

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 032.981/2017-1.

Natureza: Embargos de Declaração (em processo de Auditoria Operacional).

Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica, Casa Civil da Presidência da República, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Economia, Ministério do Desenvolvimento Regional, Ministério de Minas e Energia, Ministério da Cidadania e Ministério do Meio Ambiente.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Responsáveis: Fernando Bezerra de Souza Coelho Filho (CPF 049.210.934-66), Henrique de Campos Meirelles (CPF 274.742.838-91), Alexandre Baldy de Sant Anna Braga (CPF 873.422.351-72), Eliseu Lemos Padilha (CPF 009.227.730-68), Blairo Borges Maggi (CPF 242.044.049-87), Helder Zahluth Barbalho (CPF 625.943.702-15), José Sarney Filho (CPF 147.374.183-15), Dyogo Henrique de Oliveira (CPF 768.643.671-34), Marcos Jorge de Lima (CPF 598.678.252-68), Osmar Gasparini Terra (CPF 199.714.780-72), Romeu Donizete Rufino (CPF 143.921.601-06) e Dayvson Franklin de Souza (CPF 614.110.942-04).

Embargantes: Agência Nacional de Energia Elétrica e Ministério das Minas e Energia.

Representação legal: Adriano Augusto de Souza e Nelson do Vale Oliveira, representando a Casa Civil da Presidência da República; e Alexandre Gonçalves Filho, Estefânia Torres Gomes da Silva, José Renato Pinto da Fonseca e Sidnei Furlan, representando a Agência Nacional de Energia Elétrica.

SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL REALIZADA COM O OBJETIVO DE VERIFICAR A EFICIÊNCIA DO CUSTEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COM BASE EM SUBSÍDIOS DA CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO (CDE). FALTA DE PLANEJAMENTO E GOVERNANÇA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SUBSÍDIOS CUSTEADOS PELA CDE. BENEFÍCIOS TARIFÁRIOS DESALINHADOS DO REGIME JURÍDICO DO SETOR, INCLUSIVE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRESCIMENTO DAS DESPESAS DO ORÇAMENTO DA CDE, EM GRANDE PARTE SUPORTADO PELOS CONSUMIDORES. FALTA DE TRANSPARÊNCIA NA DIVULGAÇÃO DOS SUBSÍDIOS E AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DA REFERIDA POLÍTICA. DEFICIÊNCIAS NA FISCALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIOS TARIFÁRIOS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES (ACÓRDÃO 1.215/2019-TCU-PLENÁRIO). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA DELIBERAÇÃO EMBARGADA. DECLARATÓRIOS

CONHECIDOS E ACOLHIDOS COM EFEITO
MODIFICATIVO.

RELATÓRIO

Trata-se originalmente de Auditoria Operacional autorizada por este Relator e realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica), no período compreendido entre 20/10/2017 e 29/3/2018, com o objetivo de avaliar a eficiência do custeio de políticas públicas com base em subsídios da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

2. Aprecia-se nesta assentada Embargos de Declaração opostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e pelo Ministério das Minas e Energia (peças 178 e 180, respectivamente) em face do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário (peça 144), cujos dispositivos objetos de questionamento na presente fase recursal seguem colacionados abaixo, **ipsis litteris**:

“9.1. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em consonância com os arts. 4º, inciso XIV, 16, **caput** e inciso V, e 17, **caput**, de seu Regimento Interno (Anexo I do Decreto 2.335, de 6/10/1997), que, a partir de janeiro de 2020, em conformidade com a política tarifária do setor elétrico e à luz dos princípios da unidade e da universalidade orçamentária, corolários dos artigos 165, § 5º, e 167, inciso I, da Constituição Federal, ao homologar tarifas dos agentes de distribuição e ao definir, nos termos do art. 2º do Decreto 9.022, de 31/3/2017, o valor das fontes de recurso CDE, exclua dos consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais, assim como das demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal, o ônus relativo ao custeio de subsídios, de qualquer natureza, que não estejam diretamente relacionados à política tarifária do setor, a exemplo do que se verificou nesta auditoria relativamente aos seguintes subsídios:

9.1.1. aquele previsto no art. 25 da Lei 10.438, de 26/4/2002, destinado a atividades de irrigação e aquicultura desenvolvida em períodos especificados na aludida norma, eis que extrapola a delimitação consignada pela Supremo Tribunal Federal (STF) relativamente aos conceitos de preço público e política tarifária;

9.1.2. descontos concedidos, com base no art. 13, inciso VII, da Lei 10.438/2002, combinado com o Decreto 7.891, de 23/1/2013, e com o Decreto 62.724, de 17/5/1968, aos beneficiários a seguir relacionados, pois, na linha de entendimento consignada nos fundamentos desta deliberação, tais reduções na tarifa não se coadunam com o espírito do referido diploma legal ou de qualquer outro relacionado à política tarifária do setor elétrico, mostrando-se, portanto, ilegais, sendo, ainda, inconstitucionais por extrapolarem a delimitação consignada pelo Suprema Corte relativamente aos conceitos de preço público e política tarifária:

9.1.2.1. unidades classificadas como de serviço público de água, esgoto e saneamento;

9.1.2.2. unidades localizadas em área rural, onde seja desenvolvida atividade relativa à agropecuária, inclusive o beneficiamento ou a conservação dos produtos agrícolas oriundos da mesma propriedade;

9.1.2.3. unidades localizadas em área urbana e que desenvolva as atividades estabelecidas no subitem 9.1.2.2, **supra**, independentemente de se comprovar perante o concessionário ou permissionário de distribuição que a carga instalada na unidade consumidora será destinada predominantemente à atividade agropecuária e que o titular da unidade consumidora possui registro de produtor rural expedido por órgão público ou outro documento hábil que comprove o exercício da atividade agropecuária;

9.1.2.4. unidades dedicadas a atividades agroindustriais, ou seja, indústrias de transformação ou beneficiamento de produtos advindos diretamente da agropecuária, desde que a potência posta a sua disposição não ultrapasse 112,5 kVA;

9.1.3. subsídios concedidos, com base no art. 13, inciso VII, da Lei 10.438/2002, combinado com o Decreto 7.891/2013 e com o Decreto 62.724/1968, aos destinatários a seguir relacionados, ressalvada a hipótese de vir a ser demonstrada pelo Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais e pelo Ministério das Minas e Energia, nos termos do subitem 9.4 deste **decisum**, além do atendimento aos requisitos ali especificados, o caráter social desses benefícios e o foco, entre outros princípios aplicáveis, na universalização dos serviços públicos de energia elétrica:

9.1.3.1. residência utilizada por trabalhador rural ou por trabalhador aposentado nesta condição;

9.1.3.2. produtores rurais que exerçam agricultura de subsistência;

9.1.3.3. prestadores de serviço público de irrigação rural;

9.1.3.4. escolas agrotécnicas sem fins lucrativos situadas em zona rural;

9.2. determinar, ainda, à Aneel, novamente em consonância com os arts. 4º, inciso XIV, 16, **caput** e inciso V, e 17, **caput**, de seu Regimento Interno, que apresente, no prazo de 90 (noventa) dias, plano de ação com vistas a assegurar que, além dos subsídios relacionados à Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) e à Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE), os demais subsídios custeados pela CDE também passem a ser fiscalizados quanto ao atendimento dos requisitos legais e regulamentares de elegibilidade à fruição desses subsídios, contendo, no mínimo, as ações a serem adotadas, os responsáveis e os prazos para implantação do conjunto de ações, limitado ao horizonte de dois anos;

9.3. determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério das Minas e Energia, que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, em conjunto, se necessário for, com outros órgãos e entidades com competência sobre a matéria e observada a determinação objeto do subitem 9.1 **supra**, voltada à limitação, a partir de 2020, dos custos a que se refere o referido comando:

9.3.1. conclua a elaboração do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002, cuidando de priorizar aquelas que, segundo entendimento adotado no voto que fundamenta esta deliberação, estão desalinhadas das leis de regência do setor elétrico e do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal de 1988, em especial as que foram listadas nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 deste Acórdão;

9.3.2. promovam as mudanças de redução estrutural das despesas da CDE;

9.3.3. apresentem a esta Corte de Contas o plano cuja elaboração ora lhes é determinada pelo subitem 9.3.1 **supra**;

9.4. determinar ao Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais e ao Ministério das Minas e Energia, em articulação com outros órgãos ou entidades considerados relevantes, com fundamento no art. 1º, inciso I, da Portaria Interministerial-MPDG 102, de 7/4/2016, e com vistas a subsidiar o plano de redução estrutural das despesas da Conta de Desenvolvimento Energético previsto no art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002, que avaliem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, todos os subsídios atualmente custeados pela referida conta e conclua, ao final, se a sistemática de concessão destes benefícios merece ser mantida, alterada ou extinta, no todo ou em parte, considerando-se, entre outros aspectos, aqueles atinentes à focalização, à não cumulatividade, aos limites e fontes de custeio, aos prazos de vigência, aos critérios de saída, às exigências de contrapartida, aos impactos sobre a eficiência econômica e à modicidade tarifária, bem como à compatibilidade entre os subsídios, o interesse público e o ordenamento jurídico aplicável ao setor elétrico, sopesando-se, em especial, o seguinte:

9.4.1. as ilegalidades e inconstitucionalidades apontadas no voto que precede e fundamenta este Acórdão, assim como a delimitação dos conceitos de preço público e política tarifária extraída nessa assentada a partir do entendimento manifestado pela Suprema Corte a respeito do assunto quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF do Recurso Extraordinário nº 541.511/RS;

9.4.2. no caso dos subsídios tarifários relacionados acima nos subitens 9.1.3.1 a 9.1.3.4, a necessidade não somente de observância aos aspectos acima listados, mas também de explicitação e delineamento do caráter social dos benefícios e do foco deles, entre outros princípios aplicáveis, na universalização dos serviços públicos de energia elétrica;

(...)

9.7. recomendar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério das Minas e Energia que, em conjunto, se necessário for, com outros órgãos e outras entidades com competência sobre a matéria, avaliem os atuais normativos de regência da CDE, como leis, decretos e portarias, e adotem as providências cabíveis para torná-los compatíveis com a Constituição Federal, em especial com seu art. 175, parágrafo único, inciso III, na linha de entendimento adotada no voto que fundamenta a presente deliberação;"

3. Em seus embargos declaratórios (peça 178), depois de fazer breve relato dos fatos relacionados a este processo e de defender o cabimento de seu recurso, a Aneel traz, essencialmente, os seguintes argumentos:

"IV - MÉRITO: Das omissões e obscuridades relativas ao item 9.1 do acórdão embargado.

(...)

O ponto que merece ser equacionado por essa Corte de Contas e que, com a devida vênia, não foi enfrentado pelo acórdão embargado, caracterizando omissão ou obscuridade, a depender do ângulo em que se analise o tema, refere-se ao direito dos beneficiários de continuar gozando das tarifas subsidiadas, mesmo sem a correspondente fonte de custeio.

Com efeito, o acórdão embargado apenas determina à ANEEL que deixe de incluir as quotas anuais da CDE, repassadas para a tarifa dos consumidores finais, bem assim as demais fontes de custeio do fundo alheias ao processo orçamentário federal, como **fontes de custeio dos subsídios que, nos termos da legislação vigente, deveriam ser arcados pela CDE**. Uma das linhas possíveis de interpretação é que esse Tribunal de Contas apenas admite como fonte de custeio dos subsídios em tela dotações orçamentárias que constem expressamente da Lei Orçamentária Anual – LOA federal.

A questão que se apresenta, no entanto, é: na falta de previsão orçamentária na LOA para custeio dos descontos, apesar de, segundo entendimento dessa Corte de Contas, ser a forma correta de custeá-los, o cálculo da tarifa das distribuidoras deve ou não considerar a ausência de previsão orçamentária? **Em termos práticos, deve a ANEEL obrigar as distribuidoras a conceder os descontos aos beneficiários das políticas tarifárias, mesmo que não haja dotação na Lei Orçamentária Anual federal para custeá-los?**

A resposta a esse questionamento é fundamental para que se tenha ideia do que o Tribunal de Contas da União realmente pretende com a exclusão de recursos da CDE alheios ao processo orçamento federal como fonte de custeio dos descontos previstos no art. 13, VII, e 25 da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891/2013 e Decreto 62.724/1968. Vale dizer, **esse Tribunal de Contas considera ilegal e/ou inconstitucional o desconto em si mesmo ou simplesmente o custeio desse desconto por meio de recursos alheios ao processo orçamentário federal?**

A análise do acórdão embargado não permite se chegar a uma resposta segura quanto a essa questão. Com efeito, a fundamentação do voto do relator do acórdão embargado dá a entender que o Decreto 7.891, de 23 de janeiro de 2013, teria exorbitado de seu poder regulamentar, ao instituir descontos que não seriam alinhados ao espírito da Lei 10.438/2002, norma regulamentada, tampouco a qualquer outro diploma legal relacionado à política tarifária do setor elétrico. Ademais, segundo o mesmo voto, tais benefícios teriam extrapolado a limitação conceitual atribuída pela Constituição Federal de 1988 para a política tarifária, na linha de interpretação do Supremo Tribunal Federal. (...)

(...)

Na mesma senda, o desconto previsto no art. 25 da Lei 10.438/2002 também foi considerado pelo voto do Relator como não alinhado ao conceito de política tarifária previsto no art. 175, III, da Carta Magna, (...)

(...)

Ora, se a fundamentação do acórdão embargado afirma ter havido extrapolação do poder regulamentar na instituição dos descontos não relacionados à política tarifária do setor elétrico, pode-se entender que se está a questionar, na realidade, a legalidade do próprio desconto e não só de seu custeio por meio de recursos alheios ao processo orçamentário federal. Do mesmo modo, pode-se afirmar que o art. 25 da Lei 10.438/2002, por não ser compatível com o art. 175, III, da CRFB/88, segundo o entendimento externado por esse TCU, careceria de fundamento de validade e, por conseguinte, não poderia ser aplicado pela distribuidora.

Nessa esteira, o fato de não haver previsão na LOA federal do custeio do desconto importaria, na verdade, a impossibilidade de gozo do benefício, pois seria a lei orçamentária federal que, de direito, criaria o desconto, dada a ilegitimidade, do ponto de vista legal e constitucional, conforme a tese externada no acórdão embargado, dos atos normativos instituidores hoje existentes.

Não se pode descartar, no entanto, que o entendimento dessa Corte de Contas tenha se orientado no sentido de apenas declarar a ilegalidade/inconstitucionalidade do custeio do desconto via fundo CDE, sem retirar o direito do beneficiário de gozar do desconto, ainda que não haja dotação orçamentária na LOA ou, mesmo havendo, que os recursos não sejam efetivamente transferidos para a CDE ou diretamente para as distribuidoras. A se confirmar essa hipótese, surgiriam outras questões que também mereceriam expresso pronunciamento dessa Corte de Contas.

Com efeito, se as distribuidoras forem obrigadas a praticar os descontos hoje previstos no art. 13, VII, da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891 e Decreto 62.724/1968, sem a correspondente previsão de cobertura tarifária, seja por imposição do TCU, da ANEEL ou mesmo do Poder Judiciário, em virtude de prováveis ações judiciais ajuizadas pelos beneficiários com vistas à preservação do gozo dos descontos tarifários, isso fatalmente culminará em uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público de distribuição de energia que resultará em processos a serem analisados pela ANEEL.

(...)

Importante registrar, ainda, que, mesmo na hipótese de este Tribunal de Contas vir a decidir por modular, modificar ou até mesmo tornar insubsistentes as determinações constantes do Acórdão, espera-se grande número de ações judiciais a pleitear a repetição de indébito de valores pretéritos, a partir dos fundamentos de ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão nas quotas anuais da CDE do custeio de parte dos descontos previstos no art. 13, VII, da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891 e Decreto 62.724/1968.

Vislumbra-se, assim, o aumento de judicialização em um setor que já se encontra com níveis exacerbados de contendas judiciais, o que traz ainda mais preocupação para a estabilidade regulatória, necessária para que se preservem os investimentos privados neste importante setor da economia nacional.

Por todo o contexto delineado, torna-se imprescindível que esse Tribunal, no exercício da atividade controladora que lhe cabe, esteja atento às consequências práticas que sua decisão implica, e expressamente as analise no processo, como aliás preconiza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seus arts. 20 e 21:

(...)” (negritos e sublinhados constam no original)

4. Com base nessa argumentação, a Aneel “requer o conhecimento e o acolhimento dos Embargos de Declaração para que sejam aclaradas as obscuridades e supridas as omissões constantes do **decisum**, de modo a que haja manifestação expressa deste e. Tribunal de Contas da União – TCU quanto à concessão ou não dos descontos tarifários aos usuários finais do serviço público de distribuição de energia elétrica, na hipótese de não haver previsão orçamentária para a transferência de

recursos do Tesouro Nacional para a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE (ou caso os recursos públicos sejam aportados em montante insuficiente para o custeio dos subsídios) ou diretamente para as distribuidoras” (peça 178, p. 11).

5. O Ministério de Minas e Energia (MME), por sua vez, à peça 180, após também traçar breve síntese dos fatos relacionados a este processo e de defender o cabimento de seus embargos, argui, em síntese, o seguinte:

“3.1. Plano de Redução Estrutural das Despesas da CDE e Decretos 9.642/2018 (altera o 7.891/2013) e 9.744/2019

Cumprе ressaltar que o Ministério de Minas e Energia, já há algum tempo, está alinhado com a visão dessa E. Corte de Contas sobre a necessidade de redução da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e extinção de alguns dos subsídios suportados por ela, desde dentro da esfera de atuação e competências institucionais desta Pasta Ministerial. A esse respeito, foi desenvolvido um trabalho entre os anos de 2016 e 2018 para analisar detidamente todos os nove subsídios custeados pela CDE. Esse esforço envolveu a realização da Consulta Pública nº 45 que culminou com o seu relatório, documento anexo à presente peça [relatório à peça 180, p. 23-58].

Em consequência da realização desse trabalho, foi publicado o recente Decreto nº 9.642, de 27 de dezembro de 2018, o qual alterou o Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013, reduzindo gradualmente em cinco anos as alíquotas dos subsídios da Classe Rural e da atividade de Água, Esgoto e Saneamento. Além disso, foi retirada a cumulatividade de descontos para consumidores da classe rural, atendidos em baixa tensão, que exerçam atividades de irrigação e/ou aquicultura (benefícios conferidos pelo art. 25 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, somados aos benefícios concedidos aos consumidores da classe rural atendidos em baixa tensão).

No início de 2019, foi acordado em reuniões governamentais (documento anexo [peça 180, p. 22]) – com a participação dos Ministérios da Economia, do Desenvolvimento Regional, e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – que a perda da cumulatividade dos descontos aplicados às unidades consumidoras do Grupo B (baixa tensão), enquadradas na Classe Rural e que desenvolvam atividades de irrigação e aquicultura deveria receber o mesmo tratamento concedido às demais reduções de benefícios, ou seja, ocorrer de forma gradual, igualmente em 5 anos. Como resultado desse esforço, foi publicado o Decreto nº 9.744, em 3 de abril de 2019.

Nítido perceber, portanto, que as providências levadas a cabo pelos decretos acima descritos estão perfeitamente coadunadas ao entendimento desse E. Tribunal de Contas de que os subsídios não relacionados com o setor elétrico não devem ser suportados pelas tarifas pagas pelos consumidores finais. Mais ainda, a política pública ali estabelecida intenciona extinguir os mencionados subsídios nos prazos determinados.

(...)

Resta nítido, portanto, que especialmente nos itens 9.3 e 9.4, o acórdão embargado foi omissivo à conclusão do Plano de Redução Estrutural de subsídios da CDE, de modo, que se faz necessária a integração e manifestação dessa E. Corte de Contas por meio dos esclarecimentos que ora se busca.

3.2. Incertezas decorrentes da mudança de fonte de recursos aos subsídios tratados

Como se percebe, a decisão do TCU é no sentido de extinguir o financiamento dos descontos mencionados no seu Acórdão a partir de 2020, ao passo que a proposta do MME, consubstanciada nos Decretos nº 9.642/2018 e nº 9.744/2019, retira os subsídios da tarifa gradualmente, em um período de cinco anos.

No entanto, observe-se que o acórdão embargado, não prevê, mesmo por respeito às atribuições institucionais da Corte de Contas, a extinção do subsídio. Ocorre que, segundo consta do acórdão embargado, a despeito de se retirar a correspondente fonte de custeio, o direito dos beneficiários de continuar gozando das tarifas subsidiadas permanece. Com efeito, trata-se de transferir o ônus do subsídio dos consumidores de energia para os contribuintes.

Daí exsurge outro ponto que merece ser equacionado por essa Corte de Contas e que, com a devida vênia, não foi enfrentado pelo acórdão embargado, caracterizando omissão ou obscuridade, a depender do ângulo em que se analise o tema. Segundo bem explanado na já mencionada NOTA TÉCNICA Nº 35/2019/CGPR/DGSE/SEE:

4.9. Essa mudança de fonte de recursos pode trazer (sic) algumas incertezas no processo. É prudente considerar que pode não ocorrer a inclusão no OGU dos recursos para financiamento dos subsídios mencionados no Acórdão do TCU. Além disso, deve-se considerar a hipótese de esses recursos serem incluídos de forma insuficiente ou, mesmo, virem a ser contingenciados, fato observado nos anos de 2014 e 2015, quando houve aportes do Tesouro Nacional na CDE.

4.10. Cabe frisar que quando há atrasos nesses aportes, as concessionárias de distribuição arcam com o ônus financeiro dos descontos tarifários sem a contrapartida da receita para fazer frente aos benefícios concedidos. Assim, esse descasamento temporal gera desequilíbrio econômico-financeiro nas distribuidoras, em razão do déficit no fluxo de caixa, impactando negativamente a Conta de Variação de Valores dos Itens da Parcela A (CVA), que volta a majorar as tarifas nos reajustes subsequentes. Essa situação se revela muito mais grave se não existirem os recursos orçamentários para o financiamento dos descontos, haja vista que seria gerado um desequilíbrio econômico-financeiro de caráter estrutural e progressivo nas concessionárias.

Sabe-se, que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público encontra supedâneo no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, e, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, alcança a posição jurídica de princípio constitucional expresso.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgado de amplo conhecimento, sobre pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte aéreo da Varig S.A., também expressou entendimento que a intangibilidade dessa equação ocupa posição constitucional.

Surgem, de fato, questionamentos que demandam melhor esclarecimento quanto ao alcance e efeitos do acórdão embargado. Considerando-se que a Corte de Contas não decidiu que os consumidores que hoje se beneficiam dos subsídios perderam esse direito, ou seja, eles continuam fazendo jus aos subsídios, que devem ser financiados por recursos orçamentários federais, surgem alguns questionamentos, por exemplo: i) qual deve ser o procedimento caso não haja recursos do Orçamento Geral da União ou esses sejam em volume insuficiente ou, ainda, se esses recursos vierem a ser contingenciados; as concessionárias continuam com a obrigação (estabelecida em lei ou decreto) de aplicar tarifas com desconto, mas sem os meios para suportar essa perda de receita?

Segundo a previsão do art. 9º da Lei 8.987/95 e dos contratos de concessão de serviço público, os desequilíbrios econômico-financeiros deverão ser equacionados por meio de revisões tarifárias. Ocorre que se, a revisão tarifária for levada a efeito, o custeio dos descontos questionados por esse Tribunal de Contas acabará por recair na tarifa, situação essa contraditória com os fundamentos que levaram à emissão das determinações do acórdão embargado.

A análise do acórdão embargado não permite se chegar a uma resposta segura quanto a essa questão. Necessário compreender se o que está sendo questionado é **a legalidade do próprio desconto e não só de seu custeio por meio de recursos alheios ao processo orçamentário federal**.

Nessa esteira, o fato de não haver previsão na LOA federal do custeio do desconto importaria, na verdade, a impossibilidade de gozo do benefício, pois seria a lei orçamentária federal que, de direito, suportaria o desconto, dada a ilegitimidade, do ponto de vista legal e constitucional, conforme a tese externada no acórdão embargado, dos atos normativos instituidores hoje existentes para financiá-lo.

E seguem ainda os questionamentos expostos na NOTA TÉCNICA Nº 35/2019/CGPR/DGSE/SEE, demonstrando que a questão da fonte de custeio pode ter contornos ainda mais preocupantes:

4.12. Outra situação a ser considerada é a hipótese, ainda que improvável, de parte dos recursos para financiamento desses subsídios vir dos acionistas controladores das empresas de distribuição, mais especificamente no caso daquelas controladas pelo poder público em algumas unidades da Federação, como acontece com CEMIG, COPEL, CEEE, CELESC e CEB. A decisão do TCU refere-se, explicitamente, ao processo orçamentário federal como fonte de financiamento desses benefícios. Deve-se entender que não seria admissível aos Estados financiar esses subsídios por meio de aportes financeiros na companhia de energia elétrica sob seu controle acionário?

A resposta a esses questionamentos é fundamental para que se tenha ideia do que o Tribunal de Contas da União realmente pretende com a exclusão de recursos da CDE alheios ao processo orçamento federal como fonte de custeio dos descontos previstos no art. 13, VII, e 25 da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891/2013 e Decreto 62.724/1968. Vale dizer, esse Tribunal de Contas considera ilegal e/ou inconstitucional o desconto em si mesmo ou simplesmente o custeio desse desconto por meio de recursos alheios ao processo orçamentário federal?

É de grande importância ainda registrar a necessidade de se discorrer acerca das consequências que poderão advir do julgado dessa E. Corte de Contas, ora embargado. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seus arts. 20 e 21:

(...)

Espera-se grande número de ações judiciais a pleitear a repetição de indébito de valores pretéritos, a partir dos fundamentos de ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão nas quotas anuais da CDE do custeio de parte dos descontos previstos no art. 13, VII, da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891 e Decreto 62.724/1968. Vislumbra-se, assim, o aumento de judicialização em um setor que já se encontra com níveis exacerbados de contendas judiciais, o que traz ainda mais preocupação para a estabilidade regulatória, necessária para que se preservem os investimentos privados neste importante setor da economia nacional.

Especialmente para regulamentar a aplicação destes dispositivos legais, recentemente foi editado o Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, dispondo claramente acerca da necessidade de serem consideradas as consequências jurídicas e administrativas de decisão que decreta invalidação de normas administrativas, prevendo para isso a **necessidade de se restringir os efeitos da declaração, ou seja, uma modulação de efeitos, tal qual realizado pela Administração Pública Federal no Plano de Redução Estrutural dos subsídios da CDE já levado a cabo, como discorrido no tópico anterior.**

(...)

Por todo o contexto delineado, torna-se imprescindível que esse Tribunal, no exercício da atividade controladora que lhe cabe, esteja atento às consequências práticas que sua decisão implica, e expressamente as analise no processo, como aliás preconiza, manifestando-se sobre os pontos omissos/obscuros acima expostos, especialmente acerca da política de redução estrutural dos subsídios da CDE já levada a efeito por este MME, nos termos dos artigos 37, XXI, e 175, III, da CF; art. 9º da Lei 8.987, artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e seu novel decreto regulamentador 9.830/2019.” (negritos e sublinhados constam no original)

6. Respalado nessas alegações e questionamentos, o MME pugna pelo “CONHECIMENTO e PROVIMENTO/ACOLHIMENTO dos presentes Embargos de Declaração, para que, recebidos em seu efeito suspensivo, nos termos do § 3º do art. 287 do RI/TCU, possam ser conferidos ‘efeitos infringentes/modificativos’, para o fim de que sejam excluídas as determinações contidas **itens 9.3 e 9.4** do Acórdão nº 1.215/2019 ao Ministério de Minas e Energia e sejam ainda esclarecidos os demais pontos acima expostos, tendo restado plenamente demonstrado já estar em curso a realização da política pública de redução estrutural dos subsídios da CDE colimada” (peça 180, p. 15).

7. Informe-se, por fim, que à peça 182 dos autos consta Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário pelo Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, que pleiteia, em essência, o afastamento de sua “responsabilidade pelo cumprimento da

determinação constante do item 9.4 e da recomendação constante do item 9.6 do Acórdão recorrido” (peça 182, p. 7), tendo em vista, especialmente, o “papel estratégico do CMAP como instância de governança do Centro de Governo” (p. 3) e o risco de comprometimento de sua “força de trabalho disponível alocada em outras avaliações de políticas” (p. 6).

É o Relatório.

VOTO

Conforme consignado no Relatório precedente, trata-se Embargos de Declaração opostos, em petições distintas (peças 178 e 180), pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e pelo Ministério de Minas e Energia (MME) em face do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário (peça 144), mediante o qual esta Corte de Contas, ao apreciar Auditoria Operacional realizada com foco na Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), decidiu expedir uma série de determinações e recomendações a diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, entre eles aqueles dois embargantes.

2. Quanto à admissibilidade dos declaratórios em tela, considero preenchidos os requisitos constantes do art. 34 da Lei Orgânica deste Tribunal, combinado com o art. 287 do Regimento Interno desta Casa, cabendo, portanto, conhecer dos recursos.

3. No que tange ao mérito, devo reconhecer a plausibilidade do argumento recursal que aponta a ocorrência de omissão e consequente obscuridade no Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário relativamente à determinação objeto do subitem 9.1, questão esta tangenciada tanto pela Aneel (peça 178, p. 6-11) quanto pelo MME nesta fase processual (peça 180, p. 9-11).

4. Realmente, a despeito de suscitar que determinados subsídios custeados pela CDE não estariam diretamente relacionados à política tarifária do setor elétrico, o subitem 9.1 da deliberação embargada explicitou apenas a necessidade de excluir “dos consumidores de energia elétrica, responsáveis pelas denominadas quotas anuais, assim como das demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal, o ônus relativo ao custeio [desses tais determinados subsídios]”.

5. Nada foi dito, no entanto, sobre como a Aneel deverá proceder em relação aos beneficiários das vantagens tarifárias criticadas nesta auditoria. Como consequência dessa omissão, restou obscura a intenção deste Tribunal, motivo que levou os embargantes a indagarem se as distribuidoras deverão cortar os benefícios ou mantê-los, mesmo na hipótese de não haver dotação na lei orçamentária federal para custeá-los.

6. Passo, então, a sanear essa omissão e a obscuridade que dela resulta, o que pode ser feito mediante simples explicitação da essência do julgado no sentido de que, diante do não alinhamento de alguns subsídios da CDE à política tarifária do setor elétrico, a concessão desses benefícios, por meio daquele fundo setorial de natureza contábil, tem como teto limitador o montante de recursos públicos destinado à referida Conta pelo Orçamento Geral da União (OGU).

7. Em outras palavras, a concessão, via CDE, de subsídios tidos neste TC 032.981/2017-1 como desalinhados da política tarifária do setor elétrico somente será lícita se não extrapolar a parcela de recursos públicos especificamente destinados a tais subsídios no orçamento federal. Com isso, as políticas públicas setoriais inseridas naquele fundo contábil passarão a ser levadas a termo de maneira legítima, ficando dependentes, no entanto, no que tange ao montante de recursos que lhes será destinado, da vontade conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo.

8. Importa destacar que os percentuais de desconto aplicados na tarifa elétrica dos diversos beneficiários do setor encontram-se definidos, via de regra, em normas infralegais. Essa regra, aliás, se aplica absolutamente a todos os subsídios criticados pelo TCU nesta auditoria, inclusive ao único deles que está expressamente definido em lei, qual seja, aquele previsto no art. 25 da Lei 10.438, de 26/4/2002, e destinado a irrigantes e aquicultores.

9. Observe-se que esse cenário jurídico favorece a implementação do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da mencionada Lei 10.438/2002, pois permite ao Governo Federal ajustar com relativa facilidade, em face da disponibilidade orçamentária definida para cada exercício com a legítima participação do Congresso Nacional, a margem de

desconto atinente a cada subsídio, em especial àqueles ora tidos como absolutamente dependentes do orçamento federal. Diante dessa possibilidade de ajustes dos percentuais de desconto, o próprio Poder Executivo poderá dar fim às inconstitucionalidades e ilegalidades apontadas nesta auditoria.

10. Pertinente e oportuno, aliás, deixar consignado que, ao apontar nestes autos a antijuridicidade de determinados subsídios existentes no setor elétrico, não se pretendeu declarar, **erga omnes**, eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas, mesmo porque essa competência é exclusiva de órgãos específicos do Poder Judiciário. Em verdade, na linha dos esclarecimentos apresentados nos parágrafos precedentes acerca da essência do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário, a ilicitude que se buscou evidenciar na presente fiscalização está restrita à forma como vem sendo executada essa política de subsídios, qual seja, à revelia das regras vigentes de orçamentação pública e de regulação tarifária.

11. Em outras palavras, não há necessidade de se expurgar do ordenamento jurídico pátrio os arts. 13, inciso VII, e 25 da Lei 10.438/2002, ou o Decreto 7.891, de 23/1/2013. Sequer é preciso dar-lhes interpretação conforme as leis e a constituição. Basta que o Poder Executivo cuide para que o custeio dos benefícios previstos nessas normas, em especial daqueles tidos na presente auditoria como não alinhados à política tarifária do setor elétrico, siga os princípios e preceitos inerentes ao processo orçamentário federal.

12. Esse cuidado a ser tomado pelo Poder Executivo se mostra imperativo se for considerado que disposições legais e regulamentares que definam subsídios a serem concedidos via tarifa de energia elétrica não atendem automaticamente, mesmo quando válidas e vigentes, ao requisito da eficácia, que fica condicionado à plena adequação de tais benefícios ao ordenamento jurídico vigente.

13. Raciocínio semelhante foi adotado por este Tribunal de Contas em relação a normas jurídicas que instituem despesa, renunciem receita ou concedam benefício tributário sem observância a exigências constitucionais ou legais amoldáveis à hipótese. Refiro-me ao Acórdão 1.907/2019-Plenário, proferido em sede de Consulta (TC 039.853/2018-7) sob a relatoria do eminente Ministro Raimundo Carreiro.

14. Segundo tese desenvolvida no referido julgado – retomada no Acórdão 1.921/2019-TCU-Plenário (TC 005.283/2019-1), relatado pelo ilustre Ministro Bruno Dantas –, a produção de efeitos por normas do tipo a que ele se refere depende do atendimento prévio, pelo Poder Executivo, das condições estabelecidas no ordenamento jurídico, em especial das regras de direito financeiro e orçamentário presentes na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar 101, de 4/5/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) e nas leis orçamentárias.

15. Peço vênias para trazer a lume alguns excertos da fundamentação e da parte dispositiva do mencionado Acórdão 1.907/2019-TCU-Plenário, pois eles corroboram parte da argumentação ora desenvolvida:

Relatório

“Parte das leis aprovadas pelo Congresso Nacional que criam programas e aperfeiçoam políticas públicas carrega consigo o aumento das obrigações financeiras da União. Conquanto as leis sejam aprovadas seguindo-se o escorreito processo legislativo, impõe-se perquirir quais são as consequências da inobservância de normas de direito financeiro que estabelecem exigências para a mesma mobilização de recursos públicos que essas leis pretendem levar a efeito.

Se uma lei descumpra os requisitos imprescindíveis para que seja autorizada a mobilizar recursos financeiros do Estado, está apta a produzir efeitos imediatos? A questão é central e crítica, pois de sua resposta depende a higidez de todo o arcabouço institucional que rege as finanças estatais, cuja matriz original nasce na própria Constituição e se desdobra em leis complementares com regras gerais e leis orçamentárias que orientam e autorizam os gastos públicos – vale lembrar, um conjunto normativo amplo e aprovado no Parlamento com quóruns específicos e ritos próprios, que não se confundem com aqueles destinados à aprovação de leis ordinárias comuns.

Para deslindar a questão, é preciso compreender que os requisitos aplicáveis para a instituição de despesa ou renúncia de receitas não são somente os constantes da lei específica que institui tal obrigação. Deve-se obediência, primeiramente, às condições para implementação de nova despesa ou renúncia de receita, presentes nas normas de Direito Financeiro elencadas pelo consulente (Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Constituição Federal), as quais, ou integram o texto constitucional, ou foram elaboradas em atendimento a dispositivo específico da Carta Cidadã (art. 163, §1º, para a LRF, e art. 165, II, da Constituição, para a LDO).

(...)

No julgamento do RE 403205/RS, rel. Min Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, mesmo ao aplicar benefício fiscal previsto em lei, o gestor público deve perseguir a satisfação da finalidade legal, tomando-se o ordenamento jurídico em conjunto, pois o pleno cumprimento das normas jurídicas constitui o núcleo do ato administrativo. Nesse contexto, a Administração pode negar a concessão de benefício, se não atendidos outros requisitos previstos em lei distinta, incidentes no caso concreto.

(...)

As medidas legislativas que criam obrigações para a União sem atendimento dos mencionados requisitos devem ter sua ilegalidade e inconstitucionalidade arguidas no Poder Judiciário. No entanto, até que sobrevenha decisão judicial, a execução de tais leis pelo gestor público traria prejuízos de difícil reparação para as finanças públicas, além de vulnerar o Direito Financeiro tal como erigido pela Constituição Federal. (...)

(...)

Portanto, o Poder Executivo não pode, ao empregar recursos públicos, ignorar os requisitos previstos em normas de Direito Orçamentário e Financeiro, de extração constitucional. Considera-se, assim, que as medidas legislativas, mesmo que hígidas quanto aos atributos jurídicos de existência e validade, só podem ser implementadas quando forem satisfeitos os requisitos legais e constitucionais para a aplicação de recursos públicos em políticas e programas governamentais. A **contrario sensu**, ter-se-iam fulminadas as regras que conformam o arcabouço jurídico das finanças públicas a cada nova proposição legislativa que as afrontasse.”

Voto

“É bem verdade, no entanto, que, ainda se a aludida Lei nº 13.606/2018 nada tivesse dito acerca da necessidade de atendimento prévio das exigências da LRF, careceria de eficácia até quando viesse a ocorrer o citado atendimento dos requisitos da LRF. Isso porque, após a entrada de uma determinada norma no mundo jurídico, compete ao seu aplicador dar-lhe cumprimento de acordo com o conteúdo não apenas da norma nova, mas sim de todo o ordenamento jurídico.

Quero com isso dizer que, diante de uma nova norma, cabe ao seu aplicador verificar se há no ordenamento jurídico outras normas sobre o assunto e, em caso positivo, buscar uma aplicação que harmonize as normas envolvidas, ainda que a nova norma não traga comando expresso nesse sentido. (...)”

Acórdão

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Fazenda, Eduardo Refinetti Guardia, na qual o consulente apresenta dúvida acerca das medidas legislativas que forem aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira, e em inobservância ao que determina a legislação vigente (art. 167 da CF/88, art. 113 do ADCT, arts. 15, 16 e 17 da LRF, art. 112 da LDO); ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, em:

9.1. responder ao consulente que medidas legislativas que forem aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira, e em inobservância ao que determina a legislação vigente, especialmente o art. 167 da Constituição Federal, o art. 113 do ADCT, os arts. 15, 16 e 17 da LRF,

e os dispositivos pertinentes da LDO em vigor, somente podem ser aplicadas se forem satisfeitos os requisitos previstos na citada legislação;”

16. A aplicação dessa linha de raciocínio aos presentes autos permite afirmar que os arts. 13, inciso VII, e 25 da Lei 10.438/2002, assim como o Decreto 7.891/2013, ao instituírem subsídios tarifários não alinhados ao setor elétrico, têm sua eficácia dependente da existência de previsão de verbas no OGU com essa finalidade específica, haja vista a impossibilidade de se impor o custeio desses benefícios aos consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais da CDE, assim como às demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal.

17. De todo modo, inobstante a possibilidade de explicitação da essência do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário nos termos consignados acima nos itens 6 a 16 deste Voto, o fato é que as peças recursais em exame abordam algumas possíveis sérias consequências dessa explicitação, o que me leva a, rememorando toda a fundamentação de meu Voto original e considerando o disposto no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 4/9/1942), retomar minha preocupação com a pertinência de, por enquanto, apenas se “expedir determinações aos órgãos competentes voltadas à plena efetividade do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002” (item 95 do Voto condutor do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário; peça 147, p. 23).

18. Com isso, afastam-se, de pronto, não somente as inoportunas consequências suscitadas pelos embargantes, como também o risco de questionamentos perante à Suprema Corte – em especial por iniciativa dos setores que viriam a ser coercitivamente afetados, já em 2020, por força daquele Acórdão 1.215/2019-Plenário – acerca do alcance dessa decisão do TCU, o que traz o risco de se adiar por anos a solução do problema apontado na presente auditoria em relação ao custeio indevido, via tarifa de energia elétrica, de algumas políticas públicas setoriais.

19. Nesse cenário, creio que o melhor caminho para o equacionamento da irregularidade em tela requer que a determinação endereçada à Aneel no subitem 9.1 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário seja tornada sem efeito, considerando-se suficiente, segundo eu havia aventado quando da primeira apreciação deste TC 032.981/2017-1 em 21/11/2018, a determinação objeto do subitem 9.3 daquele **decisum**, dirigida à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério de Minas e Energia e voltada a induzir a plena efetividade do plano legal de redução estrutural das despesas da CDE.

20. O reconhecimento de omissão e obscuridade na deliberação embargada e a atribuição de efeitos modificativos aos recursos ora em apreço, com vistas a desconstituir a principal determinação outrora encaminhada à Aneel nestes autos de auditoria, consiste, portanto, na proposição central que trago ao escrutínio deste Plenário, o que faço sopesando principalmente os seguintes aspectos:

a) o já mencionado risco de questionamentos perante à Suprema Corte acerca do alcance do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário, o que traz o risco de se adiar por anos a solução do problema apontado na presente auditoria em relação ao custeio indevido, via tarifa de energia elétrica, de algumas políticas públicas setoriais;

b) a indesejável possibilidade de que a implementação do referido Acórdão 1.215/2019 em seus termos originais, dado seu efeito restritivo imediato sobre subsídios tarifários que, embora indevidamente, vêm sendo praticados há anos – em alguns casos há décadas –, acarrete prejuízos financeiros à economia nacional, à nossa balança comercial e, consequentemente, às contas públicas do país em montante provavelmente superior ao valor correspondente à ilicitude que se busca coibir;

c) a provável enxurrada de demandas administrativas e judiciais que, acaso mantida a deliberação embargada, serão manejadas, seja pelos beneficiários que terão seus subsídios tarifários

cortados por ato da Aneel, seja pelas distribuidoras eventualmente obrigadas a manter esses benefícios sem a correspondente fonte de custeio.

21. Há que se manter, de qualquer modo, a explicitação dos subsídios considerados não alinhados à política tarifária do setor elétrico, o que poderá ser feito no próprio subitem 9.1 que contempla a determinação que sugiro tornar sem efeito nessa assentada.

22. Paralelamente a isso, cabe recomendar à Casa Civil da Presidência da República que atente à possibilidade de que normas infralegais cujas edições são de competência exclusiva do Poder Executivo sejam alteradas com o objetivo de, a depender do montante de recursos anualmente destinado à CDE no Orçamento Geral da União, redefinir a margem de desconto relativa aos subsídios custeados pela referida Conta de Desenvolvimento Energético, em especial àqueles tidos nesta fiscalização como absolutamente dependentes do orçamento federal.

23. Esse cuidado que se busca recomendar ao referido órgão de assistência direta do Presidente da República encontra especial razão de ser no entendimento defendido alhures no sentido de que disposições legais e regulamentares que definam subsídios a serem concedidos via tarifa de energia elétrica não atendem automaticamente, mesmo quando válidas e vigentes, ao requisito da eficácia, que fica condicionado à plena adequação de tais benefícios ao ordenamento jurídico vigente, em especial às regras aplicáveis ao processo orçamentário federal caso os subsídios não estejam alinhados à política tarifária do setor.

24. Ademais, as providências adotadas no âmbito Poder Executivo relativamente a esse tema deverão ser alvo de exame específico em sede de monitoramento do resultado desta auditoria, devendo ser avaliada, inclusive, a necessidade de responsabilização por eventual conduta omissiva. E nesse mesmo monitoramento, obviamente, caso o TCU venha a constatar que o aludido plano de redução das despesas da CDE não foi implementado a contento, poderá ser retomada a ideia de se expedir determinação à agência reguladora com semelhante teor daquela que ora se sugere tornar insubsistente.

25. Passo a abordar, agora, outras questões suscitadas pelos embargantes.

26. Permito-me, inicialmente, esclarecer ao MME que inexiste contradição, obscuridade ou omissão no fato de o Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário não ter previsto a pouco provável hipótese mencionada pelo embargante de que o financiamento parcial dos subsídios criticados nesta auditoria possa vir, não somente do orçamento federal, mas também “dos acionistas controladores das empresas de distribuição, mais especificamente no caso daquelas controladas pelo poder público em algumas unidades da Federação, como acontece com CEMIG, COPEL, CEEE, CELESC e CEB” (peça 180, p. 11).

27. Por óbvio, esse ato de liberalidade de quaisquer das referidas estatais não estaria vedado pelo **decisum** embargado, que se ateve às fontes obrigatórias de financiamento da CDE segundo a legislação de regência, as quais se encontram explicitadas no art. 2º do Decreto 9.022, de 31/3/2017, **in verbis**:

“Art. 2º São fontes de recursos da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE:

I - os pagamentos anuais realizados a título de Uso de Bem Público – UBP;

II - os pagamentos de multas aplicadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel;

III - os pagamentos de quotas anuais efetuados pelos agentes que comercializem energia elétrica com o consumidor final;

IV - a transferência de recursos do Orçamento Geral da União – OGU, sujeita à disponibilidade orçamentária e financeira, inclusive:

a) os créditos que a União e a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRAS detêm contra Itaipu Binacional, conforme os art. 17 e art. 18 da Lei nº 12.783, de 2013, observado o limite do art. 16 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013; e

b) o pagamento da bonificação pela outorga de que trata o § 7º do art. 8º da Lei nº 12.783, de 2013, observado o limite de R\$ 3.500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões de reais);

V - as transferências da Reserva Global de Reversão – RGR;

VI - os saldos dos exercícios anteriores;

VII - os juros de mora e as multas aplicados nos pagamentos em atraso à CDE; e

VIII - os rendimentos auferidos com o investimento financeiro de seus recursos.”

28. Quanto ao risco de “grande número de ações judiciais a pleitear a repetição de indébito de valores pretéritos, a partir dos fundamentos de ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão nas quotas anuais da CDE do custeio de parte dos descontos previstos no art. 13, VII, da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891 e Decreto 62.724/1968” – questão suscitada tanto pela Aneel (peça 178, p. 10) quanto pelo MME (peça 180, p. 12) –, permito-me consignar que tal possibilidade não poderia servir de motivo para que o TCU se calasse diante de patente ilicitude.

29. Se direitos foram eventualmente violados, quem se sentir lesado poderá mesmo fazer valer esses direitos. E, caso o Poder Concedente entenda provável um “grande número de ações judiciais a pleitear a repetição de indébito de valores pretéritos”, poderá se antecipar e reparar essas ditas violações, pois foi ele quem a elas deu causa ao inserir na tarifa de energia elétrica o ônus de políticas públicas não relacionadas diretamente ao referido setor.

30. Essa responsabilidade do Poder Concedente, aliás, vale como argumento favorável às concessionárias distribuidoras porventura demandadas na esfera judicial, visto que, ao cobrarem de determinados consumidores os valores correspondentes aos benefícios concedidos a outros, estão elas apenas cumprindo o que a Aneel, baseada na legislação de regência, lhes vem impondo.

31. Outra questão suscitada tanto pela Aneel (peça 178, p. 9) quanto pelo Ministério das Minas e Energia (peça 180, p. 9-10) diz respeito à possibilidade de futuros reajustes tarifários virem a ser pleiteados pelas distribuidoras de energia elétrica com o objetivo de reequilibrar, em termos econômico-financeiros, seus contratos de concessão caso se vejam obrigadas a manter determinados subsídios tarifários sem a correspondente fonte de custeio desses benefícios.

32. Sobre esse assunto, limito-me a deixar registrado, na linha do que já parece ter compreendido o MME em seus próprios embargos (peça 180, p. 10), que se trata de possibilidade absolutamente contraditória frente aos fundamentos do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário. Impossível, no entanto, tentar impedir as distribuidoras de tomarem essa iniciativa em desfavor dos consumidores, cabendo a estes, seja isoladamente, seja de forma associada, seja por meio de órgãos e entidades públicos de defesa de seus interesses, procurar resguardar seus direitos de não serem sobretarifados com vistas a custear subsídios não relacionados diretamente ao setor elétrico.

33. Nada impede, por outro lado, que o TCU busque avaliar a atuação dos órgãos e entidades com competência sobre a matéria, promovendo, conforme o caso, a responsabilização de agentes porventura culpados, tanto daqueles que deram causa a eventuais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro fundamentados no tema em tela quanto daqueles que venham a se manifestar favoráveis à aprovação desses pleitos.

34. No que respeita ao suposto cumprimento dos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário e ao encaminhamento do “Relatório Final do Plano de Redução Estrutural das Despesas da Conta de Desenvolvimento Energético (SEI nº 0211939) para que aquele Tribunal [no caso, o TCU] se pronuncie a respeito” (peça 180, p. 8), cabe esclarecer ao MME que eventual atendimento à decisão embargada será analisada em processo de monitoramento, a ser autuado com esse específico propósito, não se mostrando a presente etapa recursal adequada a essa finalidade, que, aliás, sequer se coaduna com a via estreita dos embargos declaratórios.

35. Ademais, há que se observar que o Decreto 9.642, 27/12/2018, editado com o objetivo de executar o referido plano de redução estrutural das despesas da CDE, não contempla todos os subsídios criticados nesta auditoria, não havendo, portanto, que se falar, a princípio, em pleno atendimento aos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário.

36. Mostra-se, com isso, improcedente o argumento segundo o qual, “especialmente nos itens 9.3 e 9.4, o acórdão embargado foi omissivo à conclusão do Plano de Redução Estrutural de subsídios da CDE, de modo, que se faz necessária a integração e manifestação dessa E. Corte de Contas por meio dos esclarecimentos que ora se busca.” (peça 180, p. 8).

37. Nada mais havendo a enfrentar relativamente aos embargos em apreciação, encerro minha argumentação, mas não sem antes propor adicionalmente alguns ajustes em diversos subitens do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário (alteração de seus subitens 9.3, 9.4, 9.4.1, 9.4.2 e 9.6 e inserção dos subitens 9.4.3 e 9.8.3, além de pequenos ajustes de redação em outros comandos), de modo a:

a) alinhá-los à proposta ora apresentada no sentido de se tornar insubsistente a determinação dirigida à Aneel pelo subitem 9.1 daquela deliberação e, em contrapartida, exigir-se dos órgãos competentes, com maior ênfase, a implementação do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002; e

b) compatibilizá-los com a recém-criação do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (CMAP) – instituído pelo Decreto 9.843, de 12/6/2019, em substituição ao antigo Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais – e com sua força de trabalho disponível, levando-se em consideração, precipuamente no que tange à CDE, o plano anual de atuação daquele Conselho.

38. Essa compatibilização, aliás, parece ensejar a perda de objeto do Pedido de Reexame interposto pelo CMAP contra o Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário, eis que ela altera os subitens 9.4 e 9.6 daquela deliberação, questionados no referido recurso. Essa perda de objeto, no entanto, não pode ser categoricamente declarada, pois, na nova redação ora sugerida para aqueles dois comandos, ainda remanesce a possibilidade de que, no âmbito do Poder Executivo, venha a ser exigida do aludido Conselho de Monitoramento de Políticas Públicas a adoção de algumas providências voltadas à avaliação de determinados subsídios, mais precisamente daqueles em relação aos quais não haja definição da pasta ministerial ou órgão federal responsável por avaliá-los ou haja transversalidade entre pastas ou órgãos distintos.

39. Em face disso, considerando que o mencionado Pedido de Reexame sequer teve sua admissibilidade analisada pela Secretaria de Recursos (Serur), tampouco conta com relator sorteado, sugiro a meus pares que, por questão de racionalidade administrativa e celeridade processual, seja fixado prazo, nessa assentada, para que o CMAP, se quiser, ratifique os termos do apelo juntado aos autos em 9/7/2019 (peça 182) ou, se preferir, apresente novas razões de apelação, ficando caracterizada a perda de objeto desse recurso caso o órgão opte por permanecer silente.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de novembro de 2019.

AROLDO CEDRAZ
Relator

VOTO

Trata-se de embargos opostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e pelo Ministério de Minas e Energia (MME), apontando suposta omissão no subitem 9.1 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário, exarado nos seguintes termos:

*“9.1. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em consonância com os arts. 4º, inciso XIV, 16, **caput** e inciso V, e 17, **caput**, de seu Regimento Interno (Anexo I do Decreto 2.335, de 6/10/1997), que, a partir de janeiro de 2020, em conformidade com a política tarifária do setor elétrico e à luz dos princípios da unidade e da universalidade orçamentária, corolários dos artigos 165, § 5º, e 167, inciso I, da Constituição Federal, ao homologar tarifas dos agentes de distribuição e ao definir, nos termos do art. 2º do Decreto 9.022, de 31/3/2017, o valor das fontes de recurso CDE, **exclua dos consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais, assim como das demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal, o ônus relativo ao custeio de subsídios, de qualquer natureza, que não estejam diretamente relacionados à política tarifária do setor, a exemplo do que se verificou nesta auditoria relativamente aos seguintes subsídios:**”*

Depreende-se do voto do relator, E. Ministro Aroldo Cedraz, que a omissão alegada pelos embargantes residiria no fato de o Tribunal, a despeito de ter determinado que os consumidores de energia elétrica deixem de ser indevidamente cobrados por subsídios estranhos à política do setor, não ter se manifestado “sobre como a Aneel deverá proceder em relação aos beneficiários das vantagens tarifárias criticadas nesta auditoria.”

Segundo o relator, em razão dessa suposta omissão, teria restado “obscura a intenção deste Tribunal, motivo que levou os embargantes a indagarem se as distribuidoras deverão cortar os benefícios ou mantê-los, mesmo na hipótese de não haver dotação na lei orçamentária federal para custeá-los.”

Por esse motivo, admite a “plausibilidade do argumento recursal”, e reconhece a ocorrência de omissão e obscuridade do mencionado subitem 9.1 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário.

O voto ora apresentado mostra-se **irrepreensível** ao explicitar toda a discussão havida por ocasião da prolação do acórdão ora embargado e ao concluir que:

*“ (...) os arts. 13, inciso VII, e 25 da Lei 10.438/2002, assim como o Decreto 7.891/2013, ao instituírem subsídios tarifários não alinhados ao setor elétrico, **têm sua eficácia dependente da existência de previsão de verbas no OGU com essa finalidade específica, haja vista a impossibilidade de se impor o custeio desses benefícios aos consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais da CDE, assim como às demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal.**”*

Nada obstante, o relator entendeu por bem, desta feita, retomar o posicionamento consignado no primeiro voto que apresentou a este Colegiado, o qual foi alterado por Sua Excelência, em razão do acolhimento dos fundamentos do voto revisor por mim apresentado, culminando, assim, com o dispositivo objeto dos presentes embargos.

Nesse sentido, a minuta de voto apresentada nesta ocasião sugere a alteração da questão fulcral do acórdão embargado, com vistas a substituir a determinação resultante do estudo e dos entendimentos havidos com o meu Gabinete, para, nos termos do referido voto, “por enquanto, apenas se ‘expedir determinações aos órgãos competentes voltadas à plena efetividade do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002’ (item 95 do Voto condutor do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário; peça 147, p. 23).”

Tal encaminhamento, por óbvio, permitirá que os consumidores de energia elétrica continuem, por tempo indeterminado, a depender do empenho e das providências a serem tomadas pelo Ministério de Minas e Energia (MME) e pela Casa Civil da Presidência da República, a custear subsídios alheios ao setor elétrico, mediante a inclusão compulsória desses custos em suas contas de energia elétrica.

Como mencionado em meu voto revisor, cujos argumentos foram acolhidos pelo E. relator e incorporados ao acórdão ora embargado, a sistemática adotada para o custeio desses subsídios extrapola a limitação conceitual atribuída pela Constituição Federal de 1988, na linha de interpretação do E. STF, para a política tarifária.

Nesse sentido, transcrevo, por pertinente, os fundamentos do voto por mim apresentado, os quais, a meu ver, **não permitem**, como pretende o E. relator, o reconhecimento de que há omissão ou contradição no subitem 9.1 do 1.215/2019-TCU-Plenário, ora embargado:

“Segundo a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica-SeinfraElétrica, ao destinar recursos da CDE para o seguimento rural, de irrigação e aquicultura e de água, esgoto e saneamento, a administração transfere, compulsoriamente, aos consumidores de energia elétrica o ônus extraordinário de custear tais despesas.

A situação torna-se ainda mais veemente, com a alteração da sistemática de fixação das quotas anuais, a cargo dos consumidores de energia elétrica, que deixaram de corresponder a valores pré-determinados e passaram a ser calculadas em razão da diferença entre a necessidade total de recursos estimados para a CDE, para determinado exercício, e a estimativa do valor de arrecadação oriundo das demais fontes que compõem o fundo. Isso significa que o valor da conta de energia elétrica, paga pelos consumidores brasileiros, depende dos subsídios que são aleatoriamente concedidos por decreto do Executivo.

Parece-me, portanto, gravíssima a ilegalidade na concessão de subsídios, por decreto, não vinculados ao setor elétrico, a partir do fundo setorial da Conta de Desenvolvimento Energético, caracterizando patente desvio de finalidade.

A proliferação de cláusulas em benefício de áreas apartadas da energia violenta a Constituição Federal, no que concerne a política tarifária. Inviável, pois, juridicamente, a inserção, em preço público, de custos extraordinários, ainda que de interesse público, sem o propósito de garantir a continuidade e a sustentabilidade do respectivo setor originário. E essa patente inviabilidade jurídica ocorre tanto a partir da utilização de decreto, como da própria lei.

Em 2015, com o fim dos aportes de recursos do Tesouro Nacional à CDE e o aumento significativo dos gastos da CDE, as tarifas de energia elétrica brasileira também tiveram expressiva majoração. Em 2017, consoante apurado pela unidade técnica, a CDE representava 9,3% da tarifa média praticada no país.

Segundo os pareceres emitidos nos autos, nos exercícios de 2013 a 2017, foram destinados a setores desvinculados do setor elétrico (“rural”, “irrigação e agricultura” e “água, esgoto e saneamento”) R\$ 17,53 bilhões. Apenas no exercício de 2017, os respectivos subsídios chegaram a R\$ 4,04 bilhões de reais, valor correspondente a 25% do total de gastos previstos com a CDE no período.

O E. Ministro Aroldo Cedraz apresenta bem elaborado voto, em que destaca que a concessão dos benefícios tarifários, previstos no Decreto 7.891/2013, não voltados para o setor elétrico, “extrapolam a limitação conceitual atribuída pela Constituição Federal de 1988, na linha de interpretação do STF, para a política tarifária”, que não permite a inserção, em determinado preço público, de custos extraordinários sem o propósito de garantir a continuidade e a sustentabilidade do respectivo setor.

Destaca que a criação desses benefícios por meio de Decreto, “esvazia a competência constitucionalmente assegurada ao Congresso Nacional de, segundo inteligência do art. 48, inciso II, 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, e 70 da Carta Política de 1988, avaliar, decidir e reavaliar, a cada ano, quais políticas de incentivos setoriais merecem ser mantidas, priorizadas ou mesmo excluídas”.

No entanto, a minuta de acórdão que apresenta ao Colegiado contém determinação ao Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais (CMAP) e ao Ministério das Minas e Energia, indicando – na leitura que fiz – a possibilidade de, realizadas as avaliações pertinentes, ser mantida a atual sistemática de concessão dos benefícios, ora criticada no voto do Relator.

Ora, consectário lógico das inconstitucionalidades e ilegalidades seria a exclusão dos subsídios – inconstitucionais e ilegais - alheios ao setor de energia elétrica, do cômputo das tarifas cobradas dos consumidores, por desvio de finalidade na sua instituição.

Além da contradição, a minuta de acórdão apresentada pelo E. Relator destoa do encaminhamento sugerido pela SeinfraElétrica que, por meio da instrução peça 132, propôs a expedição da seguinte determinação à Aneel:

“a partir do exercício de 2019, em conformidade com a política tarifária do setor elétrico e à luz dos princípios da unidade e da universalidade orçamentária, corolários dos artigos 165, § 5º, e 167, inciso I, da Constituição Federal, ao homologar tarifas dos agentes de distribuição e ao definir o valor das quotas anuais da CDE, conforme art. 2º, §2º, do Decreto 9.022/2017, não permita o custeio dos subsídios “Rural”, “Irrigação e Aquicultura” e “Água, Esgoto e Saneamento” pelos consumidores de energia elétrica, mas ao contrário disso, leve em conta as demais fontes de recurso previstas na Lei 10.438/2002;”

Em 27/12/2018, estando o processo em meu Gabinete, após o mencionado pedido de vista, o então Presidente da República editou o novo Decreto 9.642/2018, estabelecendo que, a partir de 1º de janeiro do 2019, os subsídios concedidos – por força do art. 1º, § 2º, do Decreto 7.891/2013 – seriam reduzidos à razão de 20% ao ano, até sua completa extinção, o que deveria ocorrer em 5 anos.

O art. 1º, § 2º, do Decreto 7.891/2013, assim dispõe:

§ 2º No reajuste ou procedimento ordinário de revisão tarifária de que trata o § 1º, a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel deverá estabelecer a convergência gradual dos descontos concedidos atualmente, para cada concessionária ou permissionária de distribuição, aos seguintes valores:

I - Grupo A, classe Rural: dez por cento para a tarifa de uso do sistema de distribuição e para a tarifa de energia das unidades classificadas como rural;

II - Grupo A, subclasse Cooperativa de Eletrificação Rural: trinta por cento para a tarifa de uso do sistema de distribuição e para a tarifa de energia das unidades classificadas como cooperativas de eletrificação rural;

III - Grupo A, subclasse Serviço Público de Água, Esgoto e Saneamento: quinze por cento para tarifa de uso do sistema de distribuição e para a tarifa de energia das unidades classificadas como Serviço Público de Água, Esgoto e Saneamento;

IV - Grupo B, subclasse Serviço Público de Água, Esgoto e Saneamento: quinze por cento sobre a tarifa do subgrupo B3;

V - Subgrupo B2, classe Rural: trinta por cento sobre a tarifa do subgrupo B1, classe Residencial;

VI - Subgrupo B2, subclasse Serviço Público de Irrigação: quarenta por cento sobre a tarifa do subgrupo B1, classe Residencial; e

VII - Subgrupo B2, subclasse Cooperativa de Eletrificação Rural: trinta por cento sobre a tarifa do subgrupo B1, classe Residencial.

Mais recentemente, por intermédio do Decreto 9.744/2019, de 3/4/2019, foi vedada a aplicação cumulativa dos descontos acima mencionados, passando, em regra, a prevalecer aquele que confira o maior benefício ao consumidor.

Diante da norma, houve, por parte do Poder Executivo, manifesta intenção de extinguir os subsídios questionados nestes autos, regularizando as ocorrências identificadas pelo Tribunal, ainda que de forma gradual, o que me parece seguir a mesma linha da preocupação externada pela Secretaria acerca dos possíveis “impactos setoriais indesejáveis na hipótese de corte abrupto de benefícios tarifários”.

Na Câmara dos Deputados, todavia, estão em tramitação os Projetos de Decreto Legislativo nº 7, 8, 15, 29, 31, 32, 34 e 35, todos de 2019, com o objeto sustar ou suspender os efeitos do Decreto 9.642/2018, e, com isso, garantir a manutenção dos subsídios do setor agrícola e dos serviços de água, esgoto e saneamento, que continuariam a ser custeados com recursos da CDE.

Independentemente da controvérsia instaurada no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, e da eventual manutenção dos subsídios “rural”, “irrigação e agricultura” e “água, esgoto e saneamento” à conta da CDE, considero imprescindível que este Tribunal, desde já, na linha da proposta de encaminhamento formulada pela SeinfraElétrica, deixe assente seu entendimento de que tais subsídios não devem continuar onerando as quotas anuais da CDE, oriundas dos encargos tarifários, de que trata o art. 13, § 1º, da Lei 10.438/2002.

O encaminhamento ora proposto não prejudica as medidas constantes da minuta de acórdão trazida à colação pelo E. Relator, na Sessão de 21/11/2018, no sentido de que os órgãos competentes implementem ou aprimorem o controle dos subsídios custeados pela CDE.

Considero, portanto, imprescindível acrescentar, no subitem 9.1 do acórdão, determinação expressa à Aneel, com vistas a evidenciar o entendimento ora defendido, conforme minuta de acórdão revisor que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

Analizando, o voto complementar apresentado pelo E. Relator, em 28/5/2019, notadamente no que tange aos 5 benefícios ligados ao setor agrícola que poderiam estar alinhados às leis do setor elétrico, indicados no item 7 do referido voto¹, acompanho o posicionamento de S. Excelência no sentido de que os subsídios destinados a compensar o impacto tarifário da reduzida densidade de carga do mercado de cooperativas de eletrificação rural possuem aparente relação com a política tarifária e com a universalização do serviço de energia elétrica.

Tal como afirmado pelo Relator, os outros 4, embora alberguem evidente caráter social, não podem, de antemão, receber o mesmo entendimento. A título de exemplo, não há como considerar que todos trabalhadores ou aposentados rurais necessitam de descontos tarifários para se manterem entre os consumidores de energia elétrica, sem o comprometimento de suas necessidades básicas.

Nesse sentido, para que componham as quotas anuais da CDE, não basta que os benefícios tarifários tenham o caráter eminentemente social, é necessário que estejam diretamente ligados à

¹ a) residência utilizada por trabalhador rural ou por trabalhador aposentado nesta condição;

b) produtores rurais que exerçam agricultura de subsistência;

c) prestadores de serviço público de irrigação rural;

d) escolas agrotécnicas sem fins lucrativos situadas em zona rural; e

e) cooperativas de eletrificação rural.

política tarifária do setor elétrico, no sentido de assegurar a qualidade e a expansão desse serviço público.

Sendo assim, ajustei a redação da determinação objeto do subitem 9.1.1 do acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado, com vistas a deixar assente o entendimento desta Corte de Contas de que as quotas anuais da CDE, previstas no art. 2º, § 2º, do Decreto 9.022/2017, não poderão custear subsídios de qualquer natureza que não estejam comprovadamente atrelados às políticas tarifária e de universalização do acesso à energia elétrica.

No curso do monitoramento dessa determinação, a SeinfraElétrica deverá avaliar se os subsídios que eventualmente continuarem onerando o consumidor de energia elétrica atendem as aludidas políticas.

Considerando, contudo, que se encontra em execução o orçamento da CDE do exercício de 2019, entendo pertinente que os reflexos da determinação proposta passem a vigorar a partir do próximo exercício de 2020.”

Verifica-se, pois, a flagrante irregularidade do custeio de subsídios que não guardam relação com o setor elétrico pelos consumidores de energia elétrica, razão pela qual, a determinação para que sejam adotadas medidas para a interrupção do procedimento é consectário lógico desse entendimento, sem se olvidar que medidas dessa natureza são frequentemente determinadas por esta Corte de Contas.

Ademais, não compete a este órgão de controle externo definir o melhor caminho a ser adotado para a solução da irregularidade, sob pena de se imiscuir, indevidamente, no poder discricionário dos agentes públicos.

Ademais, eventual impossibilidade de dar cumprimento a determinações do Tribunal não se resolve por meio da via estreita dos embargos de declaração. Esse tipo de impedimento deve ser objeto de pedido de reexame ou devidamente demonstrado no monitoramento do *decisum*, permitindo que as unidades técnicas especializadas, à luz do interesse público e dos princípios da legalidade, realizem os devidos estudos e proponham a adoção das medidas pertinentes.

A propósito, compulsando os autos, é possível identificar que já existe pedido de reexame contra o acórdão ora embargado, no âmbito do qual – e de eventuais novos recursos – a matéria poderá ser discutida em sua plenitude, dado o caráter devolutivo da espécie recursal.

Com as devidas vênias, não é adequado que este Tribunal de Contas oriente suas decisões no sentido de evitar riscos de questionamentos perante a Suprema Corte ou de outras demandas administrativas e judiciais promovidas por aqueles que eventualmente se sintam prejudicados por suas decisões.

Como já mencionado, o TCU tem suas vias recursais próprias para os casos de inconformismos com os dispositivos de seus acórdãos, razão pela qual os embargos de declaração não podem ser utilizados como meio de o relator original rever o posicionamento que submeteu ao colegiado e propor a alteração dos julgados.

Os embargos de declaração, reitere-se, não se prestam a promover inovação substancial do julgado, mas, tão somente, a aperfeiçoá-lo mediante saneamento da obscuridade, remoção da contradição ou supressão da omissão, admitindo-se, também, a correção de erros atípicos (erro material e erro de fato).

O julgador, ao se deparar com embargos de declaração, não profere novo juízo de valor sobre as circunstâncias já apreciadas, para reparar erro *in judicando*. Em vez disso, integra a decisão já prolatada, mediante supressão das omissões, contradições e obscuridades porventura existentes. Ao julgador “*não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima*” (Pontes de Miranda, 1998, p. 117).

Pela sua pertinência com a matéria, registro a importante lição de Nelson Nery Junior (Teoria Geral dos Recursos, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 2004, p. 436):

“O efeito devolutivo nos Embargos de Declaração tem por consequência devolver ao órgão a quo a oportunidade de manifestar-se no sentido de aclarar a decisão obscura, completar a decisão omissão ou afastar a contradição de que padece a decisão.

(...)

No julgamento dos Embargos o juiz de ordinário não profere nova decisão apenas aclara a anterior. Daí não poder modificar o conteúdo da decisão embargada. Quando supre omissão, entretanto, o juiz prolata outra decisão, pois diz mais do que continha a decisão original.”

Feitas essas considerações, com as vênias do E. relator, conheço dos embargos de declaração para, no mérito, **rejeitá-los**, porquanto inexistentes a omissão e a obscuridade alegadas.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado:

9.1. conhecer dos embargos, para, no mérito, rejeitá-los.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de novembro de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor

ACÓRDÃO Nº 2877/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 032.981/2017-1.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Embargos de Declaração (em processo de Auditoria Operacional).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
 - 3.2. Embargantes: Agência Nacional de Energia Elétrica e Ministério de Minas e Energia.
4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica, Casa Civil da Presidência da República, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Economia, Ministério do Desenvolvimento Regional, Ministério de Minas e Energia, Ministério da Cidadania e Ministério do Meio Ambiente.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação legal:
 - 8.1. Adriano Augusto de Souza e Nelson do Vale Oliveira, representando a Casa Civil da Presidência da República.
 - 8.2. Alexandre Gonçalves Filho, Estefania Torres Gomes da Silva, José Renato Pinto da Fonseca e Sidnei Furlan, representando a Agência Nacional de Energia Elétrica.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria Operacional, ora em fase de Embargos de Declaração opostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e pelo Ministério das Minas e Energia (MME) em face do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443, de 16/7/1992, em:

9.1. conhecer dos Embargos Declaratórios em exame e acolhê-los em parte quanto ao mérito, de modo a:

9.1.1. reconhecer parte das omissões e obscuridades suscitadas pelos recorrentes e supri-las com base nos esclarecimentos lançados no Voto que fundamenta a presente deliberação;

9.1.2. atribuir efeitos infringentes aos referidos recursos para alterar em especial os subitens 9.1, 9.3, 9.4, 9.4.1, 9.4.2 e 9.6 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário e inserir os subitens 9.4.3 e 9.8.3 no referido **decisum**, que, na íntegra, passa a vigor com a seguinte redação:

“9.1. para fins de ciência e de adoção de providências cabíveis no âmbito das respectivas esferas de competência, informar ao Ministério de Minas e Energia (MME) e à Casa Civil da Presidência da República que os subsídios abaixo relacionados (subitens 9.1.1 a 9.1.3) não estão alinhados à política tarifária do setor elétrico, mostrando-se, portanto, indevida a concessão desses benefícios, via Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), sem que haja no Orçamento Geral da União previsão compatível de verbas destinadas a supri-los na íntegra, de modo que os consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais, assim como as demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal, arquem no máximo com o custeio dos subsídios estritamente aderentes à política tarifária do setor elétrico:

9.1.1. aquele previsto no art. 25 da Lei 10.438, de 26/4/2002, destinado a atividades de irrigação e aquicultura desenvolvida em períodos especificados na aludida norma;

9.1.2. descontos concedidos, com base no art. 13, inciso VII, da Lei 10.438/2002, combinado com o Decreto 7.891, de 23/1/2013, e com o Decreto 62.724, de 17/5/1968, aos beneficiários a seguir indicados:

9.1.2.1. unidades classificadas como de serviço público de água, esgoto e saneamento;

9.1.2.2. unidades localizadas em área rural, onde seja desenvolvida atividade relativa à agropecuária, inclusive o beneficiamento ou a conservação dos produtos agrícolas oriundos da mesma propriedade;

9.1.2.3. unidades localizadas em área urbana e que desenvolva as atividades estabelecidas no subitem 9.1.2.2, **supra**, independentemente de se comprovar perante o concessionário ou permissionário de distribuição que a carga instalada na unidade consumidora será destinada predominantemente à atividade agropecuária e que o titular da unidade consumidora possui registro de produtor rural expedido por órgão público ou outro documento hábil que comprove o exercício da atividade agropecuária;

9.1.2.4. unidades dedicadas a atividades agroindustriais, ou seja, indústrias de transformação ou beneficiamento de produtos advindos diretamente da agropecuária, desde que a potência posta à sua disposição não ultrapasse 112,5 kVA;

9.1.3. subsídios concedidos, com base no art. 13, inciso VII, da Lei 10.438/2002, combinado com o Decreto 7.891/2013 e com o Decreto 62.724/1968, aos destinatários a seguir relacionados, podendo, no entanto, ser admitido o alinhamento desses subsídios à política tarifária do setor elétrico caso venham a ser demonstrados, além do atendimento aos requisitos especificados no subitem 9.4 deste Acórdão, o caráter social desses benefícios e o foco, entre outros princípios aplicáveis, na universalização dos serviços públicos de energia elétrica:

9.1.3.1. residência utilizada por trabalhador rural ou por trabalhador aposentado nesta condição;

9.1.3.2. produtores rurais que exerçam agricultura de subsistência;

9.1.3.3. prestadores de serviço público de irrigação rural;

9.1.3.4. escolas agrotécnicas sem fins lucrativos situadas em zona rural;

9.2. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em consonância com os arts. 4º, inciso XIV, 16, **caput** e inciso V, e 17, **caput**, de seu Regimento Interno (Anexo I do Decreto 2.335, de 6/10/1997), que apresente, no prazo de 90 (noventa) dias, plano de ação com vistas a assegurar que, além dos subsídios relacionados à Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) e à Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE), os demais subsídios custeados pela CDE também passem a ser fiscalizados quanto ao atendimento dos requisitos legais e regulamentares de elegibilidade à fruição desses subsídios, contendo, no mínimo, as ações a serem adotadas, os responsáveis e os prazos para implantação do conjunto de ações, limitado ao horizonte de dois anos;

9.3. determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério de Minas e Energia, que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, em conjunto, se necessário for, com outros órgãos e entidades com competência sobre a matéria:

9.3.1. concluam a elaboração do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002, cuidando de priorizar aquelas que estiverem desalinhadas das leis de regência do setor elétrico e do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal de 1988, em especial as que foram listadas acima nos subitens 9.1.1 e 9.1.2, atentando ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF e do Recurso Extraordinário nº 541.511/RS, sobre o conceito de política tarifária;

9.3.2. promovam as mudanças de redução estrutural das despesas da CDE;

9.3.3. apresentem a esta Corte de Contas o plano cuja elaboração ora lhes é determinada pelo subitem 9.3.1 **supra**;

9.4. determinar à Casa Civil da Presidência da República que:

9.4.1. mediante aplicação de critérios de materialidade, relevância e risco, entre outros tidos por pertinentes e oportunos:

9.4.1.1. selecione, entre os subsídios atualmente custeados pela CDE, aqueles que mereçam ser avaliados pelas respectivas pastas ministeriais em articulação com o Ministério de Minas e Energia e com outros órgãos ou entidades porventura considerados relevantes, permitindo-se concluir, ao final, se a sistemática de concessão do benefício deve ser mantida, alterada ou extinta, no todo ou em parte, considerando-se, entre outros aspectos, aqueles atinentes à focalização, à não cumulatividade, aos limites e fontes de custeio, aos prazos de vigência, aos critérios de saída, às

exigências de contrapartida, aos impactos sobre a eficiência econômica e à modicidade tarifária, bem como à compatibilidade desses subsídios com o interesse público e com o ordenamento jurídico aplicável ao setor elétrico, em especial com o conceito de política tarifária, cujos contornos foram bem delineados pela Suprema Corte quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF e do Recurso Extraordinário nº 541.511/RS;

9.4.1.2. quanto aos subsídios atualmente custeados pela CDE selecionados em conformidade com o subitem 9.4.1 deste Acórdão para os quais não haja definição da pasta ministerial ou órgão federal responsável por avaliá-los ou haja transversalidade entre pastas ou órgãos distintos, adote as devidas providências para que sejam levadas a termo, em articulação com o Ministério de Minas e Energia, a avaliação e a conclusão a que se refere o subitem 9.4.1.1 **supra**, seja mediante participação conjunta desses interessados, seja por meio do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, sem prejuízo, em qualquer dos casos, à articulação com outros órgãos ou entidades porventura considerados relevantes;

9.4.2. na seleção de benefícios a ser feita em cumprimento ao subitem 9.4.1 precedente, contemple, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) dos gastos da CDE com subsídios, tomando como base de cálculo para quantificação do valor referente a este percentual o orçamento da aludida Conta de Desenvolvimento Energético para o exercício de 2019;

9.4.3. no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a esta Corte de Contas plano de ação destinado a dar cumprimento, no horizonte máximo de 2 (dois) anos a contar de janeiro de 2020, à determinação objeto dos subitens 9.4.1 e 9.4.2 deste Acórdão, indicando, no mínimo, as ações a serem adotadas, os responsáveis e os prazos para implantação do conjunto de ações;

9.5. determinar ao Ministério da Economia que, a partir de informações a serem fornecidas pela Aneel, inclua, nos moldes do que já ocorre com o subsídio TSEE, os demais subsídios custeados pela CDE nos próximos relatórios “Demonstrativo de Benefícios Financeiros e Creditícios”, “Orçamento de Subsídios da União”, ou em outro documento que considere mais adequado, a fim de apresentar a estimativa dos benefícios de natureza financeira e creditícia concedidos pela União, prevista no art. 165, § 6º, da Constituição Federal;

9.6. recomendar ao Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas que, em conformidade com as diretrizes da governança pública dispostas no art. 4º, incisos IV, VIII e IX, do Decreto 9.203, de 22/11/2017, e no Referencial de Governança do TCU, na hipótese de seus planos anuais de atuação contemplarem políticas públicas cujos resultados possam ser afetados por subsídios custeados pela CDE, leve em consideração tais benefícios, bem como seus respectivos beneficiários, na avaliação das aludidas políticas;

9.7. recomendar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério das Minas e Energia que, em conjunto, se necessário for, com outros órgãos e outras entidades com competência sobre a matéria, avaliem os atuais normativos de regência da CDE, como leis, decretos e portarias, e adotem as providências cabíveis para torná-los compatíveis com a Constituição Federal, em especial com seu art. 175, parágrafo único, inciso III, na linha de entendimento adotada pela Corte Suprema quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF e do Recurso Extraordinário nº 541.511/RS;

9.8. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que, em articulação com outros órgãos eventualmente competentes e levando em consideração as atribuições que lhe são outorgadas pelo art. 3º, inciso I, alíneas “a”, “d” e “e”, da Lei 13.844, de 18/6/2019:

9.8.1. aperfeiçoe a governança de todos os subsídios custeados pela CDE a serem mantidos, em especial quanto à definição de competências e responsabilidades de gestão, avaliação e fiscalização, cuidando para que todas as políticas públicas associadas a esses encargos tenham metas, público-alvo, prazos de duração, elaboração de indicadores e sistemática periódica de avaliação;

9.8.2. avalie a necessidade de alteração da norma regulamentar do inciso VII do art. 13 da Lei 10.438/2002, de modo a compatibilizá-la com a delimitação conceitual atribuída pela Constituição Federal de 1988 para as políticas tarifárias, na linha de interpretação adotada pelo STF quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF e do Recurso Extraordinário nº 541.511/RS;

9.8.3. atente à possibilidade de que normas infralegais cujas edições são de competência exclusiva do Poder Executivo sejam alteradas com o objetivo de, a depender do montante de

recursos anualmente destinado à CDE no Orçamento Geral da União, redefinir a margem de desconto relativa aos subsídios custeados pela referida Conta de Desenvolvimento Energético, em especial àqueles tidos nesta fiscalização como absolutamente dependentes do orçamento federal, valendo ressaltar que disposições legais e regulamentares que definam subsídios a serem concedidos via tarifa de energia elétrica não atendem automaticamente, mesmo quando válidas e vigentes, ao requisito da eficácia, que fica condicionado à plena adequação de tais benefícios ao ordenamento jurídico vigente, em especial às regras aplicáveis ao processo orçamentário federal caso os subsídios não estejam alinhados à política tarifária do setor;

9.9. encaminhar cópia deste Acórdão aos seguintes destinatários:

9.9.1. ao Presidente da Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados e ao Deputados Federais Carlos Andrade e Leônidas Cristino, autor e relator, respectivamente, da Proposta de Fiscalização e Controle 85/2016, em cumprimento ao subitem 6.3.1 do Acórdão 1.476/2017-TCU-Plenário;

9.9.2. ao Presidente da Comissão Especial instituída para a análise do projeto referente à privatização das Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras) e ao Deputado Federal José Carlos Aleluia, relator do PL 9.463/2018, com o intuito de contribuir com debates em torno de propostas que preveem que parte das receitas advindas da desestatização da Eletrobras seja destinada à CDE;

9.9.3. à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, ao Procurador-Geral da República e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para que, se assim entenderem pertinente, elevem à apreciação do Supremo Tribunal Federal o desalinhamento constatado nesta auditoria entre alguns benefícios atualmente inseridos na tarifa de energia elétrica e as leis de regência do setor, em especial o art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal de 1988;

9.10. dar ciência à Agência Nacional de Águas, à Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal e ao Tribunal de Contas do Distrito Federal do risco de que estejam sendo executadas atividades de irrigação e de aquicultura no Distrito Federal desprovidas da competente outorga do direito de uso de recursos hídricos, conforme identificado na presente auditoria;

9.11. dar ciência desta deliberação ao Comitê Interministerial de Governança (CIG), por intermédio da Casa Civil da Presidência da República, que o coordena;

9.12. autorizar, desde já, a instauração de processo de monitoramento voltado à verificação do cumprimento das determinações e recomendações ora expedidas e à evolução do plano de redução estrutural das despesas da CDE a que alude o art. 13, § 2º-A, da Lei 10.438/2002;

9.13. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

9.2. considerando a alteração ora promovida no teor da determinação e da recomendação questionadas pelo Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas à peça 182 em sede de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário, fixar prazo de 15 (quinze) dias para que o referido órgão, caso queira, ratifique os termos daquele recurso ou, se preferir, apresente novas razões de apelação, ficando caracterizada a perda de objeto do referido Pedido de Reexame na hipótese de o CMAP optar por permanecer silente;

9.3. determinar à SeinfraElétrica que, no bojo do monitoramento desta auditoria, verifique as providências adotadas no âmbito Poder Executivo para, a depender do montante de recursos anualmente destinado à CDE no Orçamento Geral da União, redefinir a margem de desconto relativa aos subsídios custeados pela referida Conta de Desenvolvimento Energético, em especial àqueles tidos nesta fiscalização como absolutamente dependentes do orçamento federal, avaliando, inclusive, a necessidade de responsabilização por eventual conduta omissiva;

9.4. dar ciência desta decisão aos embargantes, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Economia, ao Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas e aos órgãos e entidades indicados nos subitens 9.9 e 9.11 do Acórdão 1.215/2019-TCU-Plenário.

10. Ata nº 46/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 27/11/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2877-46/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro e Ana Arraes.
 - 13.2. Ministros com voto vencido: Walton Alencar Rodrigues e Ana Arraes.
 - 13.3. Ministro que proferiu voto de desempate: José Mucio Monteiro.
 - 13.4. Ministro-Substituto convocado com voto vencido: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.5. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral