

Agenda Regulatória para redução da judicialização no Setor Elétrico

CORREIA, Tiago de Barros; CORREIA, Bruna de Barros. "Agenda Regulatória para redução da judicialização no Setor Elétrico". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2018.

A crescente judicialização de decisões administrativas é um dos principais problemas enfrentados pelo setor elétrico brasileiro. Tal problema tem se intensificado desde o final de 2012, momento em que o setor elétrico começou a vivenciar uma série de alterações legais e regulatórias com o objetivo principal de reduzir as tarifas elétricas em até 20%. Tais questionamentos estão relacionados, principalmente, aos seguintes temas: (a) direito à renovação de determinadas concessões à luz das regras anteriores; (b) mudança em encargos setoriais relativos à Reserva Global de Reversão (RGR); (c) pagamento da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE); (d) responsabilidade pelo risco hidrológico; (e) ausência de isonomia entre consumidores cativos e consumidores livres; e (f) excludentes de responsabilidade envolvendo atraso de obras de geração e transmissão de energia, para efeitos de penalidades, reequilíbrio contratual e incidência de descontos da parcela variável das receitas de transmissão.

A descentralização das decisões judiciais, refletida em diversas ações que tramitam em juízos e instâncias de diferentes regiões, bem como a predominância de decisões liminares, complicam ainda mais o cenário de judicialização do setor. Ao mesmo tempo em que é lícito e justo o acionamento do Judiciário, conferido pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tal atitude pode trazer alguns efeitos colaterais adversos. Para ilustrar, pode ser citado o número de decisões que impactam as liquidações das transações efetuadas no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que hoje, apenas para a disputa sobre o risco hidrológico, totalizam cerca de 160 liminares vigentes. É importante, também, destacar a natureza das referidas decisões judiciais, que podem ser classificadas entre liminares que limitam a exposição ao risco hidrológico, que priorizam o recebimento de créditos no MCP ou que protegem agentes dos efeitos de outras liminares.

Na prática, o Judiciário tem assumido a discricionariedade sobre questões técnicas do setor elétrico, competência que seria da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), com base na análise de casos concretos, muitas vezes cautelarmente, sem ouvir todas as partes interessadas e sem atentar para o rito processual da ANEEL, que envolve, por exemplo, audiências públicas, e que busca equilibrar os direitos de todos os agentes com base na análise global do impacto regulatório. O resultado tem sido a distorção da regulação setorial, com ônus para todos os agentes envolvidos.

As causas desse fenômeno são muitas. O arcabouço normativo e regulatório do setor elétrico é complexo, apresenta uma linguagem extremamente técnica e encontra-se sistematizado em extenso conjunto de leis, decretos e resoluções, o que dificulta a percepção do direito pelos agentes, juízes e reguladores. Também tem havido frequentes alterações legislativas e regulatórias que, para tentar resolver

litígios existentes, impactam retroativamente em direitos, incubando o risco de novas disputas judiciais. Em outros casos, o regulador tem pecado pela intempestividade de sua intervenção ou falhado em sua função de pacificar o setor e de ser visto e aceito pelos agentes como a fonte das melhores decisões. Finalmente, sem querer propor uma lista exaustiva, há casos cujo objetivo do litígio judicial aparenta ser apenas protelar o cumprimento de obrigações até que uma solução regulatória ou política seja construída.

Múltiplas causas requerem múltiplas soluções. O primeiro passo seria a melhoria da qualidade técnica e da tempestividade das decisões administrativas. Nesse ponto, cabe registrar que tem havido um claro esforço do Ministério de Minas e Energia (MME) e da ANEEL em aprofundar o uso de consultas públicas e outros instrumentos de engajamento com a sociedade para melhorar a qualidade de suas decisões e tentar antecipar possíveis pontos de conflitos. Um exemplo interessante foi a criação pela ANEEL, em junho de 2018, da Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor, fórum opinativo que visa incrementar a participação social no processo decisório e garantir que a visão do consumidor seja avaliada nos debates realizados, por meio da análise da regulamentação. Ainda assim, é preciso ampliar o uso de análises de impactos regulatórios na edição ou revogação de normas e diretrizes. Também existe espaço para melhorar a matriz de riscos dos contratos de modo a reduzir a probabilidade de judicialização. Uma proposta nesse sentido foi apresentada no artigo Agenda Regulatória para os Leilões de Geração, também publicado pelo Portal CanalEnergia.

O segundo passo seria a revisão sistemática do conjunto de normas, especialmente as leis e decretos, que regem o setor elétrico, para dirimir dúvidas ou viabilizar a repactuação de riscos, direitos e obrigações, como o governo já vem fazendo, mas principalmente para aumentar a coerência entre os diferentes comandos normativos e para se evitar que soluções pontuais acabem por produzir efeitos colaterais perversos e não antecipados. Deve-se, ainda, obstar que a desorganização normativa do setor elétrico resulte em intervenções normativas que sejam apenas mais remendos à regulação do setor, motivando futuras judicializações.

A desorganização da regulação do setor elétrico prejudica sua coercibilidade, traz mais possibilidades para questionamentos judiciais e dificulta a compreensão pelo juiz do direito litigado. Por tudo isso, além de alterações pontuais na legislação, entende-se que a Codificação do Setor Elétrico seria positiva para a redução da judicialização. A Codificação do Setor Elétrico nada mais é do que a sistematização de normas. Isto é, o agrupamento de normas que precisam se ajustar entre si para formar um todo harmônico e coerente de preceitos que regem o setor elétrico. É necessário, pois, organizar as normas jurídicas que não se acham justapostas, mas que devem se entrelaçar em uma conexão harmônica. Tal codificação exige uma coerência lógica nos comandos jurídicos que regem o setor elétrico. Essa coerência lógica é feita através do diálogo de fontes e da hierarquia entre as diferentes normas que regulam o setor. Portanto, é importante que a codificação normativa do setor elétrico, embora não possa conceder ou destituir direitos e obrigações, seja precedida de uma análise de impacto regulatório, já que seria necessário escolher entre aparentes conflitos e incoerências normativas.

Outra medida fundamental para a solução do problema da judicialização é fomentar a preferência por decisões técnicas administrativas e arbitrais, em detrimento de disputas judiciais. No campo das decisões administrativas, é preciso compreender que sempre existirá um espaço para o exercício da discricionariedade em cada decisão, visto que existe um conjunto de princípios constitucionais e legais, bem como aspectos políticos, sociais e econômicos, que precisam ser ponderados. O ato administrativo discricionário é aquele em que a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público em questão, ou seja, é aquele cuja lei deixa a critério do administrador a escolha, dentre diversas alternativas, da mais adequada à realização da finalidade pública.

Isto é feito através da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência da prática de determinado ato – é o que se chama de mérito administrativo. Além disso, as decisões administrativas da Aneel são colegiadas, obedecem a ritos rigorosos e transparentes para sua motivação, sendo, pois, permeadas pela presunção de legalidade. Não obstante, a oportunidade e a conveniência são aspectos subjetivos que podem ser questionados por meio de medidas judiciais, não parece adequado que as decisões administrativas sejam alteradas ou suspensas pelo judiciário cautelarmente por meio de liminares, visto que não se pode falar em *fumus boni iuris* quando presente a presunção de legalidade, exceto nos casos de evidentes vícios formais na decisão.

Quanto à possibilidade de arbitragem, a Lei 9.307/96, em seu artigo 1º, estabelece que somente poderão ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis. O legislador limitou, dessa forma, o direito a ser posto em juízo privado, não somente à patrimonialidade, mas também a sua disponibilidade. Ou seja, cuidou para que se limitassem somente a direitos negociáveis/transacionáveis. No mesmo sentido, a Resolução Normativa 109/2004 da Aneel, por meio do seu artigo 58, prescreve aos agentes da CCEE a possibilidade de submissão à arbitragem apenas dos conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Vale destacar que parte das ações judiciais referentes ao setor elétrico, particularmente quanto ao risco hidrológico ou aplicação de descontos na parcela variável decorrente de atrasos em linhas de transmissão, aparentemente abordam direitos patrimoniais disponíveis relativos a negócios entre partes privadas. No entanto, como decorrência do modelo adotado para diversificação do risco, os contratos de geração e de transmissão de energia elétrica são firmados com múltiplos agentes o que torna os interesses difusos e, portanto, mais complexo o exercício da arbitragem. Outras ações, como as referentes aos pagamentos de encargos setoriais, são de cunho eminentemente público e não estão sujeitas à arbitragem sem uma autorização legal expressa. De todo modo, a opção dos agentes em colocar a Administração Pública no polo passivo, acaba por inviabilizar o instituto da arbitragem, visto que o Ministério de Minas e Energia (MME) e a ANEEL fundamentam toda a sua atuação, inclusive a judicial, no interesse público, tema que, uma vez aludido, é indisponível.

No mais, um dos principais temas da judicialização do setor elétrico tem sido as liminares concedidas contra o mecanismo de rateio pela inadimplência do pagamento do Fator GSF mesmo antes que houvesse decisão administrativa. Essas matérias apreciadas antecipadamente também não podem ser objeto de arbitragem, visto que, para tanto, requer-se o esgotamento da via administrativa. Cabe destacar que, frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a arbitragem impede que o judiciário conheça a questão somente em um primeiro momento. Isso porque é possível que as partes acionem o Poder Judiciário para a anulação ou impugnação à execução da sentença arbitral. Ainda assim, o tema da arbitragem precisa ser revisitado de modo a incentivar o seu uso na solução de conflitos contratuais.

Como visto acima, muito embora existam medidas que possam ser tomadas para valorizar as decisões administrativas e a arbitragem, o acesso ao judiciário é inafastável. Assim é importante melhorar a qualidade técnica das decisões judiciais, especialmente quanto aos aspectos econômicos e regulatórios. Por essa razão, há a necessidade de equilíbrio entre a atuação das decisões no âmbito da Aneel, da Câmara de Arbitragem e do Poder Judiciário. Isso porque as decisões proferidas pela Aneel e pelo sistema de arbitragem se caracterizam pelo caráter técnico. A energia elétrica é uma commodity peculiar, caracterizada por ser um bem público, e o setor elétrico atua por meio de regulação e características específicas. Há, pois, a necessidade de uma vara da Justiça Federal que seja especializada em conflitos regulatórios e administrativos. Caso contrário, o Poder Judiciário, por meio da justiça comum, não estará plenamente qualificado para harmonizar as suas decisões com a Aneel e a Câmara de Arbitragem, uma vez que dependem de conceitos técnicos, vocabulários específicos e regulação própria e abrangente. Como a competência

jurisdicional para os conflitos do setor elétrico recai à Justiça Federal, cabe ao Conselho de Justiça Federal (CJF), por meio de resolução, criar varas especializadas na Justiça Federal.

Tendo em vista as peculiaridades e especificidades da regulação do setor elétrico, somadas à intensa judicialização de litígios e deferimento de liminares com implicações no mercado de energia, o governo pode construir um documento sólido sobre a judicialização do setor e solicitar ao CFJ a criação de varas especializadas na regulação do Setor Elétrico. A partir da criação de varas especializadas, os julgamentos dos conflitos referentes ao setor elétrico seriam feitos por magistrados especializados e com atuação específica, senão no setor, pelo menos em regulação. Tal ação, atrelada a uma codificação do setor elétrico e à valorização das decisões administrativas e arbitrais, ensejariam a harmonização entre as decisões da Aneel e do Poder Judiciário, trazendo maior coercibilidade e segurança jurídica/regulatória.

**Tiago de Barros Correia, economista, especialista em políticas públicas e gestão governamental e ex-Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica.
Bruna de Barros Correia, advogada, especialista em regulação do setor elétrico e professora doutora do UNIEURO**