



REGULAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

Sérgio Guerra*
Melina Rocha Lukic**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a natureza jurídica e a regulação das bandeiras tarifárias instituídas na conta de energia elétrica do consumidor cativo. A partir do estudo da justificativa empírica para a criação das bandeiras tarifárias - necessidade de custear as despesas decorrentes do acionamento de termelétricas em um contexto de falta de recursos hídricos - e da sua função de diminuir a demanda de energia elétrica; desenvolvemos a hipótese segundo a qual a exação representada pelas bandeiras tarifárias não possui natureza jurídica tributária, mas de adicional tarifário. Tal constatação pode ser confirmada por precedente do STF no qual afastou a natureza jurídica tributária de cobranças similares, sob a justificativa de não possuírem o critério da compulsoriedade. Quanto ao aspecto regulatório, demonstramos a juridicidade do papel central da ANEEL na criação e regulação destas bandeiras, dentro de um contexto de “deslegalização” que complementa o marco regulatório do subsistema de energia elétrica.

Palavras-chave

Bandeiras tarifárias. Natureza tributária. Regulação. ANEEL.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the legal nature and the regulation of the “tariff flags” established in the electric energy bill of the captive consumers. From the study of the empirical justification for the creation of “tariff flags” - the need to finance the costs resulting from the activation of thermoelectric plants in a context of lack in water resources - and their function of reducing the demand for electricity; we developed the hypothesis according to which the “tariff flags” does not have a tax legal nature, but an additional tariff legal nature. This finding can be

* Pós-Doutor (*Visiting Researcher*, Yale Law School), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito da FGV Rio. Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Vogal da Comissão de Arbitragem e Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

** Doutora e Mestre pela Université Paris III – Sorbonne Nouvelle em cotutela com a Universidade Federal de Santa Catarina. Foi professora de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito e pesquisadora do Centro de Pesquisas em Direito e Economia da FGV-Direito Rio. Professora visitante da Universidade de Toronto.

confirmed by a precedent of the STF in which the tax legal nature related to similar charges was not confirmed, under the justification of not having the criterion of compulsory. Regarding the regulatory aspect, we demonstrate the legality of the central role of ANEEL in the creation and regulation of these flags, within a context of "delegitimation" that complements the regulatory framework of the electrical energy subsystem.

Keywords

Tariff flags, tax legal nature, regulation, ANEEL

1. INTRODUÇÃO

A energia elétrica no Brasil é predominantemente gerada por usinas hidrelétricas, que depende de condições climáticas. O país passou, nos últimos tempos, por prolongadas estiagens, causando fortes repercussões ao setor elétrico. Esse fato impactou os níveis dos reservatórios, o que fez aumentar o uso de termelétricas e trazer custos variáveis às distribuidoras de energia elétrica.

Com essas características, o mercado de energia no Brasil é um sistema complexo, que exige regulação setorial, atualmente exercida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Está dividido em dois ambientes: o ACR (Ambiente de Contratação Regulada), no qual os consumidores são cativos, e o ACL (Ambiente de Contratação Livre), em que os consumidores são livres.

Para se remunerar pelo consumo, a tarifa de energia é um agregado complexo de custos, os quais envolvem geração, transmissão e distribuição, além de perdas de energia (técnicas e não-técnicas), impostos, tributos e encargos.

No Ambiente de Contratação Regulada, os consumidores cativos são aqueles que compram a energia das concessionárias de distribuição às quais as suas unidades estão ligadas. Cada unidade consumidora paga apenas uma fatura de energia por mês, incluindo o serviço de distribuição e a geração da energia.¹

¹ Os consumidores livres, ao contrário, são aqueles que, atendidos em qualquer tensão, tenham exercido a opção de compra de energia elétrica conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Diferentemente dos cativos, os consumidores livres podem comprar energia elétrica diretamente dos geradores ou dos comercializadores. Essa compra e venda de energia elétrica ocorre mediante contratos bilaterais, sob condições livremente negociadas; isto é, há liberdade na fixação do preço da energia, definição do prazo de contratação, volume etc. Os consumidores livres não se confundem com os consumidores potencialmente livres. Estes, a despeito de cumprir as condições previstas no art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, compram parte de suas necessidades de energia elétrica no mercado livre e outra parte da distribuidora local, nas mesmas condições reguladas aplicáveis a consumidores cativos, inclusive tarifas e prazo. A Resolução Normativa ANEEL nº 376/2009 determinou que essa espécie de consumidor firme o CCEAL (Contrato de Compra de Energia no Ambiente de Contratação Livre) e o CCER (Contrato de Compra de Energia Regulada), além do Contrato de Conexão às Instalações de Distribuição - CCD ou de Transmissão - CCT e o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD ou de Transmissão - CUST.

Nesse ambiente, as tarifas são disciplinadas pela ANEEL que instituiu, por meio de norma regulatória, um acréscimo denominado de Bandeiras Tarifárias². A proposta de instituição de bandeiras tarifárias abrangia duas medidas: (i) atualizar o sinal de longo prazo, ou seja, utilizar a precificação dos contratos; e (ii) colocar um sinal de curto prazo, a fim de repassar um incentivo tarifário ao consumidor que reflita os custos presentes de geração de energia, adequando os sinais tarifários seco e úmido, oriundos da década de 1980, à realidade do setor. A bandeira tarifária Verde indica condições favoráveis de geração de energia, não implicando acréscimo tarifário. As bandeiras tarifárias Amarela e Vermelha indicam condições menos favoráveis e críticas de geração de energia, resultando em adicionais tarifários.

Vale destacar a seguinte explicação dada pela Superintendência de Regulação Econômica da ANEEL – SRE/ANEEL, na Nota Técnica nº 363/2010, para a implantação das bandeiras tarifárias:

O que se busca com essa proposta é dar um sinal para que a carga também se esforce na busca do equilíbrio entre oferta e demanda de energia, porém a um menor custo global. Quando se olha apenas pelo lado da oferta, o uso de insumo com custo mais elevado se justifica dado o maior custo do não atendimento da demanda. Por sua vez, espera-se que a demanda tenha oportunidade de resposta e assim contribua para um ponto de equilíbrio que terá menor custo global de geração³.

A adequação dos sinais tarifários teria por objetivo permitir que os consumidores cativos gerenciassem suas cargas, de modo que refletissem os custos presentes de geração. De acordo com aquela Superintendência, as bandeiras tarifárias seriam acionadas em caso de variação do PLD ou do ESS_SE (ESS por Segurança Energética) e, portanto, do custo da geração de energia elétrica. Sem as bandeiras tarifárias tal variação só seria percebida pelo consumidor no próximo processo tarifário.

Diante deste contexto, em que as bandeiras tarifárias se tornaram importante instrumento para a precificação da geração de energia elétrica, uma das questões cruciais a ser investigada é quanto a natureza jurídica⁴ e forma de regulação deste instituto. Assim, a hipótese, a ser desenvolvida neste artigo,

² As bandeiras tarifárias incidentes nas contas de consumo de energia elétrica dos consumidores cativos surgiram, no Brasil, com as Notas Técnicas nº 360/2010-SRE-SRD/ANEEL (proposta geral do projeto) e nº 363/2010-SRE/ANEEL (sinal econômico na tarifa de energia), ambas de 06/12/2010. Nesta, a Superintendência de Regulação Econômica - SRE procurou demonstrar a necessidade de aprimoramento da sinalização da tarifa de energia para o consumidor final.

³ Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Nota Técnica nº 363/2010-SRE/ANEEL, 2010, p. 24.

⁴ O sentido que se quer dar à natureza jurídica pode ser encontrado em MACHADO, Hugo de Brito. Natureza jurídica do empréstimo compulsório. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC*, v. 31, n. 1, jan./jun. 2017., p. 119 – 134.

é de que as bandeiras tarifárias constituem adicionais de tarifas de serviços públicos, não possuindo natureza tributária. Tendo em vista que o impacto sobre algumas contas mensais dos consumidores cativos gerou um problema prático a ser investigado, se busca neste estudo a construção do conhecimento científico necessário à solução desta dúvida. O objetivo, portanto, da presente pesquisa, após trazer uma visão geral do tema para que o leitor possa se situar no assunto, é analisar, sob a ótica jurídica, o modo em que se operou a regulação e a natureza jurídica das bandeiras tarifárias.

Para isso, descreveremos, em um primeiro momento, como e por que (competência normativa e motivação) essas bandeiras tarifárias foram criadas. Em seguida, analisaremos a competência da ANEEL para dispor sobre o assunto e a aplicação das bandeiras tarifárias à luz do equilíbrio econômico e financeiros dos contratos. Por fim, examinaremos a natureza jurídica das bandeiras tarifárias de acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal sobre cobrança de exação semelhante.

A presente pesquisa, sob temática inovadora e original, foi realizada com opção metodológica a partir de uma abordagem multimétodo, o que nos permitiu analisar a questão de maneira ampla e não limitada a uma discussão puramente teórica. Para o desenvolvimento do objeto, adotamos não só uma revisão bibliográfica referente ao tema, com o levantamento de alguns poucos argumentos centrais já existentes na doutrina; mas também uma análise empírica documental (estudo de atas, audiências e consultas públicas), interpretação da legislação e análise jurisprudencial – abordagem esta que nos permitiu a comparação da questão com casos semelhantes submetidos ao Judiciário.

2. DISCUSSÃO PRÉVIA E MOTIVAÇÃO TÉCNICA PARA A CRIAÇÃO DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

O desenvolvimento do processo de criação das bandeiras tarifárias, na estrutura tarifária das distribuidoras de energia elétrica, foi submetido à Audiência Pública nº 120/2010, perante a ANEEL, em 17 de dezembro de 2010. Na sequência, em 17 de dezembro de 2012 foi produzida a Nota Técnica nº 043/2012-SRC-SRE/ANEEL, visando apresentar uma análise das contribuições resultantes da Audiência Pública nº 095/2012, referentes à proposta de resolução para estabelecer os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias.

Nesse posicionamento, a ANEEL, com as devidas justificativas, apresentou manifestações referentes às contribuições para o aprimoramento da minuta de resolução que estabeleceria os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias previstas no Submódulo 7.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET e a respectiva informação aos consumidores de energia elétrica durante o ano de testes.

A referida Audiência Pública foi aberta em 8 de novembro de 2012, tendo por objetivo apresentar à sociedade e entes regulados a proposta de resolução normativa com os procedimentos comerciais para aplicação das bandeiras tarifárias. O prazo para o envio de contribuições encerrou-se em 10 de dezembro de 2012, tendo a ANEEL recebido 11 contribuições durante o período da Audiência Pública nº 095/2012, três destas oriundas de Entidades de Defesa do Consumidor e as demais de Distribuidoras de Energia Elétrica, individualmente ou por meio de sua associação.

Na referida Nota Técnica nº 043/2012-SRC-SRE/ANEEL⁵, merecem ser destacadas as seguintes conclusões que, de forma resumida, fazem referência a três pontos da proposta de resolução, a saber: (i) o prazo para a entrada em vigor da resolução; (ii) a mensagem a ser veiculada nas faturas de energia elétrica; e (iii) a legalidade do sistema de bandeiras tarifárias:

10. Com relação ao prazo para o início do “Ano Teste”, propõe-se que as concessionárias tenham como prazo limite a data limite de 1º de fevereiro de 2013 para iniciar a inclusão da mensagem nas faturas dos consumidores, sendo este considerado um prazo exequível para adequação dos sistemas comerciais para as exigências necessárias ao atendimento do estabelecido para o “Ano Teste”.

11. Com relação à mensagem na fatura de energia elétrica dos consumidores, propõe-se uma alteração na mesma, que passará a ter a seguinte forma: “A partir de 2014 vigorará o sistema de bandeiras tarifárias. A bandeira verde não implicará cobrança adicional. As bandeiras amarela e vermelha, quando acionadas, implicarão tarifas de maior valor, devido ao maior custo de geração. No mês de [informar mês] vigoraria a bandeira [informar bandeira], a qual implicaria [informar o adicional de R\$ 0,015/kWh ou R\$ 0,030/kWh] de acréscimo ao valor da tarifa, líquido de impostos. Mais informações em www.aneel.gov.br”

12. Adicionalmente, sugere-se que a Resolução Normativa estabeleça que a aplicação do Ano Teste a partir de fevereiro 2013 dar-se-á para todas as concessionárias de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN. A inclusão de tal comando se faz necessária para evitar o entendimento de que o Ano Teste aplica-se somente às distribuidoras no 3º Ciclo de Revisões.

13. Por fim, esclarecemos que toda a receita obtida pela concessionária com a aplicação dos adicionais das bandeiras amarela e vermelha serão revertidas em prol dos consumidores no reajuste tarifário seguinte.

As bandeiras tarifárias seriam aplicadas a partir do dia 1º de janeiro de 2014; contudo, somente entraram em vigor em 1º de janeiro de 2015. Com

⁵ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/095/resultado/nt-043-ap_95_2012-src-sre-bandeiras_tarifarias_analise_contribuicoes.pdf

efeito, a Resolução Normativa nº 464, de 22 de novembro de 2011, da ANEEL, determinou a vigência a partir de 1º de janeiro de 2014 e o ano de 2013 como ano-teste. Já a Resolução Normativa nº 547, de 16 de abril de 2013, da ANEEL, estabeleceu os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias. Por fim, a Resolução Normativa nº 593, de 17 de dezembro de 2013, da ANEEL, retardou a vigência para 1º de janeiro de 2015, fixando 2014 também como ano-teste.

Conforme exposto, a origem e a implementação das bandeiras tarifárias foram realizadas por meio de Audiências Públicas, Notas Técnicas e Resoluções Normativas da ANEEL. Esta agência, portanto, claramente teve um papel relevante na estruturação e na regulação desta questão; deste modo passa-se a examinar a competência da ANEEL, como agência reguladora, para estruturar e disciplinar a aplicação das bandeiras tarifárias.

3. FUNÇÃO NORMATIVA DA ANEEL E SUA COMPETÊNCIA PARA DISPOR SOBRE BANDEIRA TARIFÁRIA

A competência da ANEEL para o disciplinamento regulatório das bandeiras tarifárias, conforme mencionado na referida Resolução nº 547, de 16 de abril de 2013, foi estabelecida pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996⁶. Posteriormente, as bandeiras tarifárias foram contempladas em texto legal⁷, com objetivo específico de excluir os consumidores atendidos nos sistemas isolados⁸.

Cabe ressaltar que as normas legais e regulamentares que atribuem competências normativas à ANEEL para definir as bandeiras tarifárias são

⁶ Art. 1º. É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. Art. 2º. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL: [...] XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; [...] XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; [...] XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: [...] XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. [...].

⁷ LEI Nº 13.182, DE 3 DE NOVEMBRO DE 2015.

⁸ Art. 14. O art. 4º da Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º: “Art. 4º. [...] §3º. As bandeiras tarifárias homologadas pela Aneel não são aplicadas aos consumidores finais atendidos nos Sistemas Isolados por serviço público de distribuição de energia elétrica.

abertas, fluidas, conformadas por aspectos reflexivos⁹ (incluindo-se, aí, os conceitos jurídicos indeterminados), dentro da denominada *deslegalização* ou *destipicização*. Essa característica é destacada por Ana Raquel Gonçalves Muniz, Professora da Universidade de Coimbra, reportando-se ao fenômeno pós-moderno da “destipicização” dos atos administrativos:

Na Alemanha, a expressão ‘discricionariedade regulatória’ (Regulierungsermessen) foi utilizada, pela primeira vez, numa decisão do Bundesverwaltungsgericht de 2007, que, a propósito dos poderes do regulador das telecomunicações (o Bundesnetzagentur) em matéria de acesso à rede, entendeu que o legislador confere um amplo espaço de escolha e de conformação àquela entidade, onde predomina a realização de ponderações complexas entre os interesses públicos e privados em presença – o que configura o reconhecimento de uma ‘discricionariedade regulatória’. O conceito pretende, por conseguinte, reportar-se às decisões das entidades reguladoras, que, nos termos da lei (*rectius*, mercê da abertura propositada da habilitação legal), são dotadas de uma liberdade de conformação e de prerrogativas de avaliação, em contextos de risco, caracterizados pela necessidade de realização de juízos técnicos, de prognose e de racionalização de recursos, polarizados em decisões estratégicas (*hoc sensu*, decisões que corporizam uma estratégia regulatória), cuja repetição se revela impossível em sede de controlo jurisdicional, o qual assumirá, por consequência, uma feição muito atenuada. A discricionariedade regulatória manifesta-se quer na prática de atos administrativos, quer na emanação de regulamentos. A relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras projeta-se, simultaneamente, na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas exigido aquando da tomada de decisões. No que tange à primeira observação, reportamo-nos ao fenómeno da destipicização dos atos administrativos. Nestas hipóteses, e afastando-se precisamente do princípio da tipicidade dos atos – o qual pressupõe a fixação, pelo legislador, dos respetivos efeitos em função do interesse público que se destinam a prosseguir –, a lei limita-se a fixar os objetivos ou os fins a atingir (ou, para alguns, os resultados a alcançar), assumindo-se como uma simples habilitação formal, remetendo a modelação dos efeitos dos atos para a Administração¹⁰.

⁹ Sobre a reflexividade na regulação, ver GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre a escolhas administrativas. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In. *A crise e o direito público*: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013.

Ao atribuir ao regulador tarefas públicas de regulação, o Legislador está legitimado para conferir a essa função um âmbito de responsabilidade própria, sobretudo na avaliação de questões técnicas, na ponderação de interesses contraditórios e na apreciação das evoluções futuras¹¹. As modificações na prestação dos serviços públicos de energia elétrica se realizam em conformidade com a dinâmica da competência mercadológica. O Estado, dessa forma, tem que ponderar sua capacidade de resposta com o objetivo de alcançar os fins impostos pelo interesse público¹².

A título ilustrativo, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região apresentou caso típico de deslegalização no setor de energia elétrica, nos autos do AG 5045834-30.2016.404.0000, que tramitou perante a Terceira Turma, em que foi Relator o Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Destacou-se no julgado a descentralização normativa de aspectos técnicos que constitui fundamento da ação regulatória:

(...) A despeito dos fundamentos expostos pela parte autora, a Lei 10.848/2004 (resultante da conversão da MP 144/2003), a qual dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, modificou os marcos institucional e regulatório do setor elétrico. Neste novo modelo do setor elétrico, que enfatizou a observância da modicidade tarifária para os consumidores, da continuidade e qualidade na prestação do serviço, da justa remuneração aos investidores e da universalização do acesso aos serviços de energia elétrica e do seu uso, o papel atribuído ao CNPE ganhou destaque. - Razoável, pois, o entendimento de que ao editar as Resoluções combatidas na ação de origem, o Conselho Nacional de Política Energética limitou-se a dispor sobre questões atinentes aos mecanismos de aversão ao risco, mediante rateio entre os agentes, na busca do racional aproveitamento dos recursos energéticos, a bem inclusive da sanidade do Sistema Interligado Nacional-SIN, o qual, a despeito de centrado na matriz hidrelétrica, contempla também, notadamente em períodos de crise no ciclo hidrológico, a matriz térmica. - O regime de contratação de energia, tanto entre os agentes, como entre esses e os consumidores, tem suas balizas, inclusive as atinentes à política tarifária, determinadas por lei em sentido formal, mas não prescinde da ação normativa da Administração, a qual, em certa medida, pode sobre o tema dispor, inclusive no que toca ao suprimento de energia, sempre levando em conta a segurança do sistema e modicidade de tarifas. E nesse

¹¹ Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 31.

¹² Cf. MEILÁN GIL, José Luis. *Progreso tecnológico y servicios públicos*. Madrid: Civitas, 2006. p. 127.

particular, em princípio, avulta a atuação do CNPE, mesmo porque no campo das variáveis técnicas, mormente se relacionadas a circunstâncias conjunturais, a atuação legislativa nem sempre é factível. - Assim, em perfunctória análise, a edição das Resoluções questionadas está inserida no processo de *deslegalização* que ganhou força com o advento da Lei 10.848/2004 e do Decreto 5.163/2004, alterando os marcos institucional e regulatório do setor. Deste modo, em princípio, sem ofensa à Constituição Federal, em especial ao seu artigo 175, parágrafo único, III, foi conferido inegável protagonismo ao CNPE. - Enfatizado o papel das entidades e órgãos encarregados da regulação do setor, os novos marcos certamente pressupõem necessária descentralização normativa, que, quanto a aspectos técnicos, em rigor, constitui inclusive fundamento da ação regulatória. Regulação, de fato, implica, ao menos em certa medida, poder normativo. Nessa linha, ponderável admitir-se que a Lei 10.848/2004 e o Decreto 5.163/2004 (ao contemplarem o pagamento de um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive aqueles decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado), conferiram poder normativo ao CNPE no que toca a critérios técnicos que influenciam na política tarifária, sem com isso violar o inciso III do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal. - Desprovidimento do agravo de instrumento no qual postulado o deferimento de tutela de urgência.

A competência da ANEEL para regular questões envolvendo as bandeiras tarifárias decorre, portanto, deste fenômeno de deslegalização, destipicização e de descentralização normativa de aspectos técnicos da decisão administrativa. Esta atribuição de competência à Agência Reguladora pode indicar pistas para a natureza jurídica das bandeiras tarifárias, conforme examinaremos abaixo. Além disso, cumpre analisar a sua função normativa no disciplinamento dos adicionais das bandeiras tarifárias especificamente no contexto do reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme desenvolveremos a seguir.

4. OS ADICIONAIS DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS AMARELA E VERMELHA À LUZ DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS¹³

Um dos fundamentos para a instituição das bandeiras tarifárias, de acordo com os normas que as regulam, parece estar ligado à necessidade de se

¹³ Sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos baseamos no texto desenvolvido no artigo de autoria do primeiro autor deste artigo: GUERRA, Sérgio. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR). In *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. (Egon Bockmann Moreira – Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2016.

atender ao equilíbrio econômico-financeiro no fornecimento de energia elétrica por parte das concessionárias. O equilíbrio econômico-financeiro da concessão constitui princípio constitucionalmente assegurado, podendo ser inferido do art. 37, XXI, da Constituição Federal, quando se refere à exigência de “manutenção das condições efetivas da proposta” nos pagamentos relativos aos serviços contratados em regra mediante licitação¹⁴, igualmente positivado no art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95.¹⁵

O reequilíbrio pode ser feito por meio de revisão ordinária e extraordinária¹⁶. A lei de concessões confere ao concessionário o direito à revisão da tarifa quando houver alterações nos tributos incidentes sobre a atividade (à exceção daqueles relativos à renda)¹⁷. Contudo, em alguns casos, também legislações setoriais, editais e contratos de concessão preveem o direito à revisão na hipótese de determinados eventos que não são passíveis de ingerência pela concessionária, como a majoração do custo de insumos essenciais à execução da atividade concedida. Adicionalmente, os editais e os contratos de concessão aludem à revisão periódica da tarifa, relativamente a fatores que tenham ocasionado perdas ou ganhos imprevisíveis para qualquer das partes e que tenham, nesse sentido, alterado o equilíbrio econômico-financeiro.

A revisão tarifária contratual e legalmente prevista impõe-se como adequado mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, destinando-se a estabelecer novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos de serviço. Com efeito, a estabilidade financeira da concessão não deve atender, apenas e limitadamente, ao interesse do concessionário, mas, principalmente, à conveniência da administração, interessada na regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos consumidores, destinatários finais da atividade concedida.

Até a implementação do sistema de bandeiras tarifárias as distribuidoras de energia elétrica, em caso de impactos em suas receitas tarifárias, deveriam

¹⁴ Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁵ §4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹⁶ Sobre a diferença entre os institutos, Marçal Justen Filho observa que “o reajuste corresponde à modificação do valor da tarifa para enfrentar elevações normais de custos, relacionadas ao fenômeno inflacionário”. Já a revisão “envolve a possibilidade de modificações imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços”. JUSTEN FILHO. Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 263

¹⁷ Nos termos do art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995: §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

aguardar o reequilíbrio econômico e financeiro por meio de reajuste tarifário anual e/ou revisão¹⁸. Esse cenário foi, como dito, alterado com a instituição, pela ANEEL, do regime das bandeiras tarifárias por meio da Resolução nº 547, de 16 de abril de 2013, com as modificações introduzidas pela Resolução Normativa nº 593, de 17 de dezembro de 2013.¹⁹ As bandeiras tarifárias passaram a funcionar como mecanismos de gerenciamento pelo lado da demanda visando reduzir o risco sistêmico do setor elétrico em situações de aumento dos custos de energia²⁰.

¹⁸ Essa sistemática é esclarecida por Rutelly Silva: “A fim de entender o funcionamento das bandeiras tarifárias, é pertinente esclarecer primeiramente como ocorre a definição das tarifas de distribuição de energia elétrica pagas pelos consumidores regulados, ou seja, aqueles que não podem escolher o fornecedor de energia elétrica. Em virtude da legislação do Plano Real e dos contratos de concessão, as tarifas de energia elétrica são fixadas anualmente, por meio de processos de reajuste ou revisão. Dessa forma, na data do reajuste ou da revisão tarifária de cada distribuidora, a Aneel estipula a tarifa para os 12 meses seguintes tendo como base, fundamentalmente: i) os custos não gerenciáveis (ou Parcela A), correspondentes aos gastos das distribuidoras de energia elétrica com a compra de energia elétrica, o serviço de transmissão de energia elétrica, os encargos setoriais e os tributos; ii) os custos gerenciáveis (ou Parcela B), correspondentes aos custos com prestação eficiente do serviço de distribuição de energia elétrica; e iii) a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcela A (CVA), que representa desvios positivos ou negativos entre os custos não gerenciáveis estimados pela Aneel na data do reajuste ou da revisão e os valores efetivamente desembolsados pela distribuidora para cobrir esses custos ao longo dos 12 meses do período tarifário. De forma simplificada, no processo tarifário anual, a Aneel: – estima os custos não gerenciáveis (a Parcela A) da distribuidora para os 12 meses seguintes; – estipula os custos gerenciáveis (a Parcela B) para os 12 meses seguintes, já deduzidos de um fator de produtividade (o Fator X); – apura o saldo da CVA e o corrige pela Taxa do Serviço Especial de Liquidação e Custódia (SELIC); e – soma os três componentes acima e define o percentual médio de variação da tarifa. A sistemática apresentada é aplicada de forma semelhante nos processos tarifários de reajuste e de revisão. A diferença reside na definição da Parcela B. Na revisão, a Aneel reavalia esse componente a partir da simulação do que seria o custo de uma empresa eficiente. Já no reajuste, a Aneel corrige a Parcela B fixada no processo de revisão por um índice de preço: Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) ou Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)”. SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

¹⁹ O DIRETOR-GERAL INTERINO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, conforme Decreto sem número de 12 de março de 2013, no uso das suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, o que consta do Processo nº 48500.003987/2012-51, e considerando as contribuições recebidas na Audiência Pública nº 95/2012, realizada no período de 8 de novembro de 2012 a 10 de dezembro de 2012, resolve: Art. 1º. Estabelecer os procedimentos comerciais para a aplicação das bandeiras tarifárias, observadas as disposições constantes na seção 10 do Submódulo 7.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORÉ.

²⁰ Tal aspecto também é destacado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no levantamento promovido nas seguintes unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica; Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; Empresa de Pesquisa Energética; Ministério de Minas e Energia; e Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, no âmbito do TC 003.025/2015-2 que visou examinar as medidas emergenciais e estruturantes no âmbito do setor elétrico, com a identificação de possi-

Para melhor compreensão do tema é assinalável que as tarifas de energia elétrica contêm, além dos custos de transmissão e distribuição, previsíveis e independentes de condições climáticas, os custos da geração. O regime de bandeiras tarifárias é o sistema que, de um lado, sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica e, de outro, cobra desses mesmos consumidores as variações do custo²¹ de geração de energia elétrica necessárias para promover o reequilíbrio econômico e financeiro devido às distribuidoras.

O sistema de bandeiras tarifárias permite que o consumidor do mercado regulado perceba o aumento de variáveis no mesmo momento em que ocorrer.

veis aperfeiçoamentos e recomendações, sendo Relator o Ministro José Múcio Monteiro, Acórdão nº 2519/2015 – TCU – Plenário, em julgamento realizado em 14/10/2015: “4.2.2. Bandeiras Tarifárias. 200. Uma das medidas regulatórias indutoras de uso racional da energia foi a aplicação do Sistema de Bandeiras Tarifárias. Essa medida, que foi adotada este ano em consonância com o Realismo Tarifário, para sinalizar as condições de geração de energia elétrica no país, tem impacto direto na vida do consumidor. Por meio dela, o preço da energia é ajustado mensalmente em conformidade com a elevação ou redução de gastos do setor, trazendo realismo para o preço da eletricidade. 201. O sistema considera o rateio compartilhado entre todas as distribuidoras do SIN, dos gastos extraordinários com o uso das térmicas, bem como os adicionais das distribuidoras, a exemplo da compra extra de energia. 202. O sistema prevê a classificação dos custos da geração, com base no maior valor do Custo Variável Unitário – CVU – da última usina a ser despachada por ordem de mérito ou por segurança energética, em três níveis: (i) bandeira verde significa condições favoráveis de geração e tarifa normal, sem acréscimo; (ii) bandeira amarela indica que os custos de geração estão aumentando, e por conseguinte ocorre acréscimo na tarifa (R\$ 2,50 para cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos; e (iii) bandeira vermelha sinaliza maiores custos (o acionamento de grande quantidade de termelétricas, por exemplo), implicando acréscimo ainda maior na tarifa (R\$ 5,50 para cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos. [...] 204. Dessa forma, tal medida atende a duas razões: (i) aumentar a tarifa no momento em que se verifica problemas hidrológicos, de forma a induzir diminuição de consumo e; (ii) diminuir a necessidade de aumento expressivo no capital de giro das distribuidoras, que pagam a compra de energia mensalmente, mas só teriam o repasse necessário para a cobertura dos maiores custos de compra no reajuste anual seguinte. 205. A medida tem previsão legal/normativa - Decreto 8.401/2015 e Resolução Normativa 547 (Aneel), de 16/4/2013, que estabelece os procedimentos comerciais para aplicação do sistema de bandeiras tarifárias. Note-se que embora a Resolução Normativa da Aneel datada de 2013, ela somente foi implementada em 2015. Essa demora para a elevação dos valores das tarifas, que pode ter relação com a promessa de redução tarifária em 20% e o momento político eleitoral do Brasil, agravou a crise energética, aumentou os valores da energia no mercado de curto prazo, gerando consequências graves para todo o sistema elétrico”.

²¹ Esses custos incidem nos seguintes casos: a) Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Regulada na Modalidade por Disponibilidade – CCEAR D; b) Exposição Involuntária ao mercado de curto prazo por insuficiência de lastro contratual em relação à carga realizada; c) Encargo de Serviços do Sistema – ESS decorrentes das usinas despachadas fora da ordem de mérito e por ordem de mérito com Custo Variável Unitário – CVU acima do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD máximo; d) Ressarcimento da Conta de Energia de Reserva – CONER; e) Exposição ao mercado de curto prazo decorrente de insuficiência de geração alocada no âmbito do Mecanismo de Relocação de Energia – MRE – das usinas hidrelétricas contratadas em regime de cotas, de que trata o art. 1º da Lei nº 12.783, de 2013 (Risco Hidrológico das Cotas); e f) Exposição ao mercado de curto prazo decorrente de insuficiência de geração alocada no âmbito do MRE de Itaipu Binacional (Risco Hidrológico de Itaipu).

Sendo assim, o consumidor poderá optar ou não pelo consumo de energia sabendo *a priori* o quanto lhe custará. Esta característica é de aguda importância para a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias. Conforme veremos a seguir, o STF já decidiu que, se determinada exação não tiver o caráter de compulsoriedade, tal cobrança deve ser considerada uma tarifa ou preço público e não um tributo.

Nota-se, então, que as bandeiras tarifárias são mecanismos dinâmicos de gerenciamento pelo lado da demanda,²² com o fim de incentivar a economia do uso de energia e assim diminuir o risco sistêmico do setor elétrico em situações de aumento dos custos de energia, como se constata no atual cenário elétrico brasileiro:

As bandeiras tarifárias foram criadas para aperfeiçoar esse processo tarifário, de modo a reduzir o saldo da CVA. Quando as estimativas da Aneel para o custo da distribuidora de energia elétrica com itens da Parcela A divergem do custo real enfrentado pela empresa, há um descompasso entre as receitas a que as distribuidoras têm direito e a recebida junto a seus consumidores. Se a estimativa da Aneel na data do processo tarifário é inferior ao custo real, a distribuidora registra essa diferença na CVA para ser cobrada do consumidor de energia elétrica no processo tarifário seguinte, com correção pela Selic, ou seja, a empresa assume temporariamente esse custo no lugar do consumidor; quando a estimativa é superior, a distribuidora devolve a diferença para o consumidor, também corrigida pela Selic, no processo tarifário seguinte. Dessa forma, o consumidor pode se tornar um devedor ou credor compulsório da distribuidora, sem saber e sem ter mecanismos para se defender quando a estimativa da Aneel é inferior aos custos reais. [...] as bandeiras tarifárias amenizaram os impactos financeiros ao consumidor e às distribuidoras de energia elétrica.²³

No caso do Brasil, predominantemente um sistema elétrico de matriz hidrotérmica, sustenta-se, tecnicamente, que as bandeiras tarifárias são essenciais na diminuição da demanda e, portanto, do despacho de usinas termelétricas, cujo preço da energia é mais caro. Assim, diminui-se o risco sistêmico num contexto de alta escassez de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

²² Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADDEE. Bandeiras Tarifárias, 2014, p. 6. Disponível na internet: www.abradee01.org/uploader/BandeirasTarifarias_7371.pdf.

²³ SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

As bandeiras tarifárias, como adicional tarifário, são devidas pelos custos decorrentes do acionamento das termelétricas em cenário hidrológico adverso e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo (spot) que afetem os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao Sistema Interligado Nacional - SIN²⁴. Para operacionalizar os recursos, o citado Decreto nº 8.401, de 4 de fevereiro de 2015, criou a Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias (CCRBT).

A criação da CCRBT é explicada em detalhes pelo estudo de autoria de Rutelly Silva:²⁵

A CCRBT é destinada a administrar os recursos decorrentes da aplicação das bandeiras tarifárias. Por isso, os valores provenientes das bandeiras tarifárias arrecadados pelas distribuidoras de energia elétrica devem ser recolhidos à CCRBT. A Aneel identifica as necessidades de cada uma das empresas para honrar seus compromissos com a geração por fonte termelétrica e com a liquidação no mercado de curto prazo e autoriza a transferência do montante correspondente. Na prática, as distribuidoras, quando arrecadam mais do que deveriam receber, recolhem à CCRBT apenas a diferença; quando arrecadam menos, recebem da CCRBT a diferença. Portanto, algumas empresas são credoras e outras devedoras da CCRBT.

Nos termos da Nota Técnica nº 28/2015-SGT/ANEEL²⁶, com a edição do Decreto nº 8401/2015, os recursos provenientes da aplicação das bandeiras tarifárias, pelos agentes de distribuição, passaram a ser revertidos à CCRBT. Estes recursos são repassados aos agentes de distribuição considerando a diferença entre os valores realizados dos custos de geração por fonte termelétrica e da exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo, que afetam os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao SIN, e a cobertura tarifária vigente.

Os recursos obtidos a partir das bandeiras tarifárias (amarela e vermelha) ficam disponíveis na “Conta Bandeiras” e são repassados, mensalmente, às distribuidoras que possuem direito ao crédito, no processo de liquidação financeira do mercado de curto prazo. Nesse contexto, diferentemente do modelo anterior, em que os custos com compra de energia pelas distribuidoras

²⁴ Nesse sentido, dispõe o Decreto nº 8.401, de 4 de fevereiro de 2015: Art. 2º As bandeiras tarifárias serão homologadas pela ANEEL, a cada ano civil, considerada a previsão das variações relativas aos custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo que afetem os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao Sistema Interligado Nacional - SIN.

²⁵ SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

²⁶ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/006/documento/nota_tecnica_28_sgt.pdf

eram incluídos no cálculo de reajuste das tarifas dessas distribuidoras e repassados aos consumidores anualmente - quando a tarifa reajustada passava a valer para os mesmos - com as bandeiras tarifárias parte do reajuste anual concedido às distribuidoras é diluído. Nesse caso, são considerados os custos realizados da geração de energia por fonte termelétrica e das exposições ao mercado de curto prazo, apurados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE conforme Regras de Comercialização e Mecanismo Auxiliar de Cálculo – MAC.

É importante destacar que a CCRBT não descaracterizará o processo de reajuste e revisão tarifária das distribuidoras, conforme Nota Técnica nº28/2015-SGT/ANEEL²⁷, de modo que os valores recebidos das bandeiras tarifárias integrarão os cálculos daqueles procedimentos:

Com a aplicação do sistema de bandeiras e a criação da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, recomenda-se que nos processos tarifários (ordinários ou extraordinários) sejam realizados os seguintes procedimentos: a) Os CCEARs por disponibilidade sejam valorados pela previsão mensal de CMO informado pelo ONS, cujo valor será limitado a R\$ 200/MWh; b) Não seja concedida previsão para o custo de Encargo de Serviços do Sistema por Segurança Energética – ESS_SE, c) Não seja concedido repasse do custo estimado do montante de sobrecontratação ou exposição ao mercado de curto relativo ao ano civil corrente de aplicação do processo tarifário. Para este item, deve-se revogar o inciso II do art. 6º da REN 255/2007. d) Na apuração da CVA do ano posterior devem ser consideradas as receitas líquidas de bandeiras tarifárias, isto é, Receita Faturada menos aporte realizado à Conta mais repasse recebido da Conta.

Em resumo, de acordo com a ANEEL, a tarifa de energia elétrica não se confunde com os valores indicados nas bandeiras tarifárias. Enquanto “as tarifas representam a maior parte da conta de energia dos consumidores e dão cobertura para os custos envolvidos na geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, além dos encargos setoriais”, as bandeiras tarifárias “refletem os custos variáveis da geração de energia elétrica”²⁸, de acordo com a utilização das usinas. Antes da existência do sistema de bandeiras, os custos com a geração de energia elétrica em condições desfavoráveis só eram repassados no preço da tarifa para o contribuinte em momento posterior, quando do eventual reajuste. Por essa razão, a ANEEL preconiza que as bandeiras tarifárias não implicam em custo adicional para os consumidores; trata-se de uma forma

²⁷ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/006/documento/nota_tecnica_28_sgt.pdf

²⁸ Disponível em <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias> consultado em 10 de dezembro de 2017.

transparente de informar aos mesmos, mês a mês, o custo da geração de energia elétrica que será cobrada²⁹.

Esta diferenciação entre a tarifa e os adicionais correspondentes às bandeiras tarifárias levanta a questão quanto à natureza jurídica destas, assunto que será tratado a seguir.

5. NATUREZA JURÍDICA DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

Conforme acima explicado, o regime de bandeiras tarifárias, estruturado no âmbito de um arranjo regulatório da ANEEL, sob o ponto de vista do equilíbrio sistêmico, foi implantado para cobrir os custos variáveis de geração da energia elétrica do momento em que estão sendo incorridos pelas distribuidoras, para posterior consideração nos processos de reajuste/revisão tarifária, enquadrando-se no disposto na Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993.³⁰

Neste contexto, ganha relevo a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias: podem ser consideradas como adicionais tarifários ou se revestem de outra natureza – como tributária, por exemplo. A natureza jurídica tributária poderia ser apontada caso as bandeiras tarifárias se enquadrassem no conceito legal de tributo previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Este dispõe que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Caso se verifique a natureza tributária das bandeiras tarifárias, o regime jurídico aplicável seria o tributário, devendo neste caso observar todos os princípios dele decorrente, tais como princípio da legalidade, anterioridade e tipicidade.

Para examinar esta questão faz-se pertinente analisar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.189/RS, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu, em Repercussão Geral, que os encargos de capacidade emergencial, de aquisição de energia elétrica emergencial e de energia livre adquirida no MAE (conhecidos como “seguro-apagão”), instituídos pela Lei nº 10.438 de 2002, eram constitucionais e tinham a natureza jurídica de tarifa ou preço público e não de tributo³¹.

²⁹ Disponível em <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias> consultado em 10 de dezembro de 2017.

³⁰ Art. 1º Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei. [...] § 2º Os níveis das tarifas a que se refere o “caput” deste artigo corresponderão aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada concessionário distribuidor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados.

³¹ STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009. EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS

A decisão do STF neste caso é relevante para a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias haja vista que estas possuem características semelhantes, em seus aspectos essenciais, aos encargos emergenciais criados pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (“seguro-apagão”). De maneira análoga a esses, nas bandeiras tarifárias o custo do serviço de geração passa a ser repassado gradualmente, via tarifa, conforme a variação do uso da energia gerada pelas termelétricas e compra no mercado spot, sinalizando aos consumidores quando há escassez na oferta de energia e, por consequência, aumento do preço na sua aquisição.

No julgamento do referido recurso, o relator Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que os encargos emergenciais não teriam a natureza jurídica de tributos porque a eles faltaria o elemento da compulsoriedade, previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Segundo o ministro: “a obrigação de pagar os encargos em questão estava diretamente jungida à hipótese de tratar-se ou não o obrigado de consumidor de energia elétrica provinda do Sistema Interligado Nacional. Isso significa que os encargos definidos na Lei 10.438/02 não eram de pagamento compulsório, porquanto os consumidores poderiam valer-se de outros meios para a obtenção de energia elétrica que não a proveniente do Sistema Interligado Nacional, mediante geradores próprios, por exemplo”³².

A ausência de compulsoriedade, fator determinante para a descaracterização da natureza jurídica tributária, também foi apontada por outros ministros. O Ministro Eros Grau corroborou com esta perspectiva ao afirmar que “[o] serviço de que se cuida é facultativo e quem dele quiser fazer uso há de

CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento.

(RE 576189, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-07 PP-01424 RIP v. 11, n. 56, 2009, p. 291-304 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 249-268)

³² STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, p. 14.

suportar esse ônus. Aí não há obrigação; há uma adesão, para que se remova um obstáculo”³³.

Exatamente por esta razão, apesar de os encargos emergenciais apresentarem o caráter de prestações pecuniárias pela contraprestação à utilização de um serviço público, assemelhando-se às taxas, esses seriam, na realidade, preços públicos ou tarifas. Os ministros do Supremo Tribunal Federal também decidiram que o fato da parcela, ou mesmo integralidade, do valor da tarifa ter como destinatário terceiro responsável pelo custeio, manutenção, melhora e expansão do serviço de prestação de energia, não descaracterizaria a natureza jurídica dos encargos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 576.189/RS deve ser, portanto, considerada como um precedente importante para a configuração da natureza jurídica das bandeiras tarifárias. As mesmas razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para decidir acerca da natureza jurídica dos encargos emergenciais também são aqui aplicáveis, isto é, de que não há compulsoriedade na cobrança de bandeiras tarifárias.

Com efeito, o STF entendeu que não havia compulsoriedade porque o fornecimento de energia elétrica decorre de uma relação contratual e porque os consumidores ainda podem valer-se de outros meios para a obtenção de energia elétrica (tais como geradores próprios, por exemplo). Ou seja, o consumidor tem liberdade para aderir ou não ao serviço oferecido pela concessionária, pagando valor mais elevado na conta em razão da aplicação das bandeiras tarifárias quando há condições desfavoráveis à geração de energia. Só haveria o critério da compulsoriedade, apto a ensejar a natureza tributária, caso este elemento de escolha não estivesse presente e o consumidor fosse obrigado a usufruir do serviço. Dessa forma, prevalecendo o entendimento do STF ao caso em exame, as bandeiras tarifárias teriam natureza jurídica de preço público ou tarifa, assim como os encargos emergenciais pagos no “seguro-apagação”.

Nas bandeiras tarifárias há ainda um outro caráter volitivo a se considerar e que pode ser decisivo para a determinação da sua natureza jurídica. Tendo em vista que as bandeiras amarela e vermelha correspondem a uma cobrança adicional proporcional ao consumo os consumidores têm a faculdade de ajustar o seu consumo para pagarem um valor menor a título de adicional correspondente à respectiva bandeira tarifária aplicável.

Ademais, vale destacar que o arranjo regulatório em comento sempre estará sujeito aos devidos ajustamentos tarifários nos processos de revisão tarifária. Esse arranjo instituído para fazer frente à variação dos custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação do mercado

³³ STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, p. 28.

spot, estaria em consonância com os termos do art. 175 da Constituição Federal, integrando uma "política tarifária". Sobre esse aspecto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 9, decidiu que a "implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal" é constitucional³⁴. Este entendimento pode ser aplicado às bandeiras tarifárias, mesmo que estas tenham sido implementadas por meio de resoluções da ANEEL, já que, conforme vimos, esta agência teria competência deslegalizada para a regulação desta questão.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo examinar a natureza jurídica e a regulação das bandeiras tarifárias instituídas na conta de energia elétrica do consumidor cativo.

A forma e os motivos pelos quais as bandeiras tarifárias foram criadas pela ANEEL nos traz importantes definições quanto à natureza jurídica destas. Conforme constatamos, o fundamento para a instituição das bandeiras tarifárias encontra-se ligado à necessidade de custear as despesas decorrentes do acionamento de termelétricas em um contexto de falta de recursos hídricos. Além disso, verificamos que os adicionais correspondentes às bandeiras tarifárias cumprem uma importante função de diminuir a demanda, fazendo com que o risco sistêmico também diminua.

Destaque-se, ainda, que a ausência de compulsoriedade da exação representada pelas bandeiras tarifárias igualmente descarta a possibilidade destas se revestirem de natureza jurídica tributária, o que confirma a hipótese da pesquisa. Tendo em vista

³⁴ AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente." (STF, Ação Direta de Constitucionalidade nº 9, Relator Ministro Néri da Silveira, Relatora para acórdão Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001).

que as bandeiras tarifárias correspondem a um adicional a ser cobrado conforme o consumo de energia, os consumidores têm a opção de diminuir o seu consumo para pagar um valor menor a título deste adicional. A natureza jurídica de tarifa das bandeiras tarifárias ainda pode ser confirmada à luz de precedente do STF que reafirmou a natureza jurídica de tarifa das cobranças relativas ao “seguro apagão”.

Quanto ao aspecto regulatório, demonstramos a juridicidade do papel central da ANEEL na criação e regulação destas bandeiras. As funções das ANEEL envolvem o desempenho de uma função normativa que se subsume ao desenvolvimento tecnológico e deve ser conjugada com o atendimento das necessidades e finalidades das políticas públicas setoriais a que essas entidades estão vinculadas. Esse caráter técnico da atuação da ANEEL se revela por meio dos requisitos de formação técnica que a lei impõe a seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados.

Esta é o caso da bandeira tarifária, cujo arranjo regulatório visa sinalizar aos consumidores cativos os custos reais da geração de energia elétrica e cobrar desses mesmos consumidores as variações do custo de geração de energia elétrica necessárias para promover o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, devido às distribuidoras.

Vale dizer, a regulação exercida pela ANEEL para adotar medidas como essa se orienta por critérios preponderantemente técnicos, de modo a permanecer equidistante dos interesses do Poder Concedente, dos concessionários de distribuição de energia elétrica e dos consumidores cativos impactados com a medida. A ANEEL, ao criar as bandeiras tarifárias com base em norma deslegalizada e amplo debate por meio de consultas e audiências públicas examinadas, atuou dentro de suas competências definidas e conferidas por lei. Daí vem sua legitimidade para emitir atos normativos dessa natureza e de caráter secundário, com vistas ao detalhamento técnico das normas legais superiores diante do célebre progresso científico e tecnológico (a denominada “tecnicidade”).

Por meio da deslegalização, e dentro do standard previsto em lei, complementa-se o marco regulatório do subsistema especializado de energia elétrica, significando, sob essa forma de atuação, que não estão completamente indicados na lei setorial os meios necessários para se alcançar os fins na atuação dos agentes estatais responsáveis pelo equilíbrio sistêmico.

REFERÊNCIAS

ABRADEE - Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica. *Bandeiras Tarifárias*, 2014, p. 6. Disponível na internet: www.abradee01.org/uploader/BandeirasTarifarias_7371.pdf.

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias>

GUERRA, Sérgio. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR). In **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas.** (Egon Bockmann Moreira – Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre a escolhas administrativas.** 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos.** São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Natureza jurídica do empréstimo compulsório. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC**, v. 31, n. 1, jan./jun 2017, p. 119-134.

MEILÁN GIL, José Luis. **Progreso tecnológico y servicios públicos.** Madrid: Civitas, 2006.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In. **A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público.** Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias.** Madrid: Tecnos, 1993.

SILVA, R. M. **Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191).

Submetido em: 7 fev. 2018. Aceito em: 28 mar. 2018.