



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

N. 49.992 – WNB/2021

MANDADO DE SEGURANÇA N. 37.821/DF

**IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERAÇÃO
DISTRIBUÍDA-ABGD**

IMPETRADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-TCU

LITISCONSORTE PASSIVO: UNIÃO

**RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI-SEGUNDA
TURMA**

Autos eletrônicos distribuídos a este gabinete em 03/09/2021.

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU. MICRO E MINIGERAÇÃO DISTRIBUÍDA. SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 5º, I, DA LEI 12.016/09: NÃO SE ADMITE MS QUANDO PENDENTE DE EXAME RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO. ARTS. 70, P. Ú., E 71, INC. IV, DA CF/88: O TCU, OBSERVADAS SUAS COMPETÊNCIAS, NÃO ESTÁ ADSTRITO ÀS QUESTÕES SUSCITADAS POR QUEM O PROVOCOU. NA ESPÉCIE, O TCU NÃO ADENTROU NO MÉRITO REGULATÓRIO, TENDO APENAS DETERMINADO QUE A ANEEL APRESENTASSE PLANO DE AÇÃO QUANTO A DIFERENÇA TARIFÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVA PLENA QUANTO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO ALEGADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pela Associação Brasileira de Geração Distribuída-ABGD, contra o acórdão 3063/2020 do Tribunal de Contas da União-TCU.

Narra a impetrante que o MP de Contas representou ao TCU, quanto à Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL perturbar a estabilidade regulatória na Consulta Pública 25/2019, anunciando mudanças no sistema de compensação de energia, prejudicando investimentos de longo prazo, realizados conforme a Resolução ANEEL 482/2012, alterada pela Resolução ANEEL 687/2015, que estabelecia o sistema de compensação de créditos de energia e servia de base para o modelo de microgeração distribuída.

Registra que as referidas Resoluções traziam modelo que *“(...) estimula, por meio de compensação na tarifa, os consumidores que instalam – por dispêndio próprio –, microgeradores de energia interligados ao sistema de distribuição elétrica. (...) A compensação é feita de acordo com a proporção de energia injetada na rede elétrica pela unidade microgeradora, isto é, abate-se da tarifa a energia “devolvida” ao sistema elétrico, como forma de incentivo aos investimentos em geração distribuída de energia. Em função disso, os aderentes são denominados de ‘prossumidores’, ou seja, produzem parte ou o total da energia que consomem. Esse sistema incentiva especialmente as fontes renováveis, como a energia solar, conforme indicado, inclusive, no ato ora*

impugnado, uma vez que a unidade microgeradora solar produziria um excedente de energia durante o dia, teria um déficit à noite, e compensaria um com o outro. (...) Com efeito, o modelo de compensação adotado na Resolução ANEEL 482/2012 e 687/2015 foi bem recebido pela sociedade e induziu relevante crescimento no mercado da geração distribuída”.

O TCU julgou improcedente a representação, mas determinou que a ANEEL apresentasse plano contendo ações para corrigir diferenciação tarifária detectada, em desconformidade com o regramento legal.

Segundo a impetrante, “(...) a despeito de tais inegáveis avanços trazidos pelo marco regulatório, o Tribunal de Contas da União, ao julgar a representação formulada pelo MPTCU, não apenas se posicionou de forma contrária aos pedidos aviados na inicial, mas foi além deles para tolher a autonomia técnica da ANEEL, impondo-lhe uma agenda regulatória que esvazia as conquistas recentes e vulnera os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. (...) A decisão tomada pela Egrégia Corte de Contas foi totalmente na contramão dos pedidos deduzidos, suscitando enorme surpresa dentre os aderentes ao sistema de geração distribuída”.

Informa a associação impetrante que (...) segundo o Tribunal de Contas, o modelo de compensação de tarifa implicaria ‘subsídio cruzado’ com efeitos ‘regressivos’ no tocante a renda, e ignoraria custos associados à distribuição de energia, que acabariam sendo arcados pelos demais usuários

da rede. (...) Assim, o Tribunal de Contas, desbordando das atribuições que lhe foram conferidas constitucionalmente, impôs à ANEEL, de forma drástica, o 'fim da diferenciação tarifária', que, em sua concepção, violaria o art. 13 da lei 8987/95, assinando exíguo prazo à Agência para elaborar um plano tendente a modificar o marco regulatório, abolindo todos os incentivos até então existentes. (...) Essa decisão traz consigo um grande risco de dano irreparável, visto que mais de 440.000 (quatrocentas e quarenta mil) pessoas já realizaram investimentos em mini e microgeração de energia, objetivando o benefício instituído na regulação que o TCU determinou abolir. (...) A prevalecer o entendimento adotado na decisão aqui impetrada, a exploração de pequenos potenciais de energia renovável tornar-se-á impossível, visto que serão revogados todos os benefícios que tal exploração poderia trazer. (...) Em vista da densidade e da importância da matéria, os fundamentos relevantes serão examinados em capítulos próprios desta minuta”.

Alega a impetrante que o TCU não detém competência para ingressar no mérito regulatório. Argumenta que se deve prestigiar a Segurança Jurídica e a Boa-Fé Objetiva, evitando-se perturbação do ambiente regulatório e frustração de investimentos.

Aduz que:

(...)

59. O acórdão impetrado indica suposta violação ao art. 13 da lei 8987/95, cuja redação é a seguinte:

‘Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.’

60. Cabe elucidar a matéria.

61. Note-se, em primeiro lugar, que o dispositivo não traz, explicitamente, uma vedação – que decorre, portanto, de interpretação a contrariu sensu. Em vez disso, trata-se de um permissivo: permite-se a diferenciação tarifária, contanto que apoiada em características técnicas e de custos de atendimento.

62. Em privilégio à autonomia técnica da autarquia especial, a lei confere margem de discricionariedade à ANEEL para estabelecer hipóteses especiais de regulação, desde que embasadas em critérios razoáveis.

63. A compensação na tarifa dos microgeradores de energia distribuída é um exemplo de tratamento diferenciado justificado racionalmente.

64. Como se expôs na introdução desta minuta, os microgeradores contribuem com a geração de energia no sistema elétrico, e a compensação tarifária decorrente dessa realidade se reflete, de forma numérica, na tarifa. Cuida-se, pois, de diferenciação razoável, alicerçada em estudos prévios empreendidos pela Agência Reguladora em parceria com especialistas da sociedade civil.

65. Não se trata, como o acórdão impetrado dá a entender, de diferenciação irrazoável a esbarrar no art. 13 da lei 8987/95.

66. Aliás, a rigor, a compensação de tarifas sequer poderia ser entendida como diferenciação tarifária stricto sensu, menos ainda como “subsídio cruzado”, uma vez que se trata, apenas, de regulamentação da exploração de pequenos potenciais de energia renovável, uma faculdade prevista

constitucionalmente, como exposto.

67. Dessa forma, a ANEEL estaria apenas buscando soluções regulatórias, dentro de sua competência, para efetivar o permissivo constitucional, que, do contrário, restaria esvaziado.

68. O abatimento na tarifa dos Prossumidores, na verdade é não passa de uma compensação de energia expressa de forma monetária, e decorre de seus próprios investimentos, que, não raro, levam anos para trazerem retorno, embora importem benefícios relevantes à segurança energética e ao meio ambiente, reconhecidos pelo próprio TCU.

69. Dentre tais benefícios, convém registrar os estudos da ABGD (em anexo) que indicam a ocorrência de redução no consumo de energia, deslocamento da curva de carga do alimentador e redução de potência das redes de transmissão e distribuição, deixando claro, além disso, que os consumidores não pagam pelos encargos de energia gerada e não consumida. Veja-se:

‘Todas as ações apresentadas são iniciativas das próprias unidades consumidoras que realizam investimentos e, como efeito destes investimentos, buscam remunerar estes investimentos com a economia obtida com a redução do custo com a energia fornecida pela concessionária. Para isso, busca-se maximizar os benefícios públicos da energia economizada e da demanda evitada no âmbito desses programas. Enfim, a transformação do mercado de energia elétrica estimula o desenvolvimento de novas tecnologias e a criação de hábitos e práticas racionais de uso da energia elétrica trazem os benefícios conforme apresentado nos itens acima. Devido ao seu impacto localizado na Rede de distribuição onde está

conectada, a geração distribuída causa os mesmos efeitos que os programas do PROCEL, peak shaving, termoacumulação, entre outros, no alimentador da subestação da Rede de distribuição local. Estes efeitos são redução do consumo de energia, deslocamento da curva de carga do alimentador e redução de potência nas redes de distribuição e transmissão. No entanto, todas estas ações trazem impacto para o sistema elétrico se observados na ótica do disposto na AIR 003/2019. Somente nos casos apresentados (e existem vários outros projetos de eficiência energética em operação), os impactos superam 120 vezes o estimado pela ANEEL para a geração distribuída até o ano de 2035.

Em todos os casos, a efficientização do consumo da energia gera benefícios para todo o sistema, em que pese a concessionária verificar uma diminuição em sua receita. Em todos os casos apresentados, as unidades consumidoras não pagam pelos encargos da energia gerada ou não consumida, como também as demais componentes das tarifas. Cobrar encargos pela energia não consumida implicaria em cobrá-lo de quem troca lâmpadas comuns por LED, utiliza geração a diesel no horário de ponta, fecha a empresa (deixando de consumir toda a energia) ou instala geração fotovoltaica. Nesse último exemplo, a eficiência se dá a nível de barramento da distribuidora.'

70. Ademais, não é correto dizer que há uma tarifa para os prossumidores, e outra para os consumidores. A tarifa de energia é uma só, que é

igual para ambos e é cobrada de acordo com a energia líquida que a unidade adquire da geração centralizada. Inclusive, os mini e microgeradores pagam a mais, pois precisam contratar carga para operarem seus equipamentos de geração distribuída, e isso não é adequadamente compensado pelo atual sistema.

71. Dessa forma, inexistente diferenciação tarifária propriamente dita, o que de fato existe – e decorre da Constituição – é um modelo regulatório que permite a exploração de pequenas capacidades de fontes renováveis de energia. Não há fixação de preços diferenciados, tampouco há previsão de uma tarifa específica para os prosumidores, que pagam, pela energia, os mesmos preços vigentes no mercado regulado de energia.

V. Da Remuneração das Distribuidoras

72. O acórdão impetrado argumentou que o modelo de compensação de tarifas não remuneraria adequadamente o serviço de distribuição de energia. Esse argumento merece uma exposição mais detalhada para mostrar que, na verdade, esses serviços são remunerados, embora o modelo possa ser aprimorado.

73. Em estudo elaborado pela ABGD, é analisada a estrutura dos custos e da receita das distribuidoras de energia. Nesse sentido, a composição tarifária passa, principalmente, por dois pilares:

74. Parcela A: todos os custos atrelados a itens não gerenciáveis pela distribuidora. De forma específica, pela soma de: (i) custo de aquisição de energia elétrica e geração própria, (ii) custo com conexão e uso dos sistemas de transmissão e/ou distribuição; e (iii) dos encargos setoriais definidos em legislação específica.

75. Parcela B: custos gerenciáveis da atividade de distribuição, como os investimentos necessários para

distribuição de energia e os custos para realizar a gestão comercial dos clientes. A Parcela B é composta pela soma dos seguintes componentes: (i) custo de administração, operação e manutenção; e (ii) custo anual dos ativos.

(...)

77. O valor da tarifa energética depende da relação entre esses custos e as receitas, de modo que os contratos de distribuição são reequilibrados sempre que há alguma alteração nesses custos ou no mercado de referência.

78. O estudo da ABGD elenca diversos fatores que alteram a relação de custos e receitas, divididos entre itens que contribuem com o aumento do mercado de referência e itens que contribuem com sua diminuição:

81. Como se vê, o impacto na estrutura das distribuidoras é irrisório, atendendo a 0,54% das variações verificadas na redução do mercado das distribuidoras. Isso ocorre por o sistema estar, ainda, em fase incipiente, com ainda poucos aderentes no país, uma realidade que as políticas adotadas pela ANEEL vem mudando vigorosamente, como exposto alhures, atestando o sucesso das opções regulatórias adotadas.

82. Assim, é frágil a alusão aos custos das distribuidoras como argumento para encerrar a frutífera política regulatória.

83. Entretanto, mesmo que tais custos fossem relevantes, seria temerário encerrar, por esse motivo, a política adotada pela ANEEL, pois é possível criar mecanismos regulatórios para compensar esses custos sem abandono completo do modelo.

(...).

Defende que “(...) *não se trata de diferenciação tarifária, mas de cálculo diferenciado de*

componentes da mesma tarifa que vale para todos. Como exposto, os consumidores que usam energia durante o dia são tarifados de forma diferente daqueles que usam energia à noite. Isso não significa a existência de diferenciação tarifária, mas de variações na composição dos custos”.

Requer, em liminar, seja suspensa a eficácia do acórdão impetrado. No mérito, requer seja deferida a segurança para anular o acórdão impetrado.

A União requereu ingresso na lide (fls. 214/215). O TCU prestou informações (fls. 289/319). O ilustre Ministro relator indeferiu pedidos de entidades quanto à admissão no feito, na condição de *amicus curiae*.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação.

É o relatório.

Preliminarmente, o mandado de segurança é cabível, em tese, pois impetrado contra ato do TCU (alínea *d* do inc. I do art. 102 da Constituição Federal).

Todavia, conforme consta nas informações do TCU, em 11/12/2020 a impetrante interpôs recurso de reexame contra o Acórdão 3.063/2020-TCU, sendo o recurso conhecido em 14/04/2021, com efeito suspensivo. Juntamente

com esse recurso, foram conhecidos outros recursos, movidos por associações representativas dos prosumidores da geração distribuída, ainda não concluídas as análises de todos esses expedientes recursais.

A esse contexto, o inc. I do art. 5^o da Lei 12.016/2009 é óbice ao conhecimento deste MS. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO. NÃO CABIMENTO DO MANDAMUS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos das decisões agravadas, que, por isso, se mantêm hígidos. II - Nos termos do art. 5^o, I, da Lei 12.016/2009, não se admite mandado de segurança impetrado quando ainda pendente de exame recurso administrativo com efeito suspensivo. Precedentes. III - Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 36949, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma, dje 11/03/2021).

Superado o óbice acima, de se registrar que o processo de micro e de mini geração distribuída permite que o consumidor produza sua própria energia, a partir de fontes renováveis como painéis solares, etc., sendo possível que a

¹Art. 5^o Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado.

energia assim gerada seja, em seu excedente, distribuída à rede ou a outra unidade da titularidade do mesmo consumidor, mediante compensação, onde o excedente de energia é devolvido na forma de saldo equivalente/descontos na conta de luz.

O TCU concluiu que não foi abrupta, sendo sinalizada desde 2015, a mudança proposta pela ANEEL em Consulta Pública de 2019, quanto à sistemática de custeio/compensação da micro/mini geração distribuída.

Todavia, o TCU determinou que a ANEEL apresentasse plano para corrigir diferenciação tarifária entre consumidores gerais do sistema de energia elétrica e prosumidores (os produtores/consumidores de micro/mini geração distribuída), no que tange à sistemática de custeio/desconto ora vigente. Entendeu o TCU que essa diferenciação estaria em desconformidade com o regramento pertinente.

A impetrante defende que o TCU não poderia assim ter procedido, ao passo que argumenta por não haver diferenciação tarifária ilegal, fazendo considerações técnicas quanto à sistemática que entende adequada.

De se ver que a atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou. Se o TCU, conforme os arts. 70, parágrafo único, e 71², inc. IV, da

²Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta,

Constituição Federal, pode realizar por iniciativa própria investigação, pode ampliar, dentro de suas competências, investigação provocada por terceiro.

Assim, não nos parece tenha o TCU extrapolado de seu mister constitucional.

E não se verifica ofensa à Segurança Jurídica ou à Boa-Fé, pois o TCU apenas determinou que a ANEEL apresentasse plano de ação quanto à diferença tarifária detectada. S.m.j., nova política quanto ao tema não foi adotada ainda pela ANEEL, não por determinação do TCU, estando suspenso o Acórdão pelos recursos administrativos. Cabe à associação ora impetrante diligenciar junto à ANEEL quando da configuração desse plano de ação - quando ocorrer -, quanto aos ajustes que entende pertinentes ou não.

Adiante, o Acórdão do TCU - ora suspenso por recurso administrativo - se embasou em diversos estudos técnicos de especialistas sobre o tema, com a apresentação de relatórios produzidos por instituições governamentais e de pesquisa.

quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; (...).

Assim, a conclusão pela diferença tarifária fora do regramento legal, no que foi base a que determinado que a ANEEL apresentasse plano de ações, se sustenta em amplo acervo de fundamentos não apenas de Direito, mas de fato.

Em estreita via mandamental, a impetrante não faz *prova plena* que elida essas conclusões do TCU, pelo que foi não demonstrado o alegado *direito líquido e certo*.

Aqui, neste *mandamus*, a impetrante pretende seja acolhida, como fundamento à anulação do Acórdão do TCU, a sistemática que entende adequada.

Ora, o TCU não determinou que a ANEEL adotasse essa ou aquela sistemática específica, mas sim que apresentasse plano de ações, delineando a Agência Reguladora os expedientes que considerar necessários a mitigar a diferenciação tarifária detectada pelo TCU e aqui não afastada *de plano* pela impetrante.

A discussão aqui pretendida pela impetrante não cabe na via mandamental, ausente *prova plena* do alegado, mas sim no TCU, nos recursos ora pendentes e, após e se o caso, na ANEEL, quando da formulação do plano de ações.

De todo o exposto, não há como se reconhecer ofensa a *direito líquido e certo* da impetrante.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Com tais considerações, manifesta-se a Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento e, caso conhecido, pela denegação do mandado de segurança.

Brasília, 10 de setembro de 2021.

Wagner Natal Batista
Subprocurador-Geral da República

SRLF