse atingido por outras medidas desta fase. Foi esse o comando do Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n.º 1001409-04.2015.4.01.0000, interposto em face de decisão proferida no Mandado de Segurança n.º 1004544-09.2015.4.01.3400/DF²⁶². Na mesma ocasião, o Desembargador determinou o envio dos autos ao Ministério Público Federal, para apuração de crime realizado pelas autoridades administrativa, em vista do *contumaz descumprimento das decisões judiciais*, na medida em que estavam deixando de realizar o pagamento dos créditos dos autores, em razão do cumprimento de ações judiciais das quais os requerentes não eram partes.

Assim, ironicamente, a responsabilidade pela multiplicação das ações era atribuída pelos magistrados aos entes administrativos, nas mesmas decisões que alimentavam a situação,

²⁶¹ Cf. decisões de 7.12.20016, no P. 0051207-96.2016.4.01.3400/DF e de 17.12.2016, no P. 0073052-87.2016.4.01.3400/DF.

²⁶² Literalmente: *quanto ao rateio dos valores dos créditos, que sejam realizados na proporção de créditos líquidos de operações efetuadas no Mercado de Curto Prazo no mesmo período de Contabilização, de forma que a parte impetrante não sofre preterimentos (inclusive em relação aos credores de curto prazo) no cálculo dos seus créditos perante outros que também conseguiram decisões liminares favoráveis, em casos similares ao objeto da lide*. Provimento semelhante foi realizado no Processo Judicial n.º 1005352-14.2015.4.01.3400.

com medidas que beneficiariam os favorecidos em detrimento dos não favorecidos²⁶³. A miopia do magistrado chega ao ponto de sugerir que a atuação da ANEEL e CCEE seria condenável, pois teriam à disposição os *instrumentos processuais aptos a fazer cessar, se for o caso, mencionadas decisões* (refere-se as decisões obtidas pelas hidrelétricas do MRE), *cabendo a elas recorrer ou mesmo utilizar o instituto do pedido de suspensão de segurança*. Assim, o magistrado chega ao ponto de dizer que os entes administrativos são os responsáveis, por não conseguirem a reversão das decisões das hidrelétricas via recurso, mas não consegue enxergar que, se há decisões que precisam ser revertidas e que operam efeitos sobre terceiros, o problema foi criado por elas, e não pelos entes administrativos²⁶⁴.

Um fato deixa muito claro como o Poder Judiciário tornou-se a própria fonte da desestabilização do mercado de energia elétrica. Ocorreu quando associações de agentes que não obtiverem medida liminar – a despeito de terem tentado – começaram a enviar cartas para a ANEEL, a fim de que o ente regulador fizesse uso de instrumentos processuais para reverter as decisões judiciais. Ora, se o problema fosse administrativo-regulatório, o conteúdo da carta seria para que se fossem tomadas medidas administrativo-regulatórias, e não para que o ente regulador empreendesse medidas judiciais. Dessa maneira, em 13 de junho de 2016, a União da Indústria de Cana-de-Açúcar – ÚNICA encaminhou carta à ANEEL²⁶⁵, em que se queixava da reiterada situação de não recebimento de créditos no MCP. Ademais, reclamou do recebimento prioritário de créditos pelos agentes protegidos com decisões liminares. Vale dizer, dignou-se ao apelo perante o ente regulador apenas depois de ter fracassado, por duas vezes, na tentativa de obter provimento similar²⁶⁶. Registra que a situação *desestimula a produção de*

²⁶³ Ilustre-se, por exemplo, com o seguinte trecho da decisão de 18.5.2016, no bojo do Processo Judicial n.º 0029613-26.2016.4.01.3400/DF:

Pretende a parte autora eximir-se de qualquer ônus financeiro decorrente de decisões judiciais relativas a agentes participantes do MRE proferidas em processos dos quais não é parte.

Assiste razão à autora quando se insurge contra o repasse dos ônus das liminares concedidas a outros agentes que atuam no setor de energia elétrica. Não pode o Poder Público onerar os produtores e distribuidores que não obtiveram liminares em relação aos efeitos destas, ante a evidente inviabilidade deste procedimento, que, na verdade, cria uma espécie de “corrida” em que todos os agentes passam a buscar liminares e em que aqueles que não são beneficiados por provimentos judiciais são indevidamente penalizados, de forma manifestamente desproporcional.

Assim, a prevalecer o entendimento adotado no âmbito do CCEE, aquele que não obtiver provimento judicial que o desonere do pagamento de uma determinada verba fica sujeito a arcar com o ônus relativo às liminares concedidas a outros agentes, em processos em que sequer tiveram oportunidade de se manifestar. Cria-se, assim, uma grande instabilidade no sistema, uma vez que é impossível prever o impacto das diversas decisões judiciais proferidas em inúmeros processos.

²⁶⁴ Literalmente: *Cabe destacar que a ANEEL e a CCEE dispõem dos instrumentos processuais aptos a fazer cessar, se for o caso, mencionadas decisões, cabendo a elas recorrer ou mesmo utilizar o instituto do pedido de suspensão de segurança. As autoras, porém, que não figuram como partes no processo, não dispõem desta faculdade. Saliente-se que em todas as liminares o fundamento para o seu deferimento foi ato ilegal da ANEEL e da União e não de outros participantes do Mercado de Curto Prazo, razão pela qual se afigura ainda mais absurda a pretensão de repassar-lhes os ônus desses provimentos judiciais* (trecho da mesma decisão de 18.5.2016, proferida no bojo do Processo Judicial n.º 0029613-26.2016.4.01.3400/DF).

²⁶⁵ Documento autuado, no âmbito da ANEEL, sob o n.º 48513.014864/2016-00.

²⁶⁶ A UNICA obteve medida liminar favorável, no bojo do Mandado de Segurança n.º 1007276-60.2015.4.01.3400/DF. A medida foi revertida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento dos Agravos de Instrumento n.º 1002191-

energia elétrica por fontes alternativas, dado que aqueles que as produzem, assumindo custos para tanto, não estão recebendo seus créditos. Ao cabo, sugere que a ANEEL faça uso de suspensão de liminar contra todas as medidas favoráveis aos demais agentes. Em 16 de novembro de 2016, encaminha-se à ANEEL outra carta, da lavra de grandes associações de agentes – ABEEOLICA, ABRACE e COGEN, além da mesma UNICA²⁶⁷. O lamento aqui se refere às decisões de todas as fases, da divergência de teses entre o colegiado da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e decisões monocráticas dos Desembargadores da Quinta Turma. A partir daí, sugere diretivas para a atuação processual da ANEEL. Mais uma vez, o apelo só chega depois do insucesso dessas associações de agentes na aventura judicial²⁶⁸.

Desse fato parece decorrer questão ainda mais grave. Não é só que a atuação do Poder Judiciário estava no cerne de grave crise no setor elétrico. Na verdade, a forma de atuação dos magistrados, que frenética e trivialmente, suplantava o exercício da atividade do ente regulador impunha o processo judicial como ambiente do debate primordial entre os agentes atuantes no setor elétrico. O processo administrativo, que deveria vir em primeiro lugar ou num primeiro momento, é marginalizado. O agente procura o ente administrativo quando falha sua tentativa de impor seus interesses ao ente regulador, unilateralmente, como a via judicial poderia proporcionar-lhe. A questão, portanto, ultrapassa o tumulto ao setor; é um *modus operandi* que ultraja a atuação de um ente administrativo que precisa ter força institucional para impor-se diante dos agentes regulados e desqualifica o processo administrativo como instância do debate regulatório.

Em novembro de 2015, as decisões de 3ª fase foram o gatilho para a paralisação das operações do mercado de energia elétrica. A liquidação financeira do MCP tornou-se bastante problemática. Entre a liquidação de débitos e créditos, liminares alteraram a posição dos agentes, impossibilitando a conclusão da atividade. Ademais, a CCEE não havia equacionado como atender as decisões judiciais, pois, ainda que se deixassem sem recursos todos os credores desprovidos de liminar, inexistia dinheiro suficiente para atendimento de todos aqueles beneficiados com liminar. Assim, a liquidação financeira que se operaria naquele mês teve de

11.2015.4.01.0000 e nº 1002245-74.2015.4.01.0000. Insatisfeita, a Associação impetrou o Mandado de Segurança nº 1003530-53.2016.4.01.3400/DF, claramente litispendente ao primeiro, mas ainda não logrou o deferimento da liminar requerida.

²⁶⁷ Documento autuado, no âmbito da ANEEL, sob o n.º 48513.032160/2016-00.

²⁶⁸ A medida liminar obtida pela ABEEOLICA, no P. n.º 0064613-24.2015.4.01.3400/DF, foi revertida nos Agravos de Instrumento n.º 0067773-72.2015.4.01.0000 e n.º 0064291-19.2015.4.01.0000. Aquela favorável à ABRACE, no P. n.º 1008454-44.2015.4.01.3400/DF, foi revertida no Agravo de Instrumento n.º 1002745-43-2015.4.01.0000. A COGEN teve sua medida liminar indeferida, no Mandado de Segurança nº 1004149-80.2016.4.01.3400/DF.

ser suspensa²⁶⁹. Trata-se de fato considerado bastante grave, pois obstava o recebimento de créditos pelos milhares de agentes do mercado²⁷⁰.

A liquidação financeira continuaria bastante problemática nos meses seguintes, pela grande multiplicação de medidas liminares, deixando de ocorrer em dezembro e janeiro. Só pôde ser retomada a partir de fevereiro, conforme se observa do calendário a seguir²⁷¹:



Calendário da Liquidação Financeira de 2015

Mês Contabilizado	Débito	Crédito	Dias da Semana	
Janeiro-15	10/03/15	11/03/15	Terça-Feira	Quarta-feira
Fevereiro-15	07/04/15	08/04/15	Terça-Feira	Quarta-feira
Março-15	11/05/15	12/05/15	Segunda-feira	Terça-Feira
Abril-15	09/06/15	10/06/15	Terça-Feira	Quarta-feira
Maio-15	07/07/15	08/07/15	Terça-Feira	Quarta-feira
Junho-15	05/08/15	06/08/15	Quarta-feira	Quinta-feira
Julho-15 ¹	14/10/15	15/10/15	Quarta-feira	Quinta-feira
Agosto-15 ¹	14/10/15	15/10/15	Quarta-feira	Quinta-feira
Setembro-15	09/11/15	10/11/15	Segunda-feira	Terça-Feira
Outubro-15 ²	11/02/16	12/02/16	Quinta-Feira	Sexta-feira
Novembro-15 ²	11/02/16	12/02/16	Quinta-Feira	Sexta-feira
Dezembro-15 ²	07/03/16	08/03/16	Segunda-feira	Terça-Feira

¹As datas de Liquidação Financeira do MCP referentes ao mês de agosto/2015 (considerando o resultado da contabilização de julho/2015), foram alteradas de acordo com o comunicado CO 456/15 e Despacho ANEEL n° 3.299/2015.

²Conforme CO n° 019/16.

As tabelas seguintes dão a dimensão do impacto financeiro das decisões do GSF, a partir do contraste entre o valor anual a receber e o recebido pelos credores, nas liquidações do Mercado de Curto Prazo (MCP), a partir da liquidação de setembro de 2015. Observa-se um grande volume de recursos, tanto em termos absolutos quanto relativos, que os agentes

²⁶⁹ Cf. Carta CT-CCEE – 2697/2015, de 17 de novembro de 2015, atuada, na ANEEL, sob o n.º 48513.030714/2015-00 e Ata da Reunião Extraordinária – 836ª Reunião do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Disponível em: http://ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_359476. Acesso em: 10.03.2017.

²⁷⁰ Como ilustram o destaque dado à paralisação no noticiário nacional, nessa ocasião e nas seguintes. Confira-se, nesse sentido, http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/08/06/internas_economia,493577/inadimplencia-recorde-pode-paralisar-mercado-de-energia.shtml, <http://www.valor.com.br/empresas/4360716/ccee-faz-pagamento-parcial-da-liquidacao-de-setembro-abrabet>, <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2016/02/16/deficit-de-hidreletricas-paralisa-novamente-liquidacao-de-energia-na-ccee.htm>, <http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKCN0VP1CX>. Acesso em 31.05.2017.

²⁷¹ Disponível em https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/calendario e http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_214628. Acesso em: 31.05.2017.

deixaram de receber – situação que persiste até hoje. Ademais, percebe-se a distorção provocada pelas decisões de 3ª fase, as quais fizeram com que uns recebessem na frente dos outros²⁷².

LIQUIDAÇÃO 2015 (a partir de setembro de 2015)		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	1.338.480.995,84	1.338.480.995,84
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	364.720.295,09	90.721.096,76
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	5.898.436.692,31	3.021.252.963,88
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	7.931.619.962,96	529.862.715,01

LIQUIDAÇÃO 2016		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	3.121.901.895,05	3.121.901.895,05
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	908.020.377,19	196.337.880,74
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	7.784.647.118,18	5.333.250.052,42
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	19.072.779.561,72	524.385.753,39

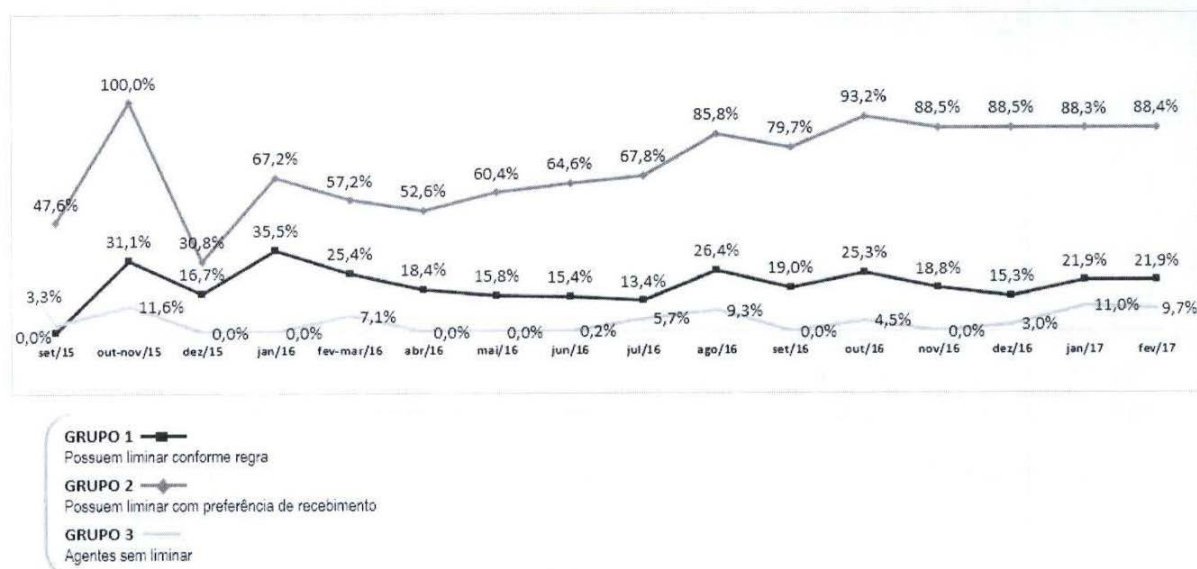
²⁷² As informações foram extraídas da CT-CCEE-0615/2017, de 12 de abril de 2017 (autuada na ANEEL sob o n.º 48580.000651/2017-00-1). As tabelas mostram agentes em diferentes situações, tendo sido agrupados da seguinte maneira, conforme o registro da CCEE feito nesse documento:

- i. *Isenção total do rateio da inadimplência sobre (a) os créditos dos agentes abrangidos pelas Portarias do MME n.º 28/15, 41/15, 88/14 e 333/15, nas quais se reconhece a necessidade da geração emergencial de algumas usinas e determina que o valor financeiro recebido referente a essa geração não deve participar do rateio da inadimplência e (b) o Agente Comercializador de Energia de Reserva - ACER, responsável pela geração entregue aos Leilões de Energia de Reserva contabilizada no MCP (valores "regulatórios" isentos);*
- ii. *Grupo 1: os agentes que pertencem a este grupo possuem ações judiciais que lhes dão o direito do recebimento dos seus créditos, conforme aplicação das regras de comercialização (aplicação da regra de rateio); e*
- iii. *Grupo 2: os agentes que pertencem a este grupo possuem ações judiciais que lhes dão o direito de receber seus créditos desconsiderando o efeito do não pagamento de valores decorrentes das liminares do GSF aplicadas na contabilização do MCP (direito de preferência no recebimento dos créditos).*

LIQUIDAÇÃO 2017 (até fevereiro de 2017)		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	333.757.060,64	333.757.060,64
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	97.259.756,87	21.307.741,45
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	694.289.360,41	613.341.106,49
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	3.998.039.397,15	414.679.890,33

O gráfico a seguir agrega os números das tabelas acima e torna palpável a injustiça das decisões de 3ª fase, que criaram distinção entre agentes que não possuíam, segundo a regulação vigente, qualquer direito de preferência entre si. Ao afastar a regra do rateio de inadimplência, a interferência do Judiciário provocou diferentes percepções de adimplência do setor²⁷³.

Gráfico 2: Histórico da Adimplência percebida pelos agentes



As três fases do GSF mostram a determinação do Poder Judiciário em estorvar as atividades do setor elétrico. O Judiciário não desanimou diante do esforço dos entes responsáveis pela regulação e operação do setor na tentativa de conter os efeitos das decisões. Cada fase mostra verdadeiro empenho do órgão judicial em tornar a vida desses entes mais difícil, assim como a dos agentes regulados. A ignorância dos magistrados não justifica a

²⁷³ Gráfico também extraído da CT-CCEE-0615/2017, de 12 de abril de 2017.

atuação nos moldes como se deu. A questão não é de ignorância, é de imprudência. Não se deve esperar profundo conhecimento da regulação do setor elétrico pelos magistrados²⁷⁴. Em contrapartida, é possível exigir-lhes cautela, a partir do reconhecimento da assimetria de informação que experimentam e do respeito às competências legais do ente incumbido da atividade regulatória.

²⁷⁴ Até porque a aposta na tentativa de uma aplicação puramente dedutiva do Direito é um caminho fadado ao fracasso: *O propósito, característico da época moderna, de atuar no Direito com um método dedutivo, isto é, de dotar de caráter científico a técnica jurídica, é, assim, equívoco, porque obrigaria a uma série de operações e mudanças no Direito que são inviáveis. Segundo Viehweg seria necessária a axiomatização do Direito, o estabelecimento da proibição de interpretar normas, permitir o non liquet, uma intervenção contínua do legislador, e estabelecer preceitos de interpretação dos fatos que se orientassem exclusivamente para o sistema jurídico* (ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 46).

4. O controle judicial ideal para a garantia do ambiente adequado ao desenvolvimento das atividades reguladas

A exposição da evolução da regulação dos serviços de energia elétrica, conforme demonstrado no Capítulo 2, revela a tentativa continuada de criação de meios para a expansão e melhoria da qualidade do atendimento aos usuários – tenham sido os esforços eficazes ou não. No atual estágio regulatório, a expectativa para a eficiência dos serviços ainda se apoia substancialmente na criação de incentivos para a iniciativa privada, num ambiente concorrencial. Portanto é razoável a persecução do ambiente mais propício para o desenvolvimento dos negócios privados. Nesse sentido, se é difícil encontrar uma solução ideal e definitiva²⁷⁵, não parece difícil reconhecer a inconveniência de atuação estatal arbitrária sobre um mercado, ainda que fortemente regulado, como é o caso do mercado de energia elétrica.

Não é nova a noção de que a economia de mercado se mostra avessa a arbitrariedades estatais²⁷⁶. Igualmente a economia moderna entende que *os mercados são geralmente uma boa maneira de organizar a atividade econômica, pois os preços levam os tomadores de decisões individuais a resultados que, em muitos casos, maximizam o bem-estar da sociedade*. Nesse princípio, a intervenção estatal pode impedir que os preços se ajustem naturalmente à oferta e à demanda, gerando custos sociais para toda a sociedade. A interferência do ente é bem-vinda apenas nas ocasiões em que o mercado *falha* em realizar uma *alocação eficiente de recursos*²⁷⁷. Assim se situa, do ponto de vista funcional, a atuação regulatória do Estado. A intervenção estatal que foge dos legítimos propósitos regulatórios, como aquela que muda súbita e despropositadamente as regras do jogo concorrencial, posiciona o mercado de forma subótima, gerando custos desnecessários para os indivíduos.

Foi nessa perspectiva que o Banco Mundial cunhou o termo *governança*. A expressão foi inicialmente empregada, no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, como palavra-chave para guiar o processo de desenvolvimento de países pobres. Na ocasião, definiu-se governança como a maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômicos e

²⁷⁵ Friedrich August von Hayek já dizia: *Provavelmente nunca poderemos ter certeza de que já encontramos as melhores soluções ou instituições que permitirão o funcionamento tão benéfico quanto possível da economia de mercado (Os fundamentos da liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Visão, p. 279).

²⁷⁶ Cf. Nota de Rodapé n.º 46, em que se registrou a posição de Max Weber nesse sentido. Mais recentemente, Hayek, na obra seminal em que opõe a economia de mercado à planificada, afirma que o distingue um país livre de outro sujeito a um governo arbitrário é a existência, no primeiro, do Estado de Direito, em que, para ele, *todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento*. Para daí concluir que *[n]uma sociedade planificada o Estado de Direito não pode subsistir*. (HAYEK, Friedrich A. O Caminho da Servidão. 1944. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984, p. 86 e 93).

²⁷⁷ MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 9-11.

sociais para o desenvolvimento de uma região – *boa governança* seria o sinônimo de gestão sólida para o desenvolvimento. O Banco deu-se conta de que era insuficiente o financiamento de programas e projetos tecnicamente consistentes nesses países, pois falhava na antecipação de resultados, por razões relacionadas à qualidade das ações governamentais. Em seu estudo sobre o tema da governança e desenvolvimento, o Banco Mundial concluiu que reformas legais não funcionam sem a aplicação consistente da lei. Além disso, o desenvolvimento da produção privada e o encorajamento do crescimento do mercado não tem sucesso a menos que investidores encontrem regras e instituições fortes que reduzam as incertezas sobre as ações governamentais futuras. Dentre outros fatores, aponta-se que a prática da má governança nasce quando há *arbitrariedade na aplicação de leis, intervenções discricionárias danosas, falha no estabelecimento de um quadro definido e limitado para o comportamento legal e governamental e processos decisórios fechados*. Por outro lado, o receituário para a boa governança incluiria um quadro jurídico garantidor de um ambiente estável e previsível para atuação dos atores envolvidos no processo político e econômico, em que fossem minimizados os riscos de arbitrariedades governamentais. Além disso, sugere-se que as políticas públicas sejam realizadas de forma transparente e que informações relevantes, confiáveis e tempestivas cheguem ao conhecimento dos interessados. Finalmente, torna-se preciso a adoção de mecanismos de *accountability*, que designa a possibilidade de chamar os agentes públicos e prestadores de serviço à responsabilidade por seus atos, com relação ao cumprimento da atividade para a qual foram incumbidos. Assim, busca-se garantir a congruência entre uma política pública e sua efetiva implementação e a alocação e uso eficientes de recursos públicos²⁷⁸.

A questão não interessa apenas à Economia. A análise normativa econômica que aponta para a limitação da margem dos arbítrios estatais afina-se à própria noção do Direito. De fato, a sociedade persegue *segurança*, um *estado de liberdade diante do medo e da ansiedade*²⁷⁹, o qual atrita com o excesso de incertezas. A segurança é um valor social, que denota antecipação de comportamentos, sendo *indispensável para intensificar as relações sociais*²⁸⁰. A *segurança jurídica*, a seu turno, está atrelada à *capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no direito* e sua ausência decorre exatamente do *arbítrio estatal*²⁸¹. A ideia de

²⁷⁸ WORLD BANK. *Governance and development*. Washington, DC: The World Bank, 1992. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>. Acesso em: 14.06.2017.

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 109.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 110.

segurança jurídica é tão fortemente atrelada à de Direito, que a expressão é praticamente um pleonasma²⁸². De fato, qualquer ordenamento jurídico é pautado na ideia de justiça e de segurança jurídica, enquanto tecnologia para *garantir um tráfico social baseado em reciprocidade de expectativas*, criando um ambiente em que, tendo conhecimento das regras vigentes, os cidadãos podem agir, antecipando como os outros também irão agir²⁸³. Também a noção de Estado de Direito, enquanto conjunto principiológico destinado a *conter o caráter arbitrário do poder político*, por quaisquer de suas experiências históricas, expressa-se pela chamada *certeza do direito*, que impõe a necessidade de que os cidadãos possam ter, tanto quanto possível, previsão da consequência jurídica de seus atos²⁸⁴.

A expectativa de segurança jurídica ou de certeza do direito não demanda a capacidade formal e material de o cidadão compreender, de forma absoluta e prévia, o sentido das normas, numa perspectiva de *univocidade de resultados* e de *determinação*. Espera-se, contudo, que a maioria dos cidadãos tenha uma capacidade elevada de captar o conteúdo do quadro jurídico que lhe submete, o que melhor se afina às ideias de *determinabilidade* ou *cognoscibilidade*. Quanto à possibilidade de modificação do direito, igualmente não se espera uma estabilidade que importe *imutabilidade* ou *petrificação do direito*. A questão é muito mais de haver *confiabilidade* nas alterações do quadro normativo, *estabilidade na mudança*, a fim de proteger as expectativas dos cidadãos contra quebras bruscas de continuidade no ordenamento jurídico. Finalmente, o olhar futuro do ordenamento jurídico não precisa mostrar-se para a sociedade de forma absolutamente previsível. Entretanto, não se dispensa um bom grau de *calculabilidade* na antecipação das consequências jurídicas das condutas próprias e alheias. Assim, não com *exatidão*, mas, *em larga medida*, há que se ofertar ao cidadão a possibilidade de antecipação da decisão futura que qualificará o ato hoje praticado, das *alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas*, enfim, dos *limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais*²⁸⁵.

Com essas considerações em vista, compara-se, a seguir, o tratamento dado à regulação do setor elétrico, nos meios administrativo e judicial, com foco na qualidade do debate dos

²⁸² *Ibidem*, p. 130.

²⁸³ *Ibidem*, p. 132.

²⁸⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito in COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.38-40.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 128-132.

players envolvidos no processo regulatório²⁸⁶. A partir daí, será possível observar em que medida o processo judicial conduz a política regulatória a um território de maiores incertezas, sobretudo nos moldes como atualmente tem sido conduzido.

4.1. As deficiências do processo judicial para o debate regulatório

A modificação das regras atinentes à comercialização de energia elétrica é uma tarefa delicada, em razão de seus efeitos sistêmicos potenciais, ocasionados pelo modo complexo como se relacionam os agentes participantes (cf. seção 2.2., item “g”). Essa condição demanda a atuação zelosa do ente regulador. O exemplo de zelo pode ser extraído do próprio caso GSF, mas, desta vez, do seu tratamento no âmbito administrativo, materializado no Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19. A discussão partiu do requerimento de duas grandes associações de geradores – APINE e ABRAGE – e foi aberta à ampla participação de todos os agentes atuantes no setor elétrico, por meio da instauração da Audiência Pública n.º 32/2015²⁸⁷, dividida em quatro etapas, ao longo do ano de 2015. Dezenas de agentes enviaram contribuições em todas as etapas²⁸⁸. A participação dos agentes deu-se, ainda, em dezenas de reuniões com

²⁸⁶ O que Maria Paula Dallari Bucci chama de plano microinstitucional da política pública (*Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77 e seguintes).

²⁸⁷ Todo processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, no âmbito da ANEEL, deve ser precedido de audiência pública (cf. art. 4º, §3º, da Lei n.º 9.427, de 1996).

²⁸⁸ Na primeira etapa, pelo que se extraiu do Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19, foram enviadas 28 contribuições, da lavra de grandes empresas, associações de empresas atuantes no setor, estudiosos, pessoas físicas e entidades setoriais; na segunda etapa, foram enviadas 33 contribuições; na terceira etapa, 15 contribuições; e, na quarta etapa, 61 contribuições. Figuram dentre aqueles que enviaram contribuições escritas: ABCE, ABIAPÉ, ABRACE, ABRACEEL, ABRADÉE, ABRAGE, ABRAGEL, AES TIETÊ, ALIANÇA, APINE, ATIAIA ENERGIA, BRASIL PCH, BROOKFIELD ENERGIA RENOVÁVEL, CASA DE PEDRA ENERGIA SA, CCEE, CEEE-GT, CEMIG, CENTRAIS ELÉTRICAS CACHOEIRA DOURADA SA, CESP, COMPANHIA GERAÇÃO DE ENERGIA PILÃO, COOPERLUZ, COPEL, CPFL ENERGIA, DME ENERGÉTICA SA, DUKE ENERGY, EDP ENERGIAS DO BRASIL, ELETROBRAS, ENEL BRASI, ENEL GREEN POWER, ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL, ENERGISA, HIDRELÉTRICA ROSSI, INSTITUTO DE ENGENHARIA DO PARANÁ, LIGHT, NEOENERGY, PCH BRAÇO, PIEDADE USINA GERADORA DE ENERGIA, SANTO ANTONIO ENERGIA, TRACTEBEL ENERGIA, ÚNICA, VOTORANTIM ENERGIA. Possivelmente foram encaminhadas contribuições por agentes que não estão nesta seleção, pois não se encontrou a relação daqueles que enviaram contribuições na primeira etapa da Audiência Pública.

Diretoria e órgãos técnicos da ANEEL²⁸⁹, bem como, no âmbito das reuniões públicas deliberativas da Diretoria da ANEEL²⁹⁰, pela realização de sustentações orais²⁹¹.

A extensa participação dos agentes, por si só, indica que essa presença tem um sentido material, muito além do mero cumprimento de formalidades legais pelos tomadores de decisão. Sinaliza apreciação efetiva das considerações apresentadas, porque, no mínimo, chama a atenção para determinados fatos e soluções, os quais talvez o ente regulador não tivesse considerado antes²⁹², ainda mais quando o dever de motivação impõe às decisões administrativas o ônus de superar expressamente as considerações dos agentes²⁹³. Além disso, trata-se de agentes que interagem regularmente com o ente regulador. Não haveria razão de despenderem recursos, na comunicação reiterada com o ente público, se soubessem, de antemão, que suas considerações de nada valeriam na apreciação dos temas. É igualmente difícil encontrar fundamentos para concluir que a disponibilidade da ANEEL para a realização de tantas reuniões com os agentes privados não teria passado de *jogo de cena* do ente regulador. Na verdade, basta um olhar rápido sobre o teor das manifestações técnicas e decisões da Diretoria colegiada, no âmbito do Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19, para comprovar que as considerações e argumentos dos agentes são frequentemente objeto de

²⁸⁹ No Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19, está registrada a realização de reuniões em 12.02.2015 – em que participaram representantes da APINE, ENDESA, Neoenergia, Duke Energy, EDP, CPFL, AES Tietê e Tractebel –, em 06.03.2015 – com representantes da CPFL, Tractebel, AES Tietê, CESP, ABRAGE e Furnas –, em 23.03.2015 – com representantes da APINE, EDP, ENDESA, Duke Energy e CPFL –, em 27.08.2015 – com representantes da Tractebel, Neoenergia, AES Tietê, Duke Energy, APINE, Enel Brasil, CEMIG, Brookfield, CPFL –, em 03.09.2015 – com representantes da BRAM, Bradesco BBI, SPX e APX –, em 03.09.2015 – com representantes da Cemig, CPFL, Tractebel, Copel, EDP, Enel Brasil, Brookfield Duke Energy, AES Tietê, Neoenergia, CPFL e APINE – em 04.09.2015 – com representantes da EDP –, em 10.09.2015 – com representantes da Santo Antônio Energia –, em 10.09.2015 – com representantes de Furnas, ABRAGE, Enel Brasil, Norte Energia, Tractebel, Duke Energy, QG Energia, Eletronorte, AES Tietê, Light, Copel Geração e Transmissão –, em 16.09.2015 – com representantes da Enel Brasil –, em 24.09.2015 – com representantes da CPFL –, em 30.09.2015 – com representantes da Brookfield, Copel, AES Tietê, APINE, Neoenergia, Tractebel, Cemig e CPFL –, em 05.10.2015 – com representantes da ABRAGEL –, em 05.10.2015 – com representantes da EMAE, Furnas, Copel Geração e Transmissão, ABRAGE, AES Tietê, Cemig, Queiroz Galvão Energia, Enel Brasil e Eletronorte –, em 25.11.2015 – com representantes da ABRAGEL, Silea, Atiaia Energia, Renova Energia, Minas PCH, Brookfield, Copel, Starkraft, CPFL, ECBRASIL –, em 25.11.2015 – com representantes da APINE, AES Tietê, Duke Energy, Copel, Enel, Brookfield, Neoenergia, Tractebel e CPFL –, em 26.11.2015 – com representantes da Santo Antônio Energia –, em 10.12.2015 – com representantes da ABRAGE, Furnas, Norte Energia, AES Tietê, Duke Energy, Enel Brasil, CESP, Copel Geração e Transmissão, Light, Cemig Geração e Transmissão – e, em 18.12.2015 – com representantes da ESBR.

²⁹⁰ Conforme os termos do art. 4º, *caput*, da Lei n.º 9.427, de 1996, e 8º e seguintes do seu Regimento Interno (aprovado pela Portaria MME N.º 349, de 28 de novembro de 1997), as decisões da ANEEL são tomadas, em regime de colegiado, por sua Diretoria, em reuniões públicas, com calendário e pauta previamente divulgados, transmissão ao vivo pela Internet e resultados publicados no D.O.U..

²⁹¹ No Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19, há registro de que sustentações orais tenham se dado pelo menos nas seguintes ocasiões: na 35ª Reunião Pública Ordinária, no 22 de setembro de 2015, pela Casa de Pedra Energia; na 36ª Reunião Pública Ordinária, no dia 29 de setembro de 2015, pela ABRACEEL; e, na 41ª Reunião Pública Ordinária, no dia 3 de novembro de 2015, pela ABRAGEL, Minas PCH S.A., CPFL Energias Renováveis S.A., Brookfield Energia, Cooperluz e Brasil PCH.

²⁹² *De outro lado, todo argumento, por sua presença, chama a atenção do auditório sobre certos fatos, o introduz à força em certas áreas em que talvez ele não houvesse pensado antes e, desse modo suscita objeções contra o que talvez já estivesse adquirido pelo orador: 'Falar a um indivíduo de uma coisa, quer para dizer bem, quer para dizer mal, pode dispor esse indivíduo, se ainda não o estiver, a ocupar-se dessa coisa, ou aumentar essa disposição, se já a tiver'* (PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 545-546).

²⁹³ Nos termos dos arts. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII, 38, §§1º e 2º, e 50 da Lei n.º 9.784, de 1999.

análises extensas e aprofundadas, ainda que para serem refutadas. Nesse sentido, o voto do Diretor Relator, na 30ª Reunião Pública Ordinária, realizada no dia 18 de agosto de 2015, dá conta de que a construção do entendimento da ANEEL partiu das considerações encaminhadas por todos os agentes, registrando expressamente que 9 contribuições foram *aceitas total ou parcialmente*. Na 41ª Reunião Pública Ordinária, no dia 3 de novembro de 2015, o Diretor Relator registra que *8 foram aceitas ou já consideradas e 7 parcialmente aceitas*. Dessa forma, não há como afirmar que a participação dos atores privados, no âmbito do processo administrativo, não realiza efetivamente o contraditório e a ampla defesa, sendo apenas um *faz de conta*. Pelo contrário, há comprovação concreta de que, de fato, a presença desses sujeitos é capaz de influir nas decisões do ente regulador.

A documentação contida no Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19 mostra-se complexa para um profissional com formação estritamente jurídica, o qual terá dificuldade na compreensão de diversos pontos do debate entre agentes públicos e privados. A discussão, de fato, demanda base econômica sólida e profundo conhecimento da regulação setorial, no campo da geração e da comercialização de energia elétrica. Por essa razão, o zelo do ente regulador demonstra-se – não só pela ampla abertura à participação, comprovada acima – como pela produção de robusta instrução técnica a anteceder todas as decisões do ente público. Nesse viés, encontram-se, no processo administrativo em foco, diversas notas técnicas sobre a questão em debate, as quais materializam estudos pautados em grande volume de dados, simulações técnicas, gráficos e equações matemáticas²⁹⁴. Só após a realização dessa discussão técnica é que a Diretoria colegiada passa a decidir, sendo certo que a justificação das decisões também reflete uma qualidade própria de órgão com *expertise* no assunto.

Há um grande contraste com o debate sobre o mesmo tema ocorrido no âmbito judicial. A questão não é só de zelo. É mais profunda. Em primeiro lugar, vê-se que a discussão no ambiente judicial sequer se desenvolve em bases *racionais*. Isso foi ilustrado acima²⁹⁵, quando se mostrou a distinção entre o requerimento administrativo da APINE – pelo qual expressamente pediu a imputação dos custos da geração deficiente de energia aos consumidores – e o seu requerimento judicial – em que não toca na palavra *consumidores*, criando uma fantasia para o Judiciário, como se pudesse ser beneficiado sem o esperado impacto em

²⁹⁴ A exemplo das Notas Técnicas de n.º 038, de 19 de maio, 134, de 5 de agosto, 146, de 12 de agosto, 177, de 31 de agosto, 193, de 21 de setembro, 197, de 28 de setembro, e 238, 29 de outubro, todas referentes ao ano de 2015, elaboradas conjuntamente pela Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG e pela Superintendência de Regulação Econômica e Estudos de Mercado.

²⁹⁵ Cf. subseção 3.1.1..

terceiros. Na verdade, a atuação de quaisquer agentes destoa em suas alegações administrativas e judiciais. As manifestações administrativas possuem certa profundidade técnica e um caráter propositivo que não se vê naquelas apresentadas, pelos mesmos agentes, no meio judicial. Isso sugere que os agentes atuam sob motivações distintas nos dois espaços. No processo administrativo, a participação mira o *convencimento* do ente regulador e de todos os agentes privados que dele participam; observa-se o *caráter racional da adesão*, para o que se faz necessária a apresentação de *fundamentos racionais*. No processo judicial, pelo contrário, o objetivo é a *persuasão* do juiz, isto é, unicamente o resultado positivo do requerimento apresentado, para o que *fundamentos não racionais* podem mostrar-se não só suficientes como até necessários²⁹⁶. Nesse sentido, talvez os magistrados não tivessem sido simpáticos à ideia de que outros agentes, incluindo os consumidores, seriam impactados com os requerimentos da 1ª fase do GSF. A utilização de retórica *persuasiva*, com a omissão de aspectos fáticos e regulatórios fundamentais para a compreensão do tema, foi imprescindível para o êxito dos requerentes. Por outro lado, não se ousou utilizar o mesmo nível de argumentação no meio administrativo, onde sequer seria levada a sério.

Essa diferença de qualidade entre o debate administrativo e o judicial opera-se por algumas razões, as quais, por si só, representam também contrastes entre o processo administrativo e o judicial. Uma delas é que o juiz não é um *expert* no tema submetido ao seu controle. O exercício da magistratura, de fato, não exige conhecimentos específicos de economia e de regulação do setor elétrico²⁹⁷. Assim, na esfera judicial, a complexa regulação sobre comercialização de energia elétrica é submetida a autoridade julgadora que pode não ter formação sobre as disciplinas básicas para sua compreensão, nem nunca ter tido contato anterior com a matéria. Essa qualidade do juiz invoca uma abordagem completamente diferente do agente privado na apresentação de seu requerimento, em relação ao modo como age na esfera administrativa – os *auditórios* são distintos: *como a argumentação visa a obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteira, relativa ao auditório que procura influenciar*²⁹⁸.

²⁹⁶ (...) Stevenson faz distinção entre os métodos de fundamentação racionais e não racional. Uma fundamentação é racional quando os fatos podem ser expostos como razões; ela é não racional ou persuasiva quando se recorre a outros meios para influenciar. (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 53-54). Ainda sobre a distinção entre *persuasão* e *convencimento*, confira-se PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 559-560, e PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 29-34.

²⁹⁷ Nesse sentido, confira-se o Edital de Abertura do XVI Concurso Público para provimento de cargo de Juiz Federal Substituto, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Disponível em: http://www.cespe.unb.br/concursos/TRF1_15_JUIZ/arquivos/EDITAL_ABERTURA_XVI_PUBLICADO.PDF. Acesso em: 12.06.2017.

²⁹⁸ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 21. Em outras palavras: [a] noção de auditório é central na retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143).

Uma das tarefas do *orador* ou daquele que argumenta é tentar descobrir qual o auditório para o qual fala²⁹⁹. O agente que atua no setor elétrico não sabe exatamente qual o magistrado analisará seus pedidos judiciais, mas consegue presumir, com alto grau de probabilidade, que quem quer que analise seu requerimento não conhece o setor mais do que ele, nem mais do que o ente regulador; não conhece as nuances da matéria e, possivelmente, nem mesmo alguns de seus pontos mais básicos³⁰⁰. Nesse tema, portanto, o juiz apresenta-se como um *ser de sugestão*, e não como um *ser lógico*³⁰¹, não sendo surpreendente que o requerente se valha de apelo ao irracional na tarefa de obter a adesão daquele. Em contrapartida, como visto, o processo administrativo, no âmbito da ANEEL, conta não apenas com decisões lavradas por um colegiado de *experts* – seus 5 diretores³⁰² – como são sempre precedidas de instrução técnica, por seu quadro de especialistas em regulação³⁰³. Aqui é menor o espaço para aventuras pautadas em razões muito destoantes do quadro regulatório. A baixa expectativa de êxito nessas hipóteses desencoraja esse tipo de iniciativa, ainda mais que *[u]m argumento fraco, facilmente refutável, prejudica o prestígio de quem se compromete, com isso, a defendê-lo contra as eventuais objeções*³⁰⁴.

As diferenças entre o *auditório judicial* e o *auditório administrativo* vão além da autoridade julgadora. Viu-se que os demais agentes atuantes no setor participam ativamente do debate administrativo. Trata-se de corpo heterogêneo³⁰⁵, com interesses antagônicos, os quais

²⁹⁹ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 22.

³⁰⁰ Nesse sentido é o prognóstico de Marçal Justen Filho: (...) a matéria objeto da competência decisória da agência é, por sua própria natureza, específica e complexa. Os agentes administrativos vinculados à agência são titulares de conhecimentos técnicos correspondentes, que lhes permitem uma avaliação muito mais adequada, ágil e satisfatória do conteúdo dos litígios. A pretensão do particular pode ser compreendida, de modo muito mais imediato, pelo árbitro administrativo do que por um magistrado. Isso significa que a submissão do litígio à decisão da agência também se justifica pela constatação das dificuldades que entranham o desenvolvimento da atividade jurisdicional. Um processo judicial demandará anos para encerrar-se, com decisões que – em muitos casos – revelarão ausência de condições do magistrado apreender mesmo a natureza essencial da controvérsia. (...) Em grande parte dos casos, a atividade das agências refletirá conhecimentos técnico-científicos e atuação de especialistas. Os juízos e avaliações em que se fundam as decisões das agências poderão exteriorizar um conhecimento especializado dificilmente acessível ao funcionamento comum e normal do Poder Judiciário, cuja renovação na via judicial seja extremamente problemática. (O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 557 e 591). Na mesma linha, Egon Bockmann Moreira: A análise do conteúdo da norma, especialmente quando estão em debate assuntos com alto grau de detalhamento técnico e científico, como, por exemplo, as normas do departamento de saúde que estabelecem o nível permitido de certas substâncias perigosas na gasolina, ou as normas que criam restrições à comercialização de um produto alimentício, são de difícil revisão pelo judiciário. Diz-se, inclusive, que o judiciário não tem legitimidade democrática para realizar este controle, por faltar-lhe capacidade técnica (Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). O poder normativo das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 148)

³⁰¹ SCOTT, Walter Dill. Influencing Men in Business. The psychology of argument and suggestion. *apud* PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 60.

³⁰² Cf. art. 4º, *caput*, da Lei n.º 9.427, de 1996.

³⁰³ Conforme art. 9º, §1º, do Regime Interno da ANEEL (aprovado pela Portaria MME Nº 349, de 28 de novembro de 1997): Art. 9º A Diretoria deliberará sobre as matérias de sua competência com, no mínimo, três votos convergentes. § 1º As matérias submetidas à deliberação da Diretoria, devidamente instruídas com as informações e pareceres técnicos e jurídicos, serão relatadas por um Diretor, o qual será o primeiro a proferir voto. (...)

³⁰⁴ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 545.

³⁰⁵ Observa-se das Notas de Rodapé n.ºs 288, 289 e 291, que da discussão participam representantes de todos os grupos de agentes que operam no mercado de energia elétrica. Assim, há figuras atreladas ao grupo dos geradores – caso, por exemplo,

se afloram numa discussão sobre tema que repercute no mercado de curto prazo e, portanto, na órbita de interesses de todos. Ora, no processo judicial, a argumentação podia constituir-se de teses incapazes de convencer pessoas com capacidade de entendimento diversa daquela do magistrado. A despeito dessa fraqueza relativa, a persuasão do juiz bastaria para que a argumentação fosse considerada exitosa. Entretanto, a mesma argumentação fragiliza-se tanto maior e mais plural for o auditório a que se submeta. Por outro lado, mostra-se de muito maior valor o raciocínio que resiste mesmo a um universo amplo e heterogêneo³⁰⁶. Esse último cenário está mais próximo do processo administrativo. Nele a argumentação que deixa a racionalidade tende à ineficácia, pois suas falhas não passarão despercebidas por um órgão julgador *expert*, nem pelos demais agentes – nesse caso, tanto por sua *expertise* quanto por representarem uma heterogeneidade de interesses. A qualidade (diversidade) daqueles que participam do processo administrativo o aproximam do que Perelman e Olbrechts-Tyteca chamam de *auditório universal*, em face do qual a argumentação deve convencer (ou tem mais chance de convencer) pelo *caráter coercivo das razões fornecidas*³⁰⁷. O *auditório administrativo* pode não ser universal, mas tende a ser bem mais diverso e exigente do que aquele de um processo judicial típico, como quaisquer daqueles que trataram do GSF³⁰⁸.

O contraste entre processo administrativo e judicial acentua-se quando se salientam as decisões proferidas liminarmente, sem prévia instrução probatória e, frequentemente, sem a oitiva dos réus. A ironia é que os Diretores do ente regulador, *experts* no assunto, não dispensam instrução técnica, mas o juiz, um imperito, não só pode, como costuma fazê-lo. No processo judicial, a instrução constitui o meio entre a demanda e o provimento; *as razões e as provas*, se o provimento desejado for uma decisão judicial. Isso, pois *a demonstração é o complemento da demanda*, e, como o juiz deve decidir conforme a justiça, é natural que busque apreciar a demonstração antes de decidir sobre a demanda³⁰⁹. Entretanto, não é isso que se costuma ver,

da ABRAGE, da ABRAGEL e da APINE –, como também das comercializadoras de energia – ABRACEEL –, das distribuidoras – ABRADÉE – e dos consumidores – ABRACE.

³⁰⁶ *Toda a argumentação que visa somente a um auditório particular oferece um inconveniente, o de que o orador, precisamente na medida em que se adapta ao modo de ver de seus ouvintes, arrisca-se a apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo francamente opostas, ao que admite outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ele se dirige. (...) Daí a fraqueza relativa dos argumentos só são aceitos por auditórios particulares e o valor conferido às opiniões que desfrutam uma aprovação unânime, especialmente da parte de pessoas ou de grupos que se entendem em muito poucas coisas* (PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 34-35).

³⁰⁷ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 35.

³⁰⁸ Nesse sentido, viu-se na subseção 3.1.1, que os requerentes sequer poderiam acreditar na viabilidade na solução proposta no meio judicial. A falta de honestidade ficou patente diante dos requerimentos da 2ª fase de GSF (subseção 3.2.1). Isso reflete o distanciamento da discussão travada no processo judicial daquele que se deveria ter perante o auditório universal. *Quem se dirige ao auditório universal está-se dirigindo também a si mesmo, visto que é um membro deste auditório. Por isso, na argumentação diante do auditório universal, ficam excluídas afirmações em que o mesmo orador não acredita e propostas que ele mesmo não aceita. Regem aqui, portanto, as condições já mencionadas de sinceridade e seriedade* (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 169).

³⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 107.

no Brasil, no controle judicial de políticas públicas, como demonstraram as informações trazidas no Capítulo 3. Aqui os magistrados se sentem confortáveis para produzir decisões sem precedência de instrução probatória. Isso, mesmo quando as premissas autorais se fundamentam em questões de complexo teor fático-econômico-regulatório, como ocorreu com a tese das requerentes no caso do GSF. Nesse cenário, a adesão à tese autoral é precipitada, pois o magistrado decide sem a instrução fundamental para sua demonstração. Sem a *saturação*³¹⁰ suficiente das premissas que a apoiam, a *justificação* torna-se inconsistente.

Ademais, essa postura descaracteriza o processo judicial como ambiente de debate racional, pois não lhe dá a estabilidade mínima que é necessária para o desenvolvimento da discussão. Não há como uma argumentação evoluir se, a todo instante, os oradores podem apelar para o *veto universal* contra a ideia a que se opõem e são dispensados de aduzir as razões pelas quais defendem a modificação da situação contestada. Com efeito, o discurso racional gira em torno da ideia de inércia, da qual decorre a necessidade de justificação da mudança. Igualmente, num processo judicial, impõe-se ao demandante o encargo probatório, *porque o direito se conforma à inércia*³¹¹. Assim, se houvesse pretensão de se criar um debate racional no âmbito do processo judicial, não se deveria admitir a possibilidade de a regulação do setor elétrico ceder a tese desacompanhada da justificação suficiente sobre a necessidade de sua mudança. A dispensa desse tipo de justificação equivale à renúncia ao debate racional, tal como ocorre com a banalização de decisões proferidas sem instrução probatória, pois o juiz, na condição de ouvinte, fica livre para aderir à tese de quem quer que seja, por quaisquer razões que entender, inclusive por razões de ordem exclusivamente interna³¹².

A desincumbência de dilação probatória somada à dispensa da ouvida prévia do ente regulador tornam difícil não atribuir à conduta do Judiciário certa falta de zelo. No Capítulo 3, viu-se que, em todas as fases da judicialização examinadas, a grande maioria das medidas liminares *posteciparam* o contraditório do ente público réu. Somando as 175 medidas liminares concedidas em todas as fases, apenas 23 foram precedidas de oitiva prévia da ANEEL ou da CCEE. Ou seja, em 87% das vezes, os magistrados resolveram interferir na atuação

³¹⁰ Por *saturação* entenda-se o exercício de preencher os espaços das premissas, no curso da justificação externa ou na prática da indução, até o ponto a argumentação se aproximar daquela que se veria num raciocínio puramente dedutivo (o que Robert Alexy chama de *regra de saturação* (Op. cit., p. 13)). Como disse Manuel Atienza: *todo argumento indutivo pode se converter em dedutivo se forem acrescentadas as premissas adequadas* (Op. cit., p. 27).

³¹¹ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 121. PERELMAN, Chaïm. *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 142, *Betrachtungen über die praktische Vernunft*, p. 219, *apud* ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 171.

³¹² *As premissas da argumentação consistem em proposições admitidas pelos ouvintes. Quando estes não estão ligados por regras precisas que os obrigam a reconhecer certas proposições, todo o edifício de quem argumenta funda-se apenas num fato de ordem psicológica, a adesão dos ouvintes* (PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 118)

administrativa, sem ouvir o ente público responsável e com base na opinião exclusiva de um único requerente. Do ponto de vista retórico, é compreensível a insistência dos agentes em que o requerimento liminar fosse apreciado *inaudita altera pars*. Afinal, *[q]uem pronuncia um discurso visando à persuasão (...) deve organizar bem seu tempo e a atenção dos ouvintes, sendo normal que conceda a cada parte de sua exposição um espaço proporcional à importância que gostaria de ver-lhe atribuída na consciência dos que o escutam*³¹³. Nessa perspectiva, oferecer a oportunidade de contraponto do ente regulador pode frustrar decisivamente a estratégia persuasiva do requerente. O que impressiona é a postura dos magistrados ao admitir esse tipo de concessão em tamanha escala. São imperitos no intrincado tema e renunciam à opinião dos *experts*. Nesse contexto, soa ingênua a lição da doutrina administrativista sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos. O mandamento torna-se vazio quando o controle judicial dá crédito antecipado à palavra de particular em desfavor do ente público de onde o ato teve origem.

Nas ações contra o Poder Público, a importância retórica da alegação de perigo de dano parece desviar a atenção das fragilidades da probabilidade do direito. Nas causas sobre o setor elétrico, que comumente giram em torno de altas cifras financeiras, essa percepção parece ainda mais verdadeira. No Capítulo 3, relacionou-se esse fenômeno ao êxito da retórica de esconder o impacto que os requerimentos provocariam em particulares terceiros. Ademais, a indeterminação sobre o significado da expressão *probabilidade do direito* parece conferir aos magistrados uma proteção – senão jurídica, pelo menos, psicológica – para a justificação inconsistente das medidas liminares. De todo modo, o termo *probabilidade do direito* sugere uma menor exigência de justificação das medidas liminares³¹⁴, e a prática do Judiciário aqui examinada mostra que, de fato, os magistrados têm acolhido as teses dos requerentes sem exigir

³¹³ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. Op. cit., p. 163.

³¹⁴ A divagação sobre o alcance dessa expressão, no plano teórico, não será objeto deste trabalho. O debate acadêmico mostra-se infrutífero, tanto pela vagueza da lei processual – que leva a discussão para um plano linguístico-semântico igualmente fluído (como no trecho: *Percebe-se, desde logo, que na tutela cautelar os seus requisitos, principalmente no que se refere ao fumus boni iuris, são mais tênues, bastando a aparência do direito material alegado. Na tutela antecipada exige-se a verossimilhança, que parece verdadeiro, a qual deve ser demonstrada por prova inequívoca, ou seja, de algo que tem o sentido de absolutamente incontestável. Mas, não se pode falar que se esteja diante de uma verdade absoluta, pois tudo é passível de questionamento. O que se tem nesse caso é um elevado grau de certeza, chegando muito próximo da verdade. Num juízo e escala de valor por parte do órgão jurisdicional, embora em ambos os casos não se esteja trabalhando no campo da certeza, percebe-se uma diferença quando da demonstração desses requisitos, pois na tutela antecipada busca-se um grau de certeza bem mais elevado, próximo da verdade e da certeza, enquanto que na tutela cautelar, contenta-se com a aparência do direito, a mera plausibilidade da alegação, ou seja, um juízo de probabilidade* (RUIZ, Ivan Aparecido. Antecipação da tutela no direito processual direito civil brasileiro: do nascimento à maioridade, mas, ainda, com dificuldade da sua adequada postulação e aplicação. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 388) – quanto pelo fato de que, na prática, o magistrado julgará o alcance da expressão como melhor lhe convier.

a comprovação necessária para essa adesão e sem importar-se com o contraponto do ente regulador – e muito menos com o dos demais agentes privados.

Uma última distinção entre os universos administrativo e judicial merece destaque, por ter sido uma das protagonistas do descontrole do controle judicial no caso do GSF (com o perdão do trocadilho). Relaciona-se ao número de autoridades julgadoras em cada esfera. No âmbito administrativo, as decisões sobre a regulação do setor elétrico concentram-se nas mãos de um único órgão, a Diretoria da ANEEL. As decisões judiciais, de outra banda, são pulverizadas entre as dezenas de magistrados atuantes no Brasil, apesar da concentração de ações nos órgãos do Distrito Federal. Como ilustrou o Capítulo 3, essa condição do controle judicial dá azo a provimentos contraditórios, num grau improvável de se ver no âmbito administrativo. Com efeito, é possível imaginar que duas decisões da ANEEL se mostrem contraditórias. Muito mais difícil, contudo, seria observar a ocorrência de múltiplos eventos de contradição num curto período de tempo ou mesmo num único dia, tal como é possível com o Judiciário. Imagine-se a dimensão desse problema, sob a ótica argumentativa, caso o Poder Judiciário fosse tomado como um único falante no discurso prático sobre a regulação da energia elétrica. Nesse cenário, a tentativa de equiparar o debate no Judiciário a uma situação de discurso prático racional falharia logo de princípio, pois estariam violadas as regras fundamentais para estabelecimento de uma *comunicação linguística* com pretensão de verdade ou correção³¹⁵. De fato, não há como travar um debate racional se, a todo instante, um indivíduo pode voltar atrás do que disse, realizar juízos de valor opostos para duas situações iguais ou tratar opostamente dois sujeitos em idêntica condição. Essa incoerência é comum no Judiciário, chegando ao cúmulo de uma decisão imiscuir-se ou desdizer o comando de outras decisões, como revelou o Capítulo 3.

A centralização da atividade confere ao ente regulador a possibilidade de prover o equilíbrio num setor em que frequentemente não é possível beneficiar um agente sem que outro venha a ter algum tipo de perda. A existência de um centro decisório oferece uma memória mais

³¹⁵ Tomando-se a referência da doutrina de Robert Alexy, das cinco regras fundamentais para o discurso prático geral, restariam violadas pelo menos aquelas enunciadas nos itens 1.1., 1.3 e 1.3', a seguir:

“I. As regras e formas do discurso prático geral

1. As regras fundamentais

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.

(1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 287).

compreensiva sobre tudo o que se decide e sobre todos os interesses que estão sendo afetados. Assim, possibilita uma composição mais equânime dos interesses em jogo, garantindo a paridade de perdas e ganhos entre os atores setoriais e a coerência do sistema regulatório³¹⁶. A seu turno, a pluralidade de órgãos judiciais, de um lado, potencializa a chance de quebra de isonomia formal ou de universalidade de tratamento, em relação a agentes com posição equivalente na matéria submetida ao controle. De outro lado, o controle judicial ocorre de forma atomizada ou fragmentada. Os órgãos não conhecem, de forma integrada, o que está sendo decidido pelos demais em relação à regulação da energia elétrica. Portanto, não conseguem harmonizar os interesses dos atores envolvidos, em prejuízo da estabilidade do sistema. Ademais, a tentativa de modificar um tópico regulatório de forma fragmentada dá azo a uma série de consequências imprevisíveis, a começar pela problemática de se criar tratamento distinto entre os indivíduos num ambiente concorrencial³¹⁷.

A partir dessas considerações, depreende-se que o meio que oferece as condições para uma definição mais estável da política pública regulatória é aquele que igualmente propicia a construção da melhor *verdade* sobre o tema. Sob o ângulo da *teoria consensual*, *somente um consenso fundado (ou fundamentado) serve como critério de verdade*, sendo que *[u]m consenso fundado é um consenso que se baseia “na força do melhor argumento”*. A situação ideal de fala de Habermas está bem distante do ambiente discursivo dos processos administrativo e judicial, pois, para ficar num só ponto, nenhum oferece *uma distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala*³¹⁸. Realmente, inexistente simetria de fala nesses meios, a começar pelo fato de que a autoridade julgadora sempre terá a palavra final na discussão. Isso não impede de se afirmar que cada processo chega a uma solução final, a uma verdade: a *verdade suficiente*, aquela possível de ser alcançada diante das limitações processuais³¹⁹. Sem dúvida se trata de uma verdade bastante precária, quando comparada à

³¹⁶ Cf. Nota de Rodapé n.º 152.

³¹⁷ Nessa linha é que Luiz Eduardo Araujo critica o controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras, lamentando a não possibilidade, no Brasil, *de controle de legalidade de regulamentos com efeitos transcendentais ao da relação processual subjetiva, tampouco o mecanismo do controle abstrato de legalidade*. O autor destaca o problema do controle difuso dos atos normativos regulatórios, o qual *torna possível que determinado agente regulado ingresse com ação judicial e obtenha medida liminar ou mesmo sentença com salvo-conduto para não cumprir, sem ser penalizado, uma norma regulatória, ao passo que essa norma permanece existente, válida e eficaz para todos os demais agentes econômicos*. Assim, *em razão da impossibilidade de se estender efeito para todas as decisões judiciais que apreciam a legalidade de atos normativos infralegais no caso concreto, divergentes são as soluções encontradas pelos administrados junto ao Poder Judiciário em relação a questões idênticas*. Essa situação provocaria dois efeitos nocivos: *O primeiro é que a norma regulatória, anteriormente vigente em relação a todos, passa a conter “furos”, e, ao longo do tempo, pode perder a eficácia pretendida. O segundo é o tratamento assimétrico dado a agentes econômicos idênticos, que, aliás, podem estar inseridos em ambiente concorrencial* (ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 156-157).

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Wahrheitstheorien apud ALEXY, Robert*. Op. cit., p. 108-111, 116-117, 123.

³¹⁹ Falando de maneira mais próxima aos paradigmas da *teoria da correspondência* (Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 108), Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de *verdade suficiente* aquela que se consegue alcançar, no processo judicial, dada as limitações

situação ideal *habermasiana*. Entretanto, a possibilidade de comparação com a situação ideal de fala permite fazer um juízo de valor sobre a qualidade de um ambiente discursivo. Pode-se ainda comparar dois ambientes distintos, segundo o critério de maior aproximação com essa situação em que o debate se daria sob o mais alto padrão de racionalidade. Nessa perspectiva, a comparação estabelecida acima mostra que o processo administrativo se sobressai como um ambiente em que o discurso se dá com maior racionalidade. O processo decisório administrativo é mais aberto à participação dos agentes afetados; e o debate, mais qualificado, pela existência de um auditório mais heterogêneo e dotado de maior conhecimento sobre a matéria em discussão. Nesses termos, é possível concluir que o processo administrativo é melhor protegido contra decisões arbitrárias e, portanto, oferece um ambiente de maior convergência à necessária estabilidade regulatória do setor elétrico.

O fato de o debate judicial se sobrepor ao administrativo³²⁰ torna mais graves as desvantagens do primeiro em relação ao último. O que deveria funcionar como válvula de oxigenação do debate regulatório torna-se, na verdade, sua própria asfixia. Com efeito, sob esse ângulo, é contraditório que o controle judicial invoque a bandeira da *democracia procedimental*, na perspectiva de ampliação do *grau de abertura cognitiva do sistema* e de maior *heterolegitimação* às políticas públicas³²¹, sob a premissa da insuficiência do tradicional sistema político-representativo^{322 323}. É fácil extrair do caso do GSF como a via judicial pode ser utilizada, pelo contrário, para limitar a participação dos demais agentes no debate sobre as políticas públicas do setor. Enquanto transcorria, no bojo do Processo Administrativo n.º 48500.006210/2014-19, a Audiência Pública n.º 32/2015, o controle judicial era a rota de fuga utilizada pelos agentes que desejavam escapar do pluralismo daquele diálogo e impor sua visão unilateral sobre todos os demais. O ajuizamento da ação judicial veiculou a vontade de não debater, e não de ampliar o debate. Nos moldes como se deram, as decisões judiciais realmente materializaram a vontade de um único sujeito privado sobre todo o sistema regulatório, já que

desse meio, sendo *inevitável que a verdade não possa surgir possa surgir, no processo judicial, a todo custo*. Assim, *nem sempre a verdade das coisas corresponderia à justiça dos julgamentos* (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2016, 125-126).

³²⁰ Dado o princípio do acesso à justiça (cf. art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

³²¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª. ed. (ano 2005), 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 40.

³²² Nessa linha, Egon Bockmann sustenta: *Os dados obtidos por amostragem nas agências brasileiras são representativos de um fenômeno mundial: o custo da regulação e a respectiva participação. A procedimentalização das decisões normativas confere transparência à ação das agências, mas tem como resultado não uma participação popular legitimadora, mas a institucionalização da “teoria da captura” dos reguladores* (Op. cit., p. 161).

³²³ Importante registrar que aqui nunca se defendeu o processo administrativo-regulatório como modelo perfeito de realização do ideal democrático. Existem, de fato, falhas de representatividade dos agentes, no processo administrativo-regulatório, que são inegáveis, tal como demonstramos no artigo ARAGÃO, Cid Arruda. *A compensação da assimetria de fala no processo regulatório como critério na definição da regulação sobre o fornecimento de energia elétrica*. Revista da AGU. No prelo.

nem mesmo a Justiça mostrava domínio da matéria que estava a decidir. Todos os demais agentes são excluídos do processo decisório judicial e, na maioria das vezes, também os entes públicos réus. Diz-se que a *agência reguladora carecerá de legitimidade democrática se for ela instrumento de ampliação das deficiências do sistema político*³²⁴; aqui tal carência merece ser atribuída ao controle judicial sobre a agência reguladora.

4.2. Controle judicial sobre a atividade regulatória: uma necessidade com ressalvas

Não se pretende aqui fazer uma crítica absoluta sobre a participação do Poder Judiciário em torno da regulação do setor elétrico. Por mais que se defenda a robustez do procedimento administrativo, seu processo decisório não está blindado de arbitrariedades. Nesse contexto, controle judicial é peça chave na *accountability* da Administração Pública, razão pela qual, sendo realizado de forma adequada, pode contribuir para um quadro regulatório mais estável e previsível e contribuir para o desenvolvimento das atividades econômicas relativas ao setor elétrico³²⁵.

O caso do GSF é exemplo de atuação problemática do Judiciário, mas também de como a participação desse órgão pode ser determinante para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Nesse caso, a desestabilização das atividades comerciais de energia elétrica produziu efeitos econômicos negativos graves. Além disso, é lógico pensar que a trivialização da interferência judicial na regulação do setor elétrico fragiliza todos marcos jurídicos da matéria – e, portanto, toda a estrutura de incentivos a que se sujeitam os agentes privados –,

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrática na “Regulação Independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

³²⁵ Nesse sentido ensina o professor Ivo Gico: *Não obstante, considerando que instituições formais e informais (cfr. North, 2007 [1990]) são – em larga medida – idiossincráticas de cada povo, no Brasil, ainda há pouca discussão acerca de como tais instituições são criadas e quais são mais benéficas ou prejudiciais a esse empreendimento coletivo que é a busca pelo desenvolvimento. Do ponto de vista das instituições formais, há pouca pesquisa acerca de como os agentes sociais se mobilizam para a criação de regras de direito (Rule of Law) e quais as estruturas de incentivos necessárias para que isso ocorra. Nesse contexto, o Judiciário desempenha um papel fundamental, pois o sistema legal é estruturado substancialmente sobre essa organização e seu desempenho pode determinar, em última instância, quão bem funciona o sistema de governança da sociedade brasileira. Há evidências empíricas persuasivas de que sistemas judiciais bem estruturados contribuem para o crescimento econômico (cfr. Sherwood, Shepherd, & Souza, 1994; Pinheiro, 1996).* Além disso, o professor, analisando a função econômica do Judiciário, destaca seu papel na alocação eficiente de recursos na sociedade e na criação de um ambiente de confiança entre os indivíduos, evitando o desperdício de recursos para a proteção contra comportamentos oportunistas e contra a desconfiança recíproca. Nessa perspectiva, *[a] função econômica do Judiciário é atuar como um terceiro desinteressado capaz de impor às partes, ex post, as obrigações assumidas ex ante, fazendo com que o retorno esperado do comportamento deviante seja negativo. Como o comportamento deviante deixa de ser lucrativo para o agente econômico, as promessas realizadas por cidadãos e grupos políticos passam a ser críveis e supera-se, assim, o problema da desconfiança recíproca. O resultado é cooperação* (GICO Jr., Ivo T. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, PPG-ECO, 2012, p. 5, 12-20). Também Vanessa Boarati: Por fim, vale ressaltar ainda o papel do Judiciário, que também ajuda a estimular o crescimento, reduz falhas de mercado e diminui a instabilidade da política econômica. Um sistema judicial eficiente contribui para reduzir problemas como comportamento oportunista por parte dos agentes. Ademais, ao proteger a propriedade e os direitos contratuais estimula o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico (*Economia para o direito*. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 75).

mesmo que não componham o objeto específico do controle externo. Assim, o controle judicial pode afetar diretamente a qualidade dos serviços prestados. Com efeito, uma empresa concessionária tenderá a agir com menor diligência se souber que possui chance significativa de não sofrer ou de retardar o incentivo negativo esperado pela má execução do serviço público, bastando para tanto que ingresse com ação judicial. Igualmente poderá exigir custo maior pela prestação dos serviços se estimar que não há chance de não receber a remuneração prevista, em razão da possibilidade de ser afastada, arbitrariamente, por meio de ação judicial ajuizada por outros agentes com interesses contrapostos. Desse modo, a confiabilidade e a modicidade do sistema elétrico são comprometidos, pela maior chance de indisponibilidade de uma obra necessária a seu bom funcionamento ou pela exigência da iniciativa privada de maiores preços para o desempenho da atividade, para ficar em dois exemplos.

Por outro lado, a interferência judicial no caso do GSF instou alteração permanente e significativa no quadro regulatório, materializada na Lei n.º 13.203, de 8 de dezembro de 2015. A despeito dos custos registrados no parágrafo anterior, há espaço para defender que o controle judicial atuou como um catalisador para a evolução da regulação setorial. De fato, foi editada a Medida Provisória n.º 688, de 11 de dezembro de 2015, convertida na Lei n.º 13.203, de 2015, em que se apresentou uma solução legal justa ao quadro de instabilidade criado pelas ações judiciais sobre o Fator GSF, garantindo às concessionárias de geração de energia hidrelétrica a possibilidade de repassar o risco hidrológico aos consumidores, mas estabelecendo contrapartidas para os últimos. Assim, previu-se a possibilidade de repactuação do risco hidrológico relativo à energia contratada no ACR, o que significaria que, a partir do *pagamento de prêmio de risco pelos geradores hidrelétricos*, suas obrigações perante o MCP poderiam ser repassadas aos consumidores, mas também seus direitos referentes à liquidação da energia secundária (art. 1º, §1º). A solução legal, portanto, foi bem diversa do objeto das ações judiciais de 1ª fase, pelos quais os geradores hidrelétricos requereram livrar-se do risco da geração deficitária (álea negativa), sem oferecer qualquer contrapartida aos consumidores e, ao mesmo tempo, preservar os ganhos referentes à geração superavitária (álea positiva), isto é, à chamada energia secundária. A Resolução ANEEL n.º 684, de 11 de dezembro de 2015 – cuja edição foi precedida de longo debate com os atores do setor, no âmbito da Audiência Pública n.º 32/2015, acima referida –, regulamentou a Lei. Nesse regulamento, foram oferecidas aos geradores três classes de repactuação (art. 4º, §1º):

- I – classe P, na qual o gerador permanece com a propriedade da energia secundária;*
- II – classe SP, na qual a energia secundária também é transferida ao consumidor;*

III – classe SPR, na qual, além da energia secundária, o gerador transfere ao consumidor o risco de redução da garantia física.

A Resolução define que, para as classes *P* e *SP*, o gerador deverá definir o nível de insuficiência de geração do MRE que suportará, por meio de fator, denominado *f*, estabelecido entre zero e 11%, com variação por ponto percentual e para a classe *SPR* o fator *f* será zero (art. 4º, §2º). O prêmio a ser pago consta de tabela anexa à Resolução, variando conforme a classe escolhida pelo gerador. Para a energia contratada no ACL, a repactuação do risco hidrológico dar-se-á por meio de pagamento de prêmio de risco equivalente à assunção dos direitos e obrigações vinculados à capacidade existente de energia de reserva (arts. 1º, §4º, da Lei, e 7º, da Resolução). *A diferença fundamental em relação à proposta do ACR é que a repactuação de risco no ACL não se dá via transferência do risco entre as partes, mas via transferência do hedge representado pela energia de reserva*³²⁶.

O art. 1º, §10, da Lei, torna nítido o fato de que mecanismo normativo foi criado a partir das demandas judiciais sobre o GSF, condicionando a adesão à repactuação pelo gerador à desistência da ação judicial em que se requer isenção ou mitigação de riscos hidrológicos relacionados ao MRE e renúncia a quaisquer alegações de direito referentes a essa questão. Ademais, a despeito de se oferecer a possibilidade de repactuação, a Lei, logo em seu art. 1º, *caput*, deixa claro que o risco hidrológico é suportado pelos agentes de geração hidrelétrica participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE. Por conseguinte, o discurso da lei não é de assunção pelo Poder Público da responsabilidade pela judicialização do tema – algo plausível, já que sua solução equilibra os interesses dos atores envolvidos (geradores e consumidores), divergindo do conteúdo dos requerimentos judiciais, o qual propunha vantagem jurídica impraticável para os geradores.

Importante registrar: a proposta de repactuação oferecida pela Lei n.º 13.203 não foi capaz de dar um desfecho definitivo à judicialização do GSF. Apesar da adesão à repactuação por 56 agentes³²⁷, a persistência de medidas liminares favoráveis aos geradores desencorajou-os a optar pelo caminho legal. Essa é a razão pela qual as ações judiciais continuam a comprometer a atividade de comercialização de energia elétrica, notadamente do mercado de curto prazo³²⁸.

³²⁶ Cf. Nota Técnica n.º 238/2015-SRM-SRG/ANEEL, de 29/10/2015 (atuada na ANEEL sob o n.º 48580.002421/2015-00)

³²⁷ Conforme informações oriundas da Carta CT-CCEE n.º 0615, de 12 de abril de 2017 (atuada na ANEEL sob o n.º 48580.000651/2017-00-1).

³²⁸ Cf. informações trazidas na subseção 3.3.3.

As ações judiciais do GSF foram meio para o comportamento oportunista de agentes privados³²⁹, os quais quiseram obter recursos financeiros desatrelados do desempenho das atividades para as quais foram contratados e às custas de redistribuição dos recursos dos demais agentes. Contudo, pode-se supor que elas não se trataram *apenas* de atitude oportunista diante da assimetria de informação do Judiciário. Nessa premissa, deixando de lado as razões e os requerimentos que foram realizados, seria possível extrair, nas ações de 1ª fase, o desejo dos agentes de reformatação do negócio de geração, a fim de sujeitá-lo a menor margem de risco³³⁰. Esse desejo econômico geral parece conformar-se com o atual modelo do setor, pautado no estímulo aos investimentos privados, razão pela qual, sendo do interesse dos agentes privados atuar numa atividade sujeita a menores riscos – ainda que ao custo da diminuição da remuneração esperada –, o ente regulador deve estar atento a esse tipo de exigência. Se a exigência não implicar *tradeoff* que coloque a qualidade dos serviços prestados em situação desvantajosa, mais consideração a ela deve ter o ente regulador. Igualmente, viu-se que a repactuação prevista na Lei n.º 12.203, de 2015, teve por objeto primário recompor o mercado de energia a partir de solução que pusesse fim à judicialização do GSF. Contudo, pode-se supor também que, a despeito dessa motivação, a solução legal tenha representado uma evolução positiva para a regulação, na mesma perspectiva apresentada anteriormente neste parágrafo. Desse modo, na suposição de poder ser atrelado às ações judiciais um interesse econômico legítimo dos agentes privados e de se considerar a repactuação como um incremento positivo ao acervo regulatório, seria possível concluir que o controle judicial do GSF teve uma função positiva, atuando como um catalisador da evolução regulatória do setor elétrico.

Apesar de ilustrar um papel positivo que o controle judicial pode oferecer à regulação nesta área econômica, a suposição acima, ainda que verídica, representa uma visão bastante generosa da atuação do Poder Judiciário. Isso, pois não se pode afirmar *a priori* que os

³²⁹ Comportamento conhecido, na doutrina econômica, como *rent-seeking*, onde determinado um indivíduo busca obter benefícios pessoais por meio da transferência de riqueza oriunda de outros indivíduos, gerando custos sociais, já que recursos são despendidos em atividade distributiva não produtiva (HILLMAN, Arye L., URSPRUNG, Henrich W. *Rent seeking: The idea, the reality, and the ideological resistance*. For presentation, Department of Economics, International Trade and Development Seminar, University of Pittsburgh, October 7, 2015. Disponível em: <http://www.econ.pitt.edu/sites/default/files/Hillman.Rent%20seeking.2015.pdf>. Acesso em: 19.06.2017. CONGLETON, Roger D., HILLMAN, Arye L., KONRAD, Kai A. *Forty Years of Research on Rent Seeking: An Overview*. June, 2008. In: in Roger D. Congleton, Arye L. Hillman, and Kai A. Konrad (eds), *Forty Years of Research on Rent Seeking volumes 1 and 2*, Heidelberg: Springer, pp. 1-42. Disponível em: http://www.tax.mpg.de/fileadmin/TAX/pdf1/2008-introduction_rent_asking_june_16_2008.pdf. Acesso em: 19.06.2017. PASOUR, E. C. 1983. *Rent seeking: some conceptual problems and implications*, *Review of Austrian Economics*, vol. 1, no. 1, pp. 123–43. Disponível em: http://library.mises.org/sites/default/files/rae1_1_8_5.pdf. Acesso em: 19.06.2017).

³³⁰ Por sinal, a evolução da regulação sobre a geração de energia elétrica vem seguindo a linha de diminuição de riscos para a atividade. Nesse sentido, por exemplo, foi a criação do sistema de cotas de garantia física pela Lei n.º 12.783, de 2009, para a prorrogação dos contratos de concessão de geração, em que os riscos decorrentes da atividade são assumidos pelas concessionárias e permissionárias de geração (art. 1º, §5º).

benefícios desse efeito catalisador do controle judicial justifiquem a implementação de mudanças regulatórias sob quaisquer custos. No caso do GSF, por exemplo, é difícil demonstrar que os benefícios porventura gerados à regulação, com a edição da Lei n.º 12.203, tenham compensado o ônus financeiro imposto aos credores do mercado de curto prazo e os custos mais abstratos decorrentes do desequilíbrio do comércio de energia elétrica. Ademais, há um problema teórico em aceitar-se, generalizada e aprioristicamente, a elaboração de regulação motivada por ações judiciais como algo positivo. Em primeiro lugar, é tarefa intrincada desfazer a zona de incerteza acerca da imparcialidade técnica do resultado regulatório obtido sob a pressão das decisões judiciais, isto é, apurar se a regulação produzida atende à plena racionalidade regulatória e ao equilíbrio dos interesses de todos os agentes (inclusive dos consumidores) ou se beneficia, ainda que parcamente, os requerentes das ações judiciais. Nesse sentido, haverá sempre uma tendência de beneficiar aqueles que propuseram a ação judicial. Isso, em vista de verdadeira coação para que a proposta regulatória do Poder Público seja atrativa o suficiente para os litigantes – sobretudo para aqueles favorecidos por liminares –, a ponto de exortá-los a desistirem das ações judiciais propostas. Se não obedecer a esse ditame, o incremento regulatório não terá aptidão de resolver o imbróglio judicial, que foi a razão primeira para seu advento. Assim, o ente regulador, refém dos indivíduos favorecidos por medidas liminares e disposto a pôr fim a judicialização que prejudica o bom funcionamento do setor, estará forçadamente inclinado a realizar concessões em favor dos litigantes. Sob o ângulo puramente discursivo, a produção regulatória nesses termos seria inválida. Com efeito, a coação compromete a sinceridade do discurso regulatório, sendo que *[t]odo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita*³³¹. Ademais, a generalização da produção regulatória sob motivação judicial teria predisposição a privilegiar os grupos de interesse com maior poder de organização³³². Nessa perspectiva, o resultado seria uma regulação capturada por uma minoria, formado pelos agentes com maior poder econômico, em prejuízo da grande massa de pequenos consumidores, que, dentre todos aqueles afetados, são os que reúnem menores condições de atuar organizadamente na defesa de seus interesses.

Ademais, a intervenção judicial no caso do GSF demonstra a falha do Poder Judiciário na realização de sua função econômica de promover um *estado de cooperação*³³³ entre os agentes regulados, na criação de um ambiente de confiança e de desestímulo a comportamentos predatórios e oportunistas. Com efeito, o que se viu foi a serventia da via judicial para o

³³¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 187-189.

³³² Cf. Nota de Rodapé n.º 151.

³³³ Expressão de Ivo Gico, op. cit., p. 13.

propósito exatamente oposto. Funcionou como instrumento pelos agentes dedicados a escapar dos compromissos regulatórios e contratuais assumidos *ex ante*, com o objetivo de impor sua vontade sobre os demais agentes, de modo praticamente coercitivo, porque sem oportunidade de negociação. O êxito judicial de alguns estimulou, cada vez mais, o comportamento oportunista, gerando desperdício de recursos na propositura de ações judiciais com finalidade *predatória e defensiva*³³⁴. O estado de confiança entre os agentes, garantido pela regulação setorial – ainda que de forma imperfeita –, cedeu lugar a um ambiente predatório, cercado de incertezas, sob a promoção do Judiciário. A via judicial, coercitiva, passou a ser preferida sob a via negocial – a última, materializada na Audiência Pública n.º 32/2015, em que se buscava enfrentar as questões atinentes ao GSF, num prisma bem diverso, pautado no debate amplo e racional da matéria. O controle judicial foi vetor de instabilidade na atividade e, assim, passou muito longe da função econômica dele esperada.

Desse modo, tem-se que, de um lado, o controle judicial apresenta-se como ferramenta imprescindível de *accountability* da atuação regulatória do Estado, além de canal adicional para a interação dos agentes privados com o ente regulador, estimulando evoluções no quadro regulatório que podem resultar positivas. De outro, a prática do controle judicial pode frustrar essas expectativas, indicando a necessidade de se ver com reservas a atuação mais ativa dos magistrados. Na tentativa de fazer as vezes de regulador, os juízes acabam por provocar distorções não desejadas na regulação e comprometer o equilíbrio entre os interesses envolvidos e a estabilidade que é fundamental para o bom funcionamento do modelo concorrencial que pauta a prestação dos serviços de energia elétrica no Brasil. O caso do GSF oferece lição sobre um caminho mais adequado para o controle judicial das políticas públicas do setor elétrico, tal como se verá na seção seguinte.

4.3. O imperativo de cautela no controle judicial sobre a regulação do setor elétrico

A ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas do setor elétrico deve ser cautelosa e operar com reverência ao processo administrativo-regulatório. Esse último apresenta-se como o meio disponível que melhor garante a estabilidade jurídica de que dependem as atividades econômicas. Não se precisaria dicotomizar processo administrativo e processo judicial, não fosse o fato de que o último tem se sobreposto ao primeiro. Infelizmente se faz necessário dar destaque ao óbvio, a fim de que as coisas sejam postas em seu devido lugar. O controle judicial é complemento fundamental da política regulatória, mas não deve antecipar-se a ela; não deve

³³⁴ GICO, Ivo, op. cit., p. 12.

ser o pivô da regulação, pois o processo judicial não se reveste do formato adequado para assumir essa função. Do ponto de vista discursivo, a robustez do processo administrativo-regulatório impõe um correspondente ônus argumentativo à interferência judicial que se pretenda racional. O caso do GSF demonstra como a intervenção externa, banalizada ou impensada, pode ameaçar o bom funcionamento do setor elétrico. Em certa medida, o Poder Judiciário deu-se conta dos problemas ocasionados por sua intromissão, mas não a ponto de se confiar que haja uma mudança consistente em sua abordagem futura sobre o tema.

Uma das teses mais problemáticas do caso do GSF foi aquela utilizada nas 2ª e 3ª fases, com base na qual os agentes conseguiram blindar-se dos efeitos de outras decisões judiciais. Alegaram que não poderiam sofrer os efeitos decorrentes de medidas proferidas em ações judiciais nas quais não figuravam como partes. A adesão dessa tese pelos magistrados significava a possibilidade de revisão de decisões judiciais por meio do ajuizamento de ações autônomas, quando a via processual adequada a tanto seria a interposição de recurso³³⁵ – e não sem lógica. A possibilidade de discussão dos efeitos de uma decisão judicial por outras ações judiciais, apreciadas por magistrados diversos, conduz inevitavelmente a provimentos contraditórios. No caso do GSF, isso ocorreu em larga escala e levou a desorganização do mercado de energia elétrica ao cume. Foi sobre essa tese nefasta que se operou a mudança de entendimento do Poder Judiciário, iniciada no julgamento dos Agravos de Instrumento n.º 0005724-58.2016.4.01.0000/DF e 0064291-19.2015.4.01.0000/DF, em abril de 2016, e n.º 1002191-11.2015.4.01.0000, em maio de 2016, ambos pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1.

No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0005724-58.2016.4.01.0000/DF, referente a ação judicial de 3ª fase, a Corte reconheceu a necessidade de aplicação da regra de rateio de inadimplência diante da inexistência de recursos para satisfazer todos os credores do mercado. Rechaçou-se a possibilidade de pagamento privilegiado de uns em detrimento dos outros e a tese de que os agentes do MCP não poderiam sujeitar-se aos efeitos das decisões proferidas em favor das hidrelétricas.

O Desembargador Relator, Jirair Aram Meguerian, registra, de início, *[a] controvérsia posta nos autos é complexa e requer profundo estudo do funcionamento do Setor Elétrico*. Palavras que, na linha do que já se disse neste capítulo, contradiz a postura dos magistrados de decidirem liminarmente, a despeito de demonstrarem aparente desconhecimento da matéria, e,

³³⁵ Cf. art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.

ainda por cima, sem a oitiva prévia do ente regulador. O Relator, então, consigna que *pela organização peculiar e própria do mercado, não há como os credores do MCP não serem afetados, de forma indireta, pelas liminares GSF*. Ainda, afasta qualquer fundamento no sentido de que os agentes credores do MCP não poderiam, por não terem sido litisconsortes passivos nas respectivas demandas, sofrer os efeitos de “*liminares GSF*”. Nesse ponto, o Desembargador recorda posicionamento da Corte, no Mandado de Segurança n.º 0066021-65.2015.4.01.0000, pelo qual se entendeu, em ação de gerador hidrelétrico contra a ANEEL, a falta de interesse de ingresso no feito, na condição de litisconsorte passivo, pelos agentes afetados³³⁶. Desse modo, entende que o remédio para esses agentes é a interposição de recurso, na condição de terceiro prejudicado, contra as decisões que afetaram seus direitos. A conclusão não esconde a censura contra esse tipo de decisão. Literalmente:

27. Quanto às decisões judiciais que determinam o pagamento integral aos respectivos autores/impetrantes, em verdadeira concessão de privilégio aos demais credores no âmbito do MCP, não há solução a ser adotada no presente agravo de instrumento.

28. É que contra elas devem as partes prejudicadas lançar mão dos instrumentos recursais cabíveis (a título de exemplo, recurso de terceiro prejudicado – art. 499 do CPC/1973, com correspondência no art. 996 do CPC/2015). Entendimento que se justifica na medida em que, mesmo que haja nos presentes autos determinação judicial no sentido de que a CCEE não deve criar privilégios entre os credores no âmbito do MCP, ficará ela sem saber a que decisão judicial dar cumprimento, já que oriundas de feitos distintos e entre os quais não fora reconhecida conexão ou continência.

29. Também não há solução a ser adotada no caso concreto para as hipóteses em que a CCEE considera que apenas os credores com decisões favoráveis é que recebem os poucos recursos que aportam para a liquidação financeira no âmbito do MCP. Isso porque a forma de cumprimento das decisões judiciais que são favoráveis aos mais diversos credores no âmbito do MCP somente pode ser discutida nos respectivos processos, não sendo possível que, neste agravo de instrumento, seja dito à CCEE a forma de materialização dos atos judiciais proferidos em demandas distintas.

30. A conclusão a que se chega, pois, é a de que, embora a regra do rateio proporcional seja a que mais atende o critério de justiça, ela já era a utilizada pela CCEE antes da 3ª fase de judicialização das demandas do Setor Elétrico, sendo que, qualquer desrespeito em relação a ela oriundo de decisão judicial ou de interpretação acerca de seu cumprimento deve ser objeto de questionamento pelas partes (originárias ou terceiros prejudicados) nos autos respectivos.

31. Entendimento em sentido contrário, em verdade, permitiria que cada um dos “credores do MCP sem liminar” ingressassem em juízo pleiteando a distribuição proporcional dos créditos, regra já adotada pela CCEE, que, por sua vez, apenas privilegiou alguns credores em razão de liminares a eles

³³⁶ Importante registrar que, por ocasião do julgamento Mandado Segurança referido, a Corte entendeu que os agentes impactados deveriam ingressar com ações autônomas – orientação que, como se vê na sequência, não é acolhida no Agravo de Instrumento n.º 0005724-58.2016.4.01.0000/DF.

favoráveis, liminares essas que devem ser questionadas nas instâncias recursais pelos meios próprios.

O julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1002191-11.2015.4.01.0000, da Relatoria do Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, também referente a ação judicial de 3ª fase, segue a mesma linha³³⁷. No voto do Relator, destaca-se que as medidas liminares desta fase, ao garantirem o recebimento privilegiado de créditos violaram manifestamente a *isonomia que deve permear a relação entre todos os agentes que participam do Mercado de Curto Prazo*. Rechaçou-se a tese dos agentes sobre a impossibilidade de sofrerem os efeitos de decisões em ações nos quais não eram partes, uma vez que *não é possível que se isole os agentes que participam do mercado de energia no contexto brasileiro das naturais repercussões que as alterações na geração de energia podem ocasionar*. Ademais, o Relator evidencia os graves problemas causados pela intromissão do Judiciário na esfera de atuação do ente regulador, ilustrados na circunstância de o MCP não estar conseguindo *realizar suas liquidações, paralisando-se, ante a inexistência de recursos para promover o pagamento dos agentes credores*. Nessa linha, registra que *as soluções judiciais que interferem significativamente no Sistema Elétrico Brasileiro, porque, de algum modo, resultam em situações materiais conflitantes*. Ademais, expõe a deficiência da via judicial para lidar com assunto dessa natureza,

³³⁷ Apesar de tratar de caso de 3ª fase, reprovam-se, *obiter dictum*, as decisões favoráveis às hidrelétricas na 1ª fase de ações, consignando que a intromissão ameaça a própria viabilidade do sistema de distribuição e comercialização de energia, na perspectiva de que o Poder Judiciário não cria energia, além de colocar o gerador no melhor dos mundos – em que fica com o bônus da situação de geração superavitária e repassa os ônus da situação de geração deficitária:

Nota-se, a propósito, que quando há limitação judicial do GSF, por exemplo, em 5% (cinco por cento), como de fato se verificou em diferentes provimentos judiciais liminares, a diferença de energia referente à garantia física prevista não precisa ser recomposta, não precisa ser oferecida, e tampouco comprada no MCP. Parece-me que esse modelo, inevitavelmente, conduzirá à inviabilização do próprio sistema de distribuição e comercialização de energia no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, porque não vejo como, fictamente (judicialmente) superar a necessidade física de produção e compensação da energia que é direcionada ao consumo adstrito ao sistema elétrico brasileiro. (...)

As usinas integrantes do MRE, quando não conseguem produzir a energia contratada buscam comprar energia complementar no MCP por preços maiores. Por outro lado, quando produzem acima da capacidade contratada vendem o que sobeja também no MCP, auferindo preços bem superiores aos que obteriam com a venda da energia contratada. Por tal razão a decisão judicial que limita o GSF permite a manutenção destes agentes no melhor dos dois mundos, pois quando não conseguem produzir a energia contratada estarão desobrigados de comprar o que lhes faltou para honrar seus contratos no MCP (em detrimento de todos os demais agentes do MRE que serão acionados para suportar a complementação da energia não produzida); e quando produzirem energia em sobejo, como já deve estar ocorrendo em razão da elevação dos níveis das águas nos reservatórios, poderão vender essa energia a preços muito mais atrativos no MCP, em detrimento dos demais agentes integrantes do MRE que não gozam de provimento judicial limitador do GSF.

Veja-se que os provimentos estão sendo deferidos sob a alegação de que os níveis baixos dos reservatórios impunham a estes agentes um enorme prejuízo, já que teriam que comprar energia mais cara para honrar seus compromissos. Em razão disso obtiveram diversas decisões judiciais limitando o GSF em 5%.

Todavia a medida judicial limitadora do GSF protege o agente integrante do MRE em qualquer hipótese de insuficiência de produção, como por exemplo na ocorrência de defeitos nas suas instalações, paralisação de uma turbina, má gestão, paralisação de pessoal etc..., ou mesmo em razão da mera deliberação em não produzir para este escopo quando os reservatórios de água estiverem com nível elevado, uma vez que estariam exonerados de honrarem seus contratos acima do percentual limitado. Essa produção em sobejo poderia ser direcionada para a venda no MCP, permitindo a obtenção de lucros bem superiores.

Por tal motivo, reitero o meu posicionamento no sentido de que a alteração ficta desse quantitativo de produção, mediante tutela judicial, pelo menos em princípio, não se demonstra acertada.

ameaçando o equilíbrio econômico de todo o sistema, em vista da inadequação de se tentar resolver uma questão sistêmica por meio de soluções pontuais³³⁸.

Apesar de o tema do GSF estar praticamente limitado à 1ª e 2ª instâncias, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Presidência, teve oportunidade de apreciar a matéria, no julgamento da Suspensão de Liminar e de Sentença 2.162/DF, proposta contra decisão de 1ª fase. Na ocasião, a Ministra Presidente, Laurita Vaz, aduziu que a *interferência do Poder Judiciário no funcionamento das regras de compartilhamento do risco hidrológico em relação ao Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) causa lesão à ordem pública*. Consignou que a cautela recomendaria que o eventual afastamento dos atos de agências reguladoras se dê, por motivo de ilegalidade, e após instrução completa e trâmite regular do processo, sendo que

o Poder Judiciário não pode (...) imiscuir-se na seara Administrativa para, substituindo-se ao órgão regulador competente, em sede de liminar, alterar as regras de um setor altamente marcado por rigorosos critérios técnicos, devendo ser prestigiada a presunção de legalidade do ato administrativo.

Os precedentes do TRF1 referidos acima exerceram influência sob a 1ª instância, nos casos de 3ª fase. Observam-se várias decisões que indeferiram os requerimentos liminares, a partir do marco da Corte³³⁹. Os magistrados de 1ª instância foram sensíveis aos julgamentos da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região desfavoráveis à tese dos agentes. Até então, 16 medidas liminares haviam sido deferidas em 1ª instância³⁴⁰, contra apenas um único requerimento liminar indeferido³⁴¹. No período posterior aos precedentes do TRF1, foram

³³⁸ *Constato, como antes observei, que a modificação de um critério contratual aplicado isoladamente a uma ou a algumas concessionárias pode repercutir no equilíbrio econômico e de geração e disponibilização de energia de todo o sistema. Ou seja, parece-me que no caso há relevante possibilidade de conflito entre a gestão administrativa do sistema pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e a atuação pontual do Judiciário nos casos em que a questão é tratada. Claro, não se olvide que a tutela jurisdicional não pode ser negada, no entanto, tenho que o objetivo a ser buscado é mesmo a adequação das normas regulatórias pelo gestor público competente, no caso, a ANEEL.*

³³⁹ Cf. decisões proferidas 1001670-17.2016.4.01.3400, 0022781-74.2016.4.01.3400, 1003530-53.2016.4.01.3400, 1004149-80.2016.4.01.3400, 1004311-75.2016.4.01.3400, 0051208-81.2016.4.01.3400, 0014375-58.2016.4.03.6100, 1006098-42.2016.4.01.3400, 0055420-48.2016.4.01.3400, 1006095-87.2016.4.01.3400, 0058124-34.2016.4.01.3400, 0063980-76.2016.4.01.3400, 0016327-78.2016.4.01.3400, 0022588-59.2016.4.01.3400, 1009397-27.2016.4.01.3400, 000463985.2017.4.01.3400, 0073679-91.2016.4.01.3400, 1000453-02.2017.4.01.3400, 000043929.2017.4.03.6100, 0013247-09.2016.4.01.3400, 1000930-25.2017.4.01.3400.

³⁴⁰ P. 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0051048-90.2015.4.01.3400/DF, 0056190-75.2015.4.01.3400/DF, 1007276-60.2015.4.01.3400/DF, 5057405-72.2015.4.04.7100/RS, 0059949-47.2015.4.01.3400/DF, 1008091-57.2015.4.01.3400/DF, 0064613-24.2015.4.01.3400/DF, 5066962-83.2015.4.04.7100/RS, 0069280-53.2015.4.01.3400/DF, 0006276-08.2016.4.01.3400/DF, 1001329-88.2016.4.01.3400/DF, 0012257-18.2016.4.01.3400/DF, 0014326-23.2016.4.01.3400/DF.

³⁴¹ P. Mandado de Segurança nº 1001670-17.2016.4.01.3400/DF.

deferidas 23 medidas liminares³⁴² contra 21 indeferidas³⁴³. Ademais, os precedentes inspiraram também decisões judiciais sobre novo tema atrelado ao setor elétrico. Foi o caso de ações propostas, em 2016, por hidrelétricas que buscavam afastar os efeitos de decisões favoráveis à Santo Antônio Energia S.A., proferidas nos Agravos de Instrumento n.º 0025473-32.2014.4.01.0000/DF (Processo Originário: 0028271-48.2014.4.01.3400/DF) en.º 0036475-62.2015.4.01.0000/DF (Processo Originário: 0033266-70.2015.4.01.3400/DF)³⁴⁴. Nesses agravos, foram proferidas decisões que afastaram o Fator de Indisponibilidade da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio. Dessa forma, garantiram a esse gerador o direito de ficar indisponível – por quaisquer razões, o que admitiria, inclusive, a hipótese de recusa voluntária de operar – e, ao mesmo tempo, ter a si alocada energia produzida pelos demais participantes do MRE. A partir daí, ações similares àquelas vistas na 2ª fase do GSF começaram a surgir. Mais uma vez as hidrelétricas criaram a narrativa de que seria da ANEEL e CCEE a responsabilidade e escolha por sujeitarem esses agentes aos efeitos de decisões judiciais proferidas em ações nas quais não eram partes. O cenário estava montado para uma nova onda de ações, nos mesmos moldes vistos para a judicialização do GSF. Entretanto, desta vez, os agentes encontraram um Judiciário um pouco mais conhecedor da feição multilateral do mercado de energia elétrica. Nesse sentido, logo no início da judicialização, alguns magistrados extinguiram o feito, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, acolhendo a tese do TRF1 de que a via recursal é que seria adequada para reversão de decisões judiciais³⁴⁵. Outros, por sua vez, declinaram da competência, a fim de que a ação fosse julgada conjuntamente com as que foram propostas por Santo Antônio Energia S.A. e de que o

³⁴² 0021119-75.2016.4.01.3400/DF, 0022930-70.2016.4.01.3400/DF, 1003840-59.2016.4.01.3400/DF, 1002881-88.2016.4.01.3400/DF, 0029613-26.2016.4.01.3400/DF, 0029651-38.2016.4.01.3400/DF, 0033775-64.2016.4.01.3400/DF, 0036557-44.2016.4.01.3400/DF, 0033668-20.2016.4.01.3400/DF, 1004669-40.2016.4.01.3400/DF, 33684-71.2016.4.01.3400/DF, 1004805-37.2016.4.01.3400/DF, 5033160-60.2016.4.04.7100/RS, 0045571-52.2016.4.01.3400/DF, 0051207-96.2016.4.01.3400/DF, 0051209-66.2016.4.01.3400/DF, 0051334-34.2016.4.01.3400/DF, 0052663-81.2016.4.01.3400/DF, 0053430-22.2016.4.01.3400/DF, 0073052-87.2016.4.01.3400/DF, 0074431-63.2016.4.01.3400/DF, 1000205-36.2017.4.01.3400/DF, 1000560-46.2017.4.01.3400/DF.

³⁴³ 1001670-17.2016.4.01.3400/DF, 0022781-74.2016.4.01.3400/DF, 1003530-53.2016.4.01.3400/DF, 1004149-80.2016.4.01.3400/DF, 1004311-75.2016.4.01.3400/DF, 0051208-81.2016.4.01.3400/DF, 0014375-58.2016.4.03.6100/JFSP, 1006098-42.2016.4.01.3400/DF, 0055420-48.2016.4.01.3400/DF, 1006095-87.2016.4.01.3400/DF, 0058124-34.2016.4.01.3400/DF, 0063980-76.2016.4.01.3400/DF, 0016327-78.2016.4.01.3400/DF, 0022588-59.2016.4.01.3400/DF, 1009397-27.2016.4.01.3400/DF, 000463985.2017.4.01.3400/DF, 0073679-91.2016.4.01.3400/DF, 1000453-02.2017.4.01.3400/DF, 000043929.2017.4.03.6100/JFSP, 0013247-09.2016.4.01.3400/DF, 1000930-25.2017.4.01.3400/DF.

³⁴⁴ Curiosidade: o caso do GSF foi iniciado por duas decisões do Desembargador Federal Souza Prudente, analisadas na subseção 3.1.2. Nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0042660-53.2014.4.01.0000/DF (Processo Originário n.º 0047630-81.2014.4.01.3400/DF), o Desembargador deu provimento à tutela antecipada recursal, em favor da Piedade Usina Geradora de Energia S.A.. Foi a primeira decisão judicial de 1ª fase. Nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0023052-35.2015.4.01.0000/DF (Processo Originário n.º 0023776-24.2015.4.01.3400/DF), o mesmo Desembargador proferiu a segunda decisão sobre o tema, favorecendo a Santo Antônio Energia S.A., responsável por uma das maiores usinas do país. O grande impacto dessa decisão foi o responsável efetivo pela multiplicação das ações sobre o tema. O caso do FID foi inaugurado por decisões do mesmo Desembargador Federal, nos Agravos de Instrumento n.º 0025473-32.2014.4.01.0000/DF e n.º 0036475-62.2015.4.01.0000/DF, favoráveis à mesma empresa, Santo Antônio Energia S.A.

³⁴⁵ Foi o caso dos Processos Judiciais de n.ºs 0036237-91.2016.4.01.3400/DF e 0051484-15.2016.4.01.3400/DF.

proferimento de decisões contraditórias fosse evitado³⁴⁶. Manifestações desse tipo não foram vistas nas ações do GSF, à exceção das ações de 3ª fase apreciadas após os precedentes do TRF1, em que também se viram algumas sentenças de extinção do feito. Entretanto, parece precoce afirmar que há aí evolução no controle judicial sobre as políticas do setor elétrico. Isso, pois houve decisões liminares deferidas sem a oitiva do ente regulador e que mostraram a mesma ignorância sobre o quadro regulatório verificada nas ações do GSF³⁴⁷. Além disso, tem sido frustrada a tentativa de reunião dessas demandas no juízo responsável pelas ações propostas por Santo Antônio Energia S.A.. Isso, tendo em vista que o juiz responsável não viu *risco de julgamentos conflitantes* e tem suscitado conflito negativo de competência³⁴⁸ e que o TRF1, por sua Terceira Seção, tem chancelado esse posicionamento³⁴⁹. Desse modo, não existe indicativo suficiente de mudança no trato judicial da regulação do setor elétrico, a ponto de se poder apostar que seu aperfeiçoamento venha a ocorrer naturalmente, sendo apenas de uma questão de tempo.

Escapa do escopo deste trabalho formular uma solução de *lege ferenda* para a problemática do controle judicial sobre a regulação do setor elétrico. Entretanto, a partir da análise crítica deste trabalho, torna-se possível apontar a meta a ser perseguida para o melhor desempenho das atividades econômicas do setor – chegue-se nela pela autocrítica do Judiciário ou por novos institutos legais. *A meta é a cautela no controle judicial*. Isso significa, num plano geral, aproximação à ideia de subsidiariedade, que a doutrina aponta como *limite horizontal* do poder regulatório das agências e pela qual se *pressupõe que a ação estatal somente é justificável na medida em que os organismos autônomos sejam incapazes de atender aos objetivos de interesse público*³⁵⁰. Sob esse limite, as agências devem mensurar a abrangência da regulação, conforme as necessidades do mercado e do interesse público, atuando apenas quando se mostrar necessário. Parece-nos que a atuação do Judiciário se sujeita a ideia semelhante, mas que deve ser adaptada, pois seu objeto são as atividades desempenhadas pelo ente regulador. Com efeito, o controle judicial mira lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV, da CF/88), operando,

³⁴⁶ Como ocorreu nos Processos Judiciais de n.ºs 0036225-77.2016.4.01.3400/DF, 0038167-47.2016.4.01.3400/DF, 0039275-14.2016.4.01.3400/DF.

³⁴⁷ Por exemplo, nos Processos Judiciais de n.ºs 0036225-77.2016.4.01.3400/DF, 0036282-95.2016.4.01.3400/DF, 0040538-81.2016.4.01.3400/DF e 0051299-74.2016.4.01.3400/DF.

³⁴⁸ Conforme decisões que proferiu nos Processos Judiciais de n.ºs 0038167-47.2016.4.01.3400/DF e 0039275-14.2016.4.01.3400/DF.

³⁴⁹ Cf. julgamento do Conflito de Competência n.º 0038357-25.2016.4.01.0000/DF (Processo na Origem: 0038167-47.2016.4.01.3400).

³⁵⁰ MARQUES, Floriano *apud* LOSS, Giovanni R.. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 127.

portanto, num segundo momento³⁵¹. É nessa dimensão que exerce influência sobre a regulação da atividade econômica. Não possui competência legal para, em primeiro plano, disputar o exercício da atividade regulatória com o ente administrativo com essa incumbência, nem é conveniente que o faça, dado que o processo judicial não é adequadamente formatado para o debate microinstitucional dessa atividade, como visto na seção 4.1. Assim, o controle judicial deve submeter-se à ideia de subsidiariedade, mas no sentido de que se dê tão somente quando a agência se mostrar incapaz de atender ao interesse público. Nessa dimensão, não é justificável que opere em antecipação ao ente regulador, quando sequer se faz possível avaliar a atuação do último quanto ao cumprimento do interesse público, ou em sua substituição, aventurando-se em *second-guess* que impõe risco ao interesse público, sem sequer usufruir de autorização legal para tanto.

Sob as bases da doutrina administrativista mais tradicional, a ideia de subsidiariedade remete ao atributo da *presunção de legitimidade* dos atos administrativos, decorrente do princípio da legalidade, pelo qual se *presumem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário*. A partir daí é que se garante à Administração Pública impor-se independentemente da concordância do administrado (*imperatividade*), exigir o cumprimento de obrigações (*exigibilidade*) e compelir materialmente o administrado sem a necessidade de prévia autorização judicial (*executoriedade*)³⁵². Ora, a proposição de que a atuação prévia do Poder Judiciário não pode ser oposta como condição para o desempenho das atividades administrativas relega para o segundo plano a *execução da vontade do Estado por via judiciária*³⁵³ – noção bastante próxima à da subsidiariedade apresentada acima.

Se a presunção não é *juris et de jure*, dada a inafastabilidade da jurisdição³⁵⁴, isso tanto significa que a legitimidade do ato administrativo pode ceder diante de prova em contrário, quanto que a prova em contrário é necessária para afastar tal legitimidade. Nesse sentido, o que se espera do controle judicial sobre os atos regulatórios de energia elétrica não é algo absurdo, como deve ser considerada a tentativa de imunizar esses atos contra interferência externa. Aspira-se do Judiciário apenas que lhes reverencie com a dignidade da prova em contrário. Essa

³⁵¹ Seabra Fagundes, quanto a isso, registra que o exercício da função jurisdicional pressupõe *um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei*. Assim, a *função jurisdicional* distingue-se-ia da *função administrativa*, pois o momento do seu exercício é uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito. (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 25-26).

³⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 413.

³⁵³ Para usar a expressão de GOODNOW, Frank J. Les principes du Droit Administratif des Etats Unis *apud* FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 126).

³⁵⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 125-126.

pretensão mostra-se incompatível com a profusão de medidas liminares a suspender a eficácia de atos administrativos, ainda mais quando pautadas unicamente na palavra do administrado. Com efeito, diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a técnica decisória de liminar *inaudita altera pars* deveria ser excepcional. Há uma tensão na coexistência da presunção de legitimidade dos atos administrativos com a possibilidade de sucumbirem à discordância unilateral do administrado. A imperatividade dos atos administrativos importa exatamente na possibilidade de sua imposição independentemente da concordância do administrativo. Entretanto, não é isso que se viu no universo da judicialização do GSF, em que a atuação administrativa foi afastada, em 87% dos casos, com a dispensa de oitiva dos entes administrativos responsáveis. Nesse cenário, o veto do administrado mostra-se suficiente para anular a cogência dos atos regulatórios, como se a autoridade destes dependesse da concordância daquele.

A complexidade técnico-científica do tema, a insuficiência do processo judicial para acomodar o debate regulatório e o caráter fragmentário das decisões judiciais, tais como apresentados na seção 4.1, impõem cautela especial no controle judicial dos atos regulatórios³⁵⁵. Uma coisa é afirmar que a *discricionariedade técnica* não está blindada do controle judicial. Outra, bastante diferente, é defender que o magistrado possa ultrapassar o ato regulatório, dispensando a *expertise* de peritos e a contradita dos entes reguladores³⁵⁶. Trata-se de temeridade, pois não há como esperar do magistrado o domínio técnico de todos os temas regulados pelo Estado. No caso do setor elétrico, a agravante é o potencial de efeitos sistêmicos. A judicialização do GSF é ilustração perfeita dessa asserção. De outra banda, a arguição de

³⁵⁵ Sobre a necessidade de cautela especial no controle judicial sobre os atos regulatórios, especialmente em vista de sua potencial complexidade técnico-científica, Marçal Justen Filho sustenta: *Isso não significa impossibilidade de submissão dos atos praticados pelas agências ao crivo do Judiciário, mas a necessidade de uma especial cautela da autoridade jurisdicional no tocante ao desempenho da investigação a propósito deles. (...) Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado. Como decorrência, o controle jurisdicional de atos dotados dessas características deverá ser realizado com a cautela correspondente. A decisão terá de recorrer à manifestação da opinião de especialistas de notória especialização, com a advertência da impossibilidade de o Judiciário substituir-se à autoridade administrativa no tocante ao exercício de escolhas discricionárias. Ou seja, quando muito, poderá apontar-se a incorreção técnico-científica da decisão adotada pela agência ou a impossibilidade da justificação de sua adoção em face do conhecimento especializado ou das premissas consagradas na própria atuação anterior da agência (inclusive no tocante à fixação das políticas públicas por ela consagradas). Verificada a compatibilidade da decisão com o conhecimento técnico-científico, será vedado ao Judiciário reprovar o ato em virtude de uma avaliação igualmente subjetiva acerca da melhor solução a adotar no caso concreto (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 592).*

³⁵⁶ Nessa linha, Egon Bockmann, apesar de defender a desmistificação da incolumidade da discricionariedade técnica das agências reguladoras – para admitir a possibilidade de revisão judicial sob assuntos administrativos de elevada complexidade –, assume como premissa para sua conclusão a suposição de que o juiz não profere decisão técnica sem ouvir peritos, e, depois de produzida a competente prova, pouco importa o grau de tecnicismo. “Trata-se de um direito e de um dever que aquele que julga tem de se esclarecer acerca dos factos sobre que decide”, afirma, transcrevendo António Francisco de Sousa (Op. cit., p. 165).

perigo da demora não pode servir de carta branca para superação do ato regulatório com a dispensa da justificação devida. Mesmo porque a falta de compreensão, inclusive de pontos elementares sobre o tema controlado, pode esconder dos olhos do julgador *perigo da demora inverso* muito mais relevante, tal como igualmente ilustrado no caso do GSF.

O *modus operandi* do Judiciário, que demonstra verdadeira ansiedade em assumir o papel de regulador, tem causado insegurança às relações entre os agentes setoriais e desestabilizado estruturas fundamentais para o funcionamento do serviço regulado. Deve dar espaço a uma conduta mais conservadora no controle dos atos regulatórios³⁵⁷, em que a cautela é colocada em primeiro lugar. O magistrado deve ter essa direção em todos os momentos processuais, mas com atenção redobrada na análise de requerimentos liminares. Esse é o melhor caminho para a garantia de um quadro regulatório mais estável e para a boa prestação dos serviços de energia elétrica.

³⁵⁷ Tal como, por outro caminho, ensina Luís Roberto Barroso: (...) *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* (Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 127)

Conclusão

Este trabalho permitiu comprovar a necessidade de ser operado com cautela o controle judicial sobre a regulação dos serviços de energia elétrica. Num primeiro momento, a evolução do quadro jurídico e o panorama sobre o modelo atual forneceram as bases para a compreensão da complexa regulação setorial, além de apresentarem a dificuldade de se criar soluções eficazes para o funcionamento do setor elétrico e de equilibrar os diversos interesses envolvidos. Especialmente quanto à regulação da comercialização de energia elétrica, viu-se que o desafio de criação e modificação de regras enfrenta, de modo bastante óbvio, a complexidade de intervir nos interesses privados, em razão do convívio da esfera negocial bilateral com a esfera multilateral do mercado de curto prazo. Aqui, a interferência nos interesses de um tende a trazer implicações nos interesses dos demais. Essa feição confere grande potencial de repercussão sistêmica à modificação das regras do jogo, demandando atenção e zelo nesse processo.

Na sequência, o estudo do caso sobre a judicialização do GSF comprovou o modo descuidado com que tem atuado o Poder Judiciário e os transtornos que isso causa na regulação do setor elétrico. O amplo universo de medidas liminares deferidas ilustrou o problema da união da assimetria de informação com o ativismo judicial. Com efeito, viu-se a grande instabilidade regulatória provocada por um órgão de controle que desconhece elementos básicos da matéria controlada, mas que, ao mesmo tempo, não se intimida em nela intervir, inclusive dispensando, na grande maioria dos casos, a consideração de peritos e a oitiva do ente regulador. O caso expôs, ainda, a falta de coordenação dos órgãos judiciais, cujas decisões contraditórias corroboraram, ainda mais, para o quadro de instabilidade no setor.

A partir daí, iniciou-se a análise crítica mais geral sobre a atuação do Poder Judiciário. Com base nas informações referentes à abordagem pelo ente regulador do mesmo tema que envolveu as ações do GSF, pôde-se estabelecer as diferenças entre o processo judicial e o processo administrativo. Essa comparação tornou nítida a qualidade superior do discurso administrativo, que se realiza em bases mais racionais do que aquele travado no plano judicial. Essa perspectiva desautoriza a substituição do debate administrativo pelo debate judicial, sob pena de agravar a estabilidade regulatória necessária para o desempenho eficiente das atividades setoriais. O controle judicial é ferramenta imprescindível de *accountability* dos gestores públicos, mas os problemas potenciais de uma participação mais ativa do Judiciário desencorajam incentivos nessa direção, como mostrou o caso do GSF. Ademais, é questionável a conveniência de sua contribuição para a evolução do quadro regulatório, quando se observa a

dificuldade de precisar se os resultados obtidos atendem ao interesse público ou se se mostram desequilibrados em favor dos agentes que fizeram uso da via judicial – sendo incontestável a tendência nesse último sentido. De outro lado, a despeito de se perceber progresso na compreensão de alguns órgãos judiciais sobre as balizas do setor elétrico, o quadro geral revela postura errática do Judiciário, da qual não se consegue projetar cenário de aprendizado natural sobre o tema. Ao cabo, reúne-se embasamento suficiente para concluir que o controle judicial sobre a regulação do setor elétrico deve ser realizado de forma mais conservadora e cautelosa. Há de atender uma ideal de subsidiariedade, pelo qual se intervenha apenas diante da insuficiência da atuação administrativa em regular a contento a atividade e em atender ao interesse público. Deve-se prestigiar a presunção de legitimidade dos atos administrativo-regulatórios, a fim de que resistam quando não houver elementos suficientes a justificar a intromissão judicial. A ansiedade da Justiça em fazer as vezes de ente regulador, observada no caso do GSF, deve ser repudiada, por ameaçar a estabilidade que é fundamental às atividades desenvolvidas no setor elétrico.

A reflexão sobre o papel do Poder Judiciário no controle da atividade regulatória do Estado é oportuna. No setor elétrico, a questão judicial tem sido um ponto fundamental na discussão sobre a regulação da atividade e merece a atenção acadêmica. A análise deste trabalho tentou oferecer luzes à busca da sintonia entre a atuação regulatória e o controle judicial, na perspectiva de um quadro jurídico mais estável. Deixa também uma referência para trabalhos futuros sobre o tema, documentando caso de judicialização de excepcional dimensão, como foi o do GSF, e oferecendo elementos para uma análise crítica de processos judiciais e administrativos à luz da argumentação jurídica.

Referências

- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Cid Arruda. *A compensação da assimetria de fala no processo regulatório como critério na definição da regulação sobre o fornecimento de energia elétrica*. Revista da AGU. No prelo.
- ARANHA, Mario Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 2. ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.
- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: uma teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BÊRNI, Duilio de Avila. *Teoria dos jogos: crenças, desejos e escolhas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Biblioteca do Exército. *A Energia Elétrica no Brasil: da primeira lâmpada à Eletrobrás*. Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército, 1977.
- BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. *Anuário Estatístico de Energia Elétrica de 2016*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/Forms/Anurio.aspx>. Acesso em: 22.01.2017.
- BRASIL. Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. Julho, 2001. Disponível em: http://www.kelman.com.br/pdf/relatorio_da_comissao.pdf. Acesso em: 03.03.2017.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Exposição de Motivos Nº 011/MME, de 14 de fevereiro de 1996 – Dossiê do Projeto de Lei n.º 1669/1996. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/ProposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194838>. Acesso em: 08.05.2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BURLING, James S., The Challenge of Due Process, 1983, and Property Rights (January 20, 2006). Disponível

em: <https://ssrn.com/abstract=666987> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.666987>. Acesso em: 26.05.2017.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. Ata de Reunião Extraordinária – 796ª Reunião do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Disponível em:

https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_350978. Acesso em: 18.05.2017.

_____. Ata da Reunião Extraordinária – 836ª Reunião do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Disponível em:

http://ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_359476. Acesso em: 10.03.2017.

_____. *Procedimentos de comercialização*: Módulo 5 – Mercado de Curto Prazo: Submódulo 5.2 - Liquidação no mercado de curto prazo - Versão 2.0 - 22/12/2014. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_058272. Acesso em: 09.06.2017.

_____. *Regras de Comercialização*: Caderno Algébrico: Balanço Energético: Versão 1.0. Disponível em: www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_054292. Acesso em: 09.06.2017.

_____. *Regras de Comercialização*: Mecanismo de Realocação de Energia. Versão 2017.1.0. Disponível em: https://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_076159. Acesso em: 12.05.2017.

_____. *Regras de Comercialização*: Reajuste da Receita de Venda de CCEAR por Disponibilidade: Projeto Novo SCL. Versão 1.0. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/039/documento/documento_matriz_rrv_v1.0.pdf. Acesso em: 08.6.2017.

CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico do direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2000.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Reforma e Crise no Setor Elétrico Brasileiro – aspectos concorrenciais. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil*: Balanço e Propostas. São Paulo: IOB – Thomson, 2003.

CHIPP, Hermes. *Características Internacional do Setor de Energia Elétrica Características Operativas do SIN e a Determinação do Custo Marginal de Operação – CMO*. Apresentação gráfica para o IV SISEE - Seminário Características Internacional do Setor de Energia Elétrica. Rio de Janeiro, 2009.

http://www.ons.org.br/download/biblioteca_virtual/palestras/2009_08_24_IV_SISEE.pdf.

Acesso em: 09.06.2017.

CONGLETON, Roger D., HILLMAN, Arye L., KONRAD, Kai A. *Forty Years of Research on Rent Seeking: An Overview*. June, 2008. In: in Roger D. Congleton, Arye L. Hillman, and Kai A. Konrad (eds), *Forty Years of Research on Rent Seeking volumes 1 and 2*, Heidelberg: Springer, pp. 1-42. Disponível em: http://www.tax.mpg.de/fileadmin/TAX/pdf1/2008-introduction_rent_seeking_june_16_2008.pdf. Acesso em: 19.06.2017.

COOPERS E LYBRAND. Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II – Relatório Principal. Brasília, dezembro de 1997, item 1.20 e ss. *apud* CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Reforma e Crise no Setor Elétrico Brasileiro – aspectos concorrenciais. In: ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil*: Balanço e Propostas. São Paulo: IOB – Thomson, 2003.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DEPARTAMENTO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA ELETROPAULO. *HISTÓRIA & ENERGIA, 6: O capital privado na reestruturação do setor elétrico*. São Paulo: Eletropaulo, Departamento de Patrimônio Histórico, 1996.

DIAS, Reinaldo. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Renato Feliciano (coord.). *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988.

EBR – Empresa Brasil de Revistas Ltda. Um mergulho no universo singular / Entrevista: Ton Marar. In: *Revista Filosofia Ciência & Vida*. Ano IX, n. 124. ISSN 1809-9238. Editora Escala: São Paulo, 2017.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

FISHER, Alec. *A lógica dos verdadeiros argumentos*. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GICO Jr., Ivo T. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, PPG-ECO, 2012.

_____. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Ano 13, n. 47, jan.-mar./2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOLDENBERG, José, PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. *Tempo soc.* [online]. 2003, vol.15, n.2, pp.219-235. ISSN 0103-2070. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702003000200009>. Acesso em: 03.05.2017.

GOMES, Ana Amélia de Conti. *A reestruturação das indústrias de rede: uma avaliação do setor elétrico brasileiro*. Dissertação (Pós-Graduação em Engenharia de Produção) – Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 1998.

GOMES, João Paulo Pombeiro, VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. *O campo da energia elétrica no Brasil de 1880 a 2002*. *Rev. Adm. Pública* [online]. 2009, vol.43, n.2, pp.295-321. ISSN 0034-7612. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122009000200002>. Acesso em: 03.05.2017.

GOODNOW, Frank J. Les principes du Droit Administratif des Etats Unis apud FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional*, estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUEDES FILHO, Ernesto Moreira, CAMARGO, José Márcio (org. e coord.). *Setor elétrico brasileiro: cenários de crescimento e requisitos para a retomada de investimentos*. Estudo contratado pela Câmara Brasileira de Investidores em Energia Elétrica (CBIEE). 2ª ed. São Paulo: Tendências Consultoria Integrada, 2003.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. *Regulação da Exploração da Eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

HILLMAN, Arye L., URSPRUNG, Henrich W. *Rent seeking: The idea, the reality, and the ideological resistance*. For presentation, Department of Economics, International Trade and Development Seminar, University of Pittsburgh, October 7, 2015. Disponível em: <http://www.econ.pitt.edu/sites/default/files/Hillman.Rent%20seeking.2015.pdf>. Acesso em: 19.06.2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrática na “Regulação Independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis nos. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria Geral das Concessões Públicas*. São Paulo: Dialética, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, RT, v. 7, n. 29, p. 231-237, out./dez. 1999 *apud* APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Antonio Dias. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LESSA, Carlos. A estratégia de desenvolvimento, 1974-1976: sonho e fracasso. Tese (Doutorado). Faculdade de Economia e Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978 *apud* LIMA, José Luiz. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor elétrico: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995, p. 123/124.

LIMA, José Luiz. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor elétrico: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995.

LOSS, Giovani R. Loss. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARQUES, Floriano apud LOSS, Giovani R.. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, Márcio Pina. O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração de atividade econômica, p. 451-478. In: CASTRO, Marcus Faro de, LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010.

MARTINS, Dimitri Melo Rodrigues. *Setor Elétrico Brasileiro: Análise do Investimento de Capital e Usinas Termelétricas*. 2008. 86 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Centro de Ciências Sociais, PUC-Rio. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=12130@1. Acesso em: 03.03.2017.

MARTINS, Eliseu. Ebidta, o que é isso?. apud MARQUES, José Augusto Veiga da Costa. *Análise Financeira das Empresas: liquidez, retorno e criação de valor*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2002.

MCDOWAL, Duncan. *The Light: Brazilian Traction, Light and Power Company Limited*, 1988, p. 406 apud LEITE, Antonio Dias. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

NARDO, Aulo Pércio Vicente, GODOY, Amalia Maria Goldberg. Governança no Setor de Energia Elétrica Brasília Pós-2004. In: *Revista Gedecon: gestão e desenvolvimento em contexto*. Cursos de Administração, Ciências Contábeis e Ciências Econômicas. v.4, n.1 (jan/jun) – Cruz Alta: UNICRUZ, 2009.

NERY, Eduardo (org.). *Mercados e regulação de energia elétrica*: [coordenação de Eduardo Nery]. Rio de Janeiro: Interciência, 2012.

OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland, United States: Hart Publishing, 2004.

OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva: os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. Tradução: Fabio Fernandez. 1. ed. 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS. *Restrições aos intercâmbios entre os submercados*. Revisão 1. ONS NT-0073/2012. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/070/documento/microsoft_word_-_nt_revisao_1_-_0073_2012_restricoes_ao_inter%C3%A2mbio_entre_submercados.pdf. Acesso em: 08.06.2017.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PASOUR, E. C. 1983. *Rent seeking: some conceptual problems and implications*, Review of Austrian Economics, vol. 1, no. 1, pp. 123–43. Disponível em: http://library.mises.org/sites/default/files/rae1_1_8_5.pdf. Acesso em: 19.06.2017.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit, p. 142, *Betrachtungen über die praktische Vernunft*, p. 219, apud ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm, Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado, p. 261-300. In: CASTRO, Marcus Faro de, LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010.

RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira. *A inserção da produção independente de energia hidrelétrica na ordem econômica constitucional*. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2014.

REIS, Lineu Belico dos. *Geração de energia elétrica*. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011.

RIBEIRO, Luísa Helena Machado. *Risco de mercado na comercialização de energia elétrica: uma análise estruturada com foco no Ambiente de Contratação Livre – ACL*. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Potência). 2015. 202 f. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde.../LuisaHelenaMachadoRibeiro2015.pdf. Acesso em: 09.06.2017.

ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômica da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSA, Luiz Pinguelli. A Crise de Energia Elétrica: Causas e Medidas de Mitigação, p. 81-95. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.) *Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ROSA, Luiz Pinguelli, TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, PIRES, José Claudio Linhares. *A reforma do setor elétrico no Brasil e no mundo: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Coppe, UFRJ, 1998.

RUIZ, Ivan Aparecido. Antecipação da tutela no direito processual direito civil brasileiro: do nascimento à maioridade, mas, ainda, com dificuldade da sua adequada postulação e aplicação. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo : Saraiva, 2016.

SADEK, Maria Tereza. Jjudiciário e Arena pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011.

SANTANA, Edvaldo Alves de. *Economia dos custos de transação, direito de propriedade e a conduta das empresas no setor elétrico brasileiro*. Trabalho apresentado no XXXIV Encontro Nacional de Economia, em 2006, promovido pela Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf>. Acesso em: 17.05.2017.

_____. *Estratégia de Geração ao Mínimo Custo e Assimetria de Informações: O Caso da Operação do Mercado de Energia Elétrica do Brasil*. Trabalho apresentado no XXXII Encontro Nacional De Economia, em 2004, promovido pela Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A088.pdf>. Acesso em: 08.06.2017.

SAUER, Ildo Luís. Energia Elétrica no Brasil Contemporâneo: A Reestruturação do Setor, Questões e Alternativas, p. 115-225. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.) *Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

SCOTT, Walter Dill. Influencing Men in Business. The psychology of argument and suggestion. *apud* PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 60.

SICILIANO, Gisella Cassará de Castellammare. Repactuação do Risco Hidrológico – Lei nº 13.203/2015 Versus Resolução Normativa ANEEL nº 684/2015. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo V*. Rio de Janeiro: Synergia, 2016.

SOUTO, Carlos Fernando, LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. Aspectos Bilaterais e Multilaterais da Comercialização de Energia Elétrica. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo V*. Rio de Janeiro: Synergia, 2016.

TOLMASQUIM, Mauricio T. (coord.). *Energia Termelétrica: Gás Natural, Biomassa, Carvão, Nuclear*. EPE: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:

<http://www.epe.gov.br/Documents/Energia%20Termel%C3%A9trica%20-%20Online%2013%20maio2016.pdf>. Acesso em: 09.06.2017.

TOLMASQUIM, Mauricio T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011.

VASCONCELOS, Aloisio. O Grupo Eletrobrás e o futuro do setor elétrico, p. 55-57. In: *Setor elétrico brasileiro: passado e futuro, 10 anos*. Rio de Janeiro: Editora CanalEnergia, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

WORLD BANK. *Governance and development*. Washington, DC: The World Bank, 1992. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>. Acesso em: 14.06.2017.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito in COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.