



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2002.72.05.002803-3/SC
RELATOR : **DES. FEDERAL DIRCEU DE ALMEIDA SOARES**
APELANTE : **POSTO ISLEB LTDA/**
ADVOGADO : **Gustavo Nascimento Fiuza Vecchietti e outros**
APELANTE : **UNIAO FEDERAL**
ADVOGADO : **Luís Henrique Martins dos Anjos**
APELADO : **(Os mesmos)**
: **COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA**
: **ELETRICA - CBEE**
ADVOGADO : **Eduardo Augusto de Oliveira Ramires e outros**
APELADO : **AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA -**
: **ANEEL**
ADVOGADO : **Irisnei Leite de Andrade**
APELADO : **CENTRAIS ELETRICAS DE SANTA CATARINA S/A -**
: **CELESC**
ADVOGADO : **Dimas Espindola Soares e outros**
APELADO : **MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELETRICA -**
: **MAE**
ADVOGADO : **Mauro Vinicius Sbrissa Tortorelli e outros**

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Encarregado Regional da CELESC em Blumenau/SC, tendo por litisconsortes a Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a União, em que se objetiva o reconhecimento da inexigibilidade dos encargos instituídos pelos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 10.438/2002 (conversão da Medida Provisória n.º 14/2001).

Sustenta a impetrante que as exigências pecuniárias não se caracterizam como adicionais tarifários, mas como tributo inominado, cuja instituição não observou os requisitos constitucionais.

O pedido liminar de suspensão da exigibilidade foi indeferido, autorizado, no entanto, o depósito judicial dos valores questionados (fl. 125-126).

Sentenciando, o MM. Juízo *a quo* reconheceu, de ofício, a ilegitimidade passiva da União e da ANEEL, por considerá-las responsáveis pela edição de normas gerais na matéria, sem sofrerem qualquer reflexo pecuniário com eventual concessão da segurança, e a ilegitimidade passiva suscitada pelo MAE. Ainda em preliminar, afastou as alegações de inadequação da via eleita e conexão ou continência com outros processos em curso. No mérito, ao





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

fundamento de que os encargos configuram adicional tarifário, pois se destinam à operacionalização e manutenção do serviço público de prestação de energia elétrica, que não se resume à fase de distribuição, mas inclui também a geração e a transmissão, denegou a segurança. Não houve condenação em honorários.

Inconformada, apelou a impetrante. Sustentou que a cobrança dos encargos é compulsória e não remunera serviço prestado, não sendo, portanto, preço público. Aduz que, com tais características, a exigência reveste-se de natureza tributária, sendo tributo inominado – por não se adequar aos requisitos de nenhuma espécie tributária em particular – ou imposto; em qualquer caso, no entanto, haveria ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e anterioridade. Requereu, assim, a declaração de inconstitucionalidade dos encargos verberados, fazendo-se cessar-lhes a exigibilidade, bem como a devolução imediata dos valores já exigidos.

A União recorreu adesivamente, sustentando ser indevida sua exclusão da lide. Alegou que, conforme dispõe o art. 24 da MP 2.198-5/01, é obrigatória a presença da União nas ações que pretendam obstar ou impedir a cobrança de tarifas decorrentes do enfrentamento da crise de energia. Aduziu que há interesse da União na causa, por tratar-se de política pública e envolver empresa pública, conforme art. 5.º da Lei n.º 9.469/97. Requereu sua permanência no pólo passivo da demanda.

Em contra-razões, a CBEE sustentou a legalidade da cobrança, frisando a natureza tarifária dos encargos, no que foi seguida pela ANEEL.

Foi indeferido pedido do MAE no sentido de certificar o trânsito em julgado de sua exclusão da demanda, entendendo o Magistrado *a quo* tratar-se de matéria de ordem pública, não estando abarcada pela restrição do efeito devolutivo do recurso.

Subiram os autos. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo da impetrante, considerando inconstitucionais os encargos debatidos, e pelo desprovimento do recurso da União, por tê-la como parte ilegítima para a demanda.

É o relatório.

Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
Relator





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2002.72.05.002803-3/SC
RELATOR : **DES. FEDERAL DIRCEU DE ALMEIDA SOARES**
APELANTE : **POSTO ISLEB LTDA/**
ADVOGADO : **Gustavo Nascimento Fiuza Vecchietti e outros**
APELANTE : **UNIAO FEDERAL**
ADVOGADO : **Luís Henrique Martins dos Anjos**
APELADO : **(Os mesmos)**
: **COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA**
: **ELETRICA - CBEE**
ADVOGADO : **Eduardo Augusto de Oliveira Ramires e outros**
APELADO : **AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA -**
: **ANEEL**
ADVOGADO : **Irisnei Leite de Andrade**
APELADO : **CENTRAIS ELETRICAS DE SANTA CATARINA S/A -**
: **CELESC**
ADVOGADO : **Dimas Espindola Soares e outros**
APELADO : **MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELETRICA -**
: **MAE**
ADVOGADO : **Mauro Vinicius Sbrissa Tortorelli e outros**

VOTO

Trata-se da discussão sobre a exigibilidade dos encargos financeiros – que ficaram conhecidos como “seguro-apagão” – previstos na Medida Provisória nº 14/2001, convertida, com alterações, na Lei nº 10.438/2002.

No ano de 2001, tendo em vista circunstâncias climáticas desfavoráveis, que provocaram um rebaixamento extremo dos reservatórios das usinas hidrelétricas, afetando a produção de energia, e, segundo alguns, também pela falta de investimentos oportunos, o Governo Federal determinou uma série de medidas emergenciais, objetivando compatibilizar a demanda e a oferta de energia. Nesse sentido, quanto à demanda, foi imposto um racionamento de energia; de outro lado, implantou-se um sistema emergencial de aumento da oferta de energia, mediante, basicamente, a contratação de usinas térmicas. Essas medidas, bem como os efeitos indiretos da crise energética, tiveram, evidentemente, repercussão financeira. Discute-se, nestes autos, se as consequências financeiras que atingiram os consumidores finais de energia elétrica pertencem ao domínio do preço público, ou se, ao contrário, sujeitam-se ao regime tributário, cujas regras não teriam sido observadas.

Para o gerenciamento da crise energética foi instituída a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE). Também foi criada a





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), com o objetivo de viabilizar no curto prazo, o aumento da capacidade de geração e de oferta de energia de qualquer fonte, conforme determinado na MP 2.209/2001. Segundo dados do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), era imperativo, diante da escassez, que a energia emergencial estivesse disponível até meados de 2002. Assim, a CBEE contratou, por meio de Chamada Pública em janeiro daquele ano vários Produtores Independentes de Energia, no intuito de garantir, mesmo que registradas as piores afluições hidrológicas, a oferta de energia que fosse suficiente para atender a, pelo menos, 95% da demanda.

Os custos desse sistema emergencial, bem como aquele referente à aquisição de energia no âmbito do Mercado Atacadista de Energia (MAE) seria, com as exceções apontadas, rateados entre os consumidores finais de energia.

As normas jurídicas que amparam os encargos estão postas na MP 14/2001, posteriormente convertida, com alterações, na Lei nº 10.438/2002. A regulamentação foi implementada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), mediante a Resolução nº 71/2002, seguida da Resolução nº 249/2002.

Tal legislação criou três encargos distintos, os quais serão analisados separadamente.

Primeiro Encargo: *Encargo de Capacidade Emergencial (ECE)*

1. Para contornar a crise energética, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE) indicou a necessidade de ser criada uma empresa pública de comercialização de energia, a CBEE, cuja finalidade principal seria aumentar, no curto prazo, a oferta de energia, pois eram insuficientes apenas os efeitos da diminuição forçada da demanda.

2. Para cumprir seus objetivos, a CBEE, após vários estudos, optou pela contratação de Produtores Independentes de Energia (PIE), os quais instalariam usinas térmicas, basicamente, movidas a óleo, cujo primeiro grupo deveria estar em funcionamento já no primeiro semestre de 2002. Posteriormente, outras foram contratadas, num total previsto de 58 unidades.

A contratação dos PIE se deu na modalidade Potência (ou Capacidade) Garantida e Energia Fornecida. Assim, as usinas seriam remuneradas por se manterem disponíveis para o fornecimento de energia quando despachadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), e também pela energia efetivamente produzida. Os custos desse sistema emergencial seriam rateados pelos consumidores finais, com as exceções apontadas. Neste tópico, analisa-se apenas o encargo relativo à Capacidade Garantida.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

3. A Lei nº 10.438/2002, assim estipulou o rateio:

Art. 1º - Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativas à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

1º O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) referidas no caput não se aplica ao consumidor integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda, assim considerado aquele que, atendido por circuito monofásico, tenha consumo mensal inferior a 80 kWh/mês ou cujo consumo situe-se entre 80 e 220 kWh/mês, neste caso desde que observe o máximo regional compreendido na faixa e não seja excluído da subclasse por outros critérios de enquadramento a serem definidos pela Aneel.

A ANEEL, pela Resolução nº 249, de maio de 2002, denominou-o, no art. 3.º, de “Encargo de Capacidade Emergencial”, cujo cálculo seria efetuado pela regra do § 1.º:

§1.º - O encargo tarifário previsto no caput será estabelecido pela ANEEL, em R\$/kWh, com base no custo associado à contratação de capacidade de geração ou potência previsto pela CBEE para o ano e no consumo realizado de energia elétrica, no ano anterior, pelo consumidor final atendido pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, excetuada a classe residencial classificada como de baixa renda.

Com base nos critérios acima, a ANEEL fixou, no § 3º, o valor do encargo, para o ano de 2002, em R\$ 0,0049/kWh, ou seja, para um consumo mensal, v. g., de 100 kWh, o valor de R\$ 0,49 (quarenta e nove centavos), a título desse encargo, além da remuneração normal da energia consumida.

4. Em verdade, trata-se de pagamento pela disponibilidade dos produtores independentes de energia, cobrindo os custos de instalação e manutenção das usinas térmicas. Dessa forma, a CBEE paga aos produtores independentes de energia pela disponibilidade da capacidade de geração garantida, rateando os custos entre os consumidores finais, cujo consumo seja superior a 80 kWh/mês, sendo o valor individual destacado na conta mensal de energia elétrica.

5. Inicialmente, cabe analisar se o provimento dessa oferta adicional de energia estava entre as responsabilidades do concessionário, pois, em caso positivo indevida seria a transferência do encargo para o usuário.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Concessão é a delegação, mediante contrato, e sob as regras do Direito Administrativo, da execução do serviço. A concessão tem como característica a titularidade do serviço nas mãos do Poder Público. Este continua com a possibilidade de, a qualquer tempo e quando determinar o interesse da coletividade, modificar tanto o modelo implantado quanto intervir no serviço concedido. Esta a lição de Hely Lopes Meirelles:

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente. (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., Malheiros Editores, p. 341)

Assim, concedente pode atuar em condições de normalidade na prestação do serviço, para os ajustes necessários, bem como, em situações excepcionais, a fim de garantir a prestação. Todavia, tal poder não lhe confere, necessariamente, a possibilidade de impor toda sorte de obrigações aos concessionários. No caso presente, no entanto, não se tratou de intervir para retomar a concessão, mas, tão-somente – e em caráter transitório – de atuar diretamente para contornar situação extraordinária.

Por outro lado, conforme dispõe o art. 6º da Lei nº 8.987/95, toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Entre as condições para configurá-lo adequado encontra-se a continuidade do serviço. O § 3º, no entanto, exclui a responsabilidade do agente delegado quando a interrupção ocorre em determinadas condições, assim dispondo:

3.º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e...

A impossibilidade de geração de energia por falta de água nos reservatórios das hidrelétricas, resultante de estiagem, por certo se ajusta à previsão de interrupção de ordem técnica, pois a energia produzida pelas hidrelétricas não pode, por questões práticas, ser armazenada, sendo gerada, quando necessária, pela vazão da água; portanto, o sistema armazena água para convertê-la em energia. Não havendo água em volume suficiente, não há condições técnicas de geração, ou esta se torna insuficiente. Na outra extremidade, as concessionárias de distribuição – como o próprio nome indica –





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

apenas distribuem a energia elétrica disponível, não sendo responsáveis pela geração.

Portanto, conjugando os fatores e a legislação precedente, forçoso concluir que não havia possibilidade de imputar aos concessionários de energia a responsabilidade por eventuais interrupções no fornecimento, decorrentes da insuficiência de geração ocasionada por estiagem. Dessa forma, não havia meios de os compelir à tomada de medidas para a superação da crise, por ausência de normas legais anteriores impositivas da obrigação de o concessionário manter o serviço sob qualquer condição, bem como ante a inexistência de mecanismos financeiros previamente postos para a cobertura de eventos dessa natureza.

Afastada assim a responsabilidade das concessionárias, resta analisar a forma empregada na instituição da cobrança, a fim de aferir-lhe a legitimidade. Para tanto, necessária, num primeiro momento, a determinação da natureza jurídica do encargo.

6. Dos fatos narrados e da legislação pode-se retirar – inicialmente e para verificar se a denominação atribuída legalmente está correta – as seguintes características do Encargo de Capacidade Emergencial.

Primeira, o Encargo é cobrado dos consumidores finais de energia elétrica – com as exceções determinadas na lei – conectadas ao Sistema Elétrico Nacional Interligado, referindo-se ao rateio dos custos operacionais, tributários e administrativos, incorridos para o aumento emergencial da oferta de energia elétrica, e tendo como destinatária a CBEE. Não configura, dessa forma, receita da concessionária de distribuição de energia elétrica.

Segunda, o Encargo é destinado a CBEE, para fazer face às obrigações contraídas na contratação do aumento da oferta de geração de energia, remunerando os custos de instalação e manutenção das termelétricas. Portanto, o pagamento decorre não da utilização efetiva de energia, mas da disponibilidade de oferta incorporada ao Sistema Elétrico Nacional Interligado, destinada a cobrir evento futuro e incerto.

Terceira, o Encargo é compulsoriamente exigido, porque: a) não é possível, por outro meio, suprir a cobertura oferecida, pois, mesmo que o consumidor adquirisse gerador próprio para a eventualidade de falta de fornecimento de energia, continuaria sujeito ao encargo; b) não está aberta oportunidade ao usuário de não optar pelo encargo; c) tecnicamente, não há possibilidade de dirigir a energia, fornecendo-a, em caso de geração emergencial, somente àqueles que tivessem optado pela cobertura do sistema implantado.

7. Caracterizado o Encargo, resta confrontá-lo, em primeiro lugar,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

com os elementos definidores da tarifa, pois qualificado, legalmente, como “adicional tarifário”.

Embora haja divergência em relação a quais serviços públicos podem sujeitar-se ao regime tarifário, resta assente que a tarifa representa a remuneração do prestador do serviço, com a qual este se pode ressarcir dos custos que teve de suportar.

E se a destinação ao prestador é elemento essencial da tarifa, seu acessório – o adicional tarifário –, para que assim possa ser qualificado e partilhar do mesmo regime jurídico, deverá ter o mesmo destinatário. A jurisprudência do Egrégio STF aponta nesse sentido, podendo ser representada pela seguinte ementa:

- Se é da essência da tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador do serviço, que dela se torna proprietário para os fins aos quais ela visa, quer isso dizer que a sobretarifa, para ser um adicional da tarifa (e, portanto, também preço público), há de ter o mesmo destinatário – o prestador do serviço - ainda que tenha por fim reforçar apenas uma das parcelas (como é o caso da relativa ao melhoramento e à expansão do serviço) que se levam em conta na fixação do seu valor. (Sublinhei)

[. . .]

(RE nº 117.315-7/RS, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, DJU 22./06/90)

Portanto, por ter destinatário – a CBEE – diverso do prestador do serviço de distribuição de energia, o encargo não pode ser qualificado como tarifário.

No mesmo sentido, verifica-se que a tarifa, sendo preço público – como preço que é – tem natureza contratual e contraprestacional, o que significa que a obrigação do pagamento decorre de ato de adesão voluntária do usuário, cuja remuneração se direciona a retribuir o serviço efetivamente utilizado. Também nestes dois pontos desvia-se o adicional debatido da natureza tarifária, pois, como visto, tem como características ser compulsório e remunerar não um serviço efetivamente fruído, mas cobrir os encargos de disponibilidade de energia posta em favor do sistema elétrico, cobrindo evento que pode ou não ocorrer no futuro.

Observe-se que, nesse sentido, tal posicionamento restou mantido pelo STF no julgamento da ADC-09/2001, ao reconhecer a legitimidade do adicional de tarifa cobrado dos consumidores que excedessem a cota mensal de consumo de energia elétrica durante o período de racionamento, pois atendidos os requisitos do regime tarifário: a) destinação dos valores arrecadados à concessionária prestadora do serviço; b) contraprestação pelo acréscimo de custos incorridos pela concessionária para a execução das medidas do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, criado pela MP





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

2.198/2001; c) obrigatoriedade do pagamento resultante de efetiva fruição – e decorrência da natureza contraprestacional do serviço, incorporando, neste caso, o acréscimo de custos da distribuidora de energia. Tais características são, em tudo, diversas das encontradas no Encargo de Capacidade Emergencial, no qual, como se viu, há destinação dos valores arrecadados a outra entidade que não a própria concessionária distribuidora, e, ausente a contraprestacionalidade – já que nada é, efetiva e especificamente, fruído pelo usuário –, a obrigatoriedade do pagamento resulta da imposição legal de adesão ao sistema.

Assim, a denominação atribuída legalmente ao Encargo de Capacidade Emergencial – adicional tarifário – não se ajusta aos requisitos inerentes à tarifa, não se revestindo dessa natureza a exigência verberada.

8. Volta-se então a busca da natureza jurídica do referido encargo ao campo das exigências compulsórias derivadas do poder de império do Estado, pois a cobrança do encargo ajusta-se ao disposto no artigo 4º do CTN, quando qualifica de tributo toda prestação pecuniária compulsória instituída em lei, que não constitui sanção por ato ilícito. Encontrado o gênero, subsiste a dúvida quanto à definição da espécie tributária.

9. Seria um novo imposto? Segundo Sacha C. N. Coelho (Manual de Direito Tributário, 2ª ed., Ed. Forense, p. 245), o imposto é tributo desvinculado de atuação estatal especificamente referida ao contribuinte, recai sobre signos presuntivos de capacidade contributiva de pessoas físicas e jurídicas, como renda e patrimônio, tendo destinação geral – manter o Estado e suas funções, em benefício de toda a sociedade. Nessa senda, segundo remansoso entendimento do STF, somente configura imposto a exação que se destine a reforçar o caixa único do Tesouro. No caso presente, a cobrança é direcionada à empresa pública, a CBEE; ainda que existam eventuais resultados financeiros positivos, estes serão aplicados na redução dos custos nessa mesma atividade, não se incorporando à receita pública (§ 3º do art. 1º da Lei nº 10.438/02). Por outro lado, tratando-se de “rateio de custos”, indica a existência de atividade estatal, através da CBEE, orientada à manutenção de serviço público, referida, portanto, ao grupo beneficiado pela atuação estatal, denotando a segmentação de interesses. O encargo debatido não configura, portanto, hipótese de imposto.

De outro lado, também não se trata de empréstimo compulsório. Este representa um ingresso temporário nos cofres públicos, acarretando, em consequência, a obrigação de o Estado restituir os valores arrecadados, enquanto o Encargo de Capacidade Emergencial ingresso permanente no patrimônio da CBEE, inexistindo previsão de devolução das quantias exigidas dos usuários de energia elétrica.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

10. A proximidade com a figura da taxa de serviço, no entanto, é apenas aparente. Conforme comando constitucional (art. 145, II) e complementar (CTN, art. 77), a taxa pode ser exigida pela utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestados ao contribuinte ou postos à disposição dele. A cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) não se dá pela efetiva fruição nem pela disponibilidade do serviço.

Em primeiro lugar, a atuação da CBEE dificilmente poderia ser qualificada como típico serviço público, pois representa mais o reforço de uma das condições que qualifica o serviço como adequado – a continuidade, § 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987/95 – podendo ser considerada como melhoria do serviço.

Segundo, a disponibilidade pela qual pode ser exigível uma remuneração mediante taxa há de ser atual, imediata e específica, ou seja, o serviço posto à disposição deve possibilitar a utilização contemporânea e direta pelo usuário, cabendo unicamente a ele a decisão do momento de utilizar o serviço disponibilizado. O Encargo de Capacidade Emergencial (ECE), no entanto, representa disponibilidade temporária, ou seja, reserva de oferta de energia ao Sistema Elétrico Nacional Interligado, para cobertura de evento esperado, mas não necessário (ocorrência de estiagem que comprometa a geração de energia hidrelétrica); a disponibilidade oferecida confere, portanto, utilidade mediata, inespecífica, futura e incerta, não comportando remuneração por taxa.

A análise até aqui procedida demonstra a existência de uma cobrança compulsória, dirigida a determinados usuários de energia elétrica, com arrecadação vinculada a uma finalidade específica, características, dentre outras, que a aproxima das contribuições do art. 149 da Constituição, em especial da contribuição de intervenção no domínio econômico. Assim, se faz necessária uma análise mais detida desta espécie tributária.

11. A Constituição de 1988, ao prever a possibilidade de criação de contribuições – diferentemente da especificação que dirigiu aos impostos e às taxas, em relação aos quais fixou as materialidades sobre as quais podem incidir –, qualificou-as apenas pela finalidade, atribuindo-lhes o caráter de instrumento de atuação nas respectivas áreas de incidência.

Vitorio Cassone (Direito Tributário, 14ª ed., 2002, Atlas, p. 102) entende que *a Constituição deu à União um poderoso instrumento interventivo, eficaz em toda geografia econômica, passível de ser exercitado sempre que sua presença se faz necessária, tendo como parâmetro os princípios gerais da atividade econômica inscrita nos art. 170 a 181*. A constatação da existência de um poderoso instrumento de intervenção e arrecadação à disposição do Estado tem levado jurisprudência e doutrina a procurarem definir os contornos da figura,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

a fim de evitar-lhe o emprego desmesurado e possibilitar um controle mais objetivo das normas veiculadoras de exigências sustentadas no caráter intervencionista.

Hugo de Brito Machado, comentando o art. 149 da Constituição, afirma que as contribuições caracterizam-se não pela destinação do produto da arrecadação, mas pela correspondente finalidade. Em relação às contribuições interventivas, aduz que qualquer tributo interfere no domínio econômico, pois representa transferência de recursos do setor privado para o público, e conclui:

[. . .] Por isto se há de entender que a contribuição no domínio econômico que caracteriza essa espécie de contribuições sociais é apenas aquela que se produz com objetivo específico perseguido pelo órgão estatal competente para esse fim, nos termos da lei.

(Curso de Direito Tributário, 19ª ed., 2001, Malheiros, p. 354)

11.1. No campo jurisprudencial, toma-se por paradigma o julgamento proferido pelo Egrégio STF, no qual se decidiu sobre matéria que guarda estreita relação com o debate em torno do Encargo de Capacidade Emergencial. Trata-se do recurso extraordinário nº 209.365-3/SP (DOU 7.12.2000), em que se examinou o Adicional de Tarifa Portuária (ATP), o qual restou reconhecido como contribuição de intervenção no domínio econômico. São vários os pontos de contato com a presente demanda: a) em ambos os casos, estão sob análise [...] *atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União*, nas palavras do Min. Ilmar Galvão, referindo-se aos serviços elencados no art. 21, inciso XII da CF/88. Tais atividades são aquelas que a União pode explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme determina a citada norma; no acórdão do STF, o disposto na letra “f” (os portos marítimos, fluviais e lacustres); no caso dos autos, na letra “b” (os serviços e instalações de energia elétrica); b) nas duas oportunidades, os concessionários já eram remunerados por tarifas, entendendo o poder público que o acréscimo se dava a título de adicional tarifário; c) as finalidades da arrecadação relacionam-se com a melhoria dos serviços a que dizem respeito; e, d) as exigências restringem-se aos grupos que utilizam os serviços.

No referido acórdão, Min. Nelson Jobim, esclarece que [...] *o ATP, desde a sua criação, é devido por uma categoria específica de usuários [...] e objetiva financiar obras em infra-estrutura portuária*. Nesta e noutras manifestações pode-se identificar três requisitos para o reconhecimento de uma contribuição de intervenção no domínio econômico: uma finalidade específica, a determinação de um grupo e a destinação da arrecadação.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

11.2. Marco Aurélio Greco, em estudo que empreendeu sobre a matéria (Contribuições, uma figura “sui generis”, 1.^a ed., 2000, Dialética), evidencia e sistematiza os requisitos acima, qualificando-os de essenciais na configuração das contribuições.

11.3. Propõe o mestre tributarista o reconhecimento de que a Constituição de 1988, em relação às contribuições, optou, como critério de validação – atribuição de competência legislativa e aferição da validade das normas – por indicar finalidades a serem buscadas com a edição da norma. Acrescenta o autor que a existência de uma finalidade não é suficiente, mas que há requisitos a suprir:

Afirmar que a finalidade é o traço fundamental das contribuições também não significa que basta a existência de previsão de uma finalidade para que possam ser instituídas. Ao contrário, não podem ser criadas em função de qualquer finalidade. A criação de contribuições somente poderá ocorrer em relação a finalidades: a) previstas constitucionalmente; e b) relativamente às quais a própria Constituição tenha autorizado a criação de contribuições. (op. cit., p. 229)

Com se viu da citação do voto do Min. Ilmar Galvão, os serviços, ou atividades inscritas no art. 21, XII, entre eles a exploração dos portos e dos serviços de energia, são atividades de natureza econômica, revestidas de interesse público por vontade da Constituição. A finalidade da instituição do ATP foi o financiamento de obras em infra-estrutura portuária. Já a finalidade do encargo sob análise comporta dois aspectos distintos. Primeiro, representa uma ampliação do serviço, consistindo no aumento da oferta de energia, não obstante temporária – pois deve durar enquanto exigível for a contribuição – e para ser utilizada sob condição – a ocorrência de estiagem que comprometa o abastecimento pelos meios ordinários. Segundo importa em aperfeiçoamento do serviço, com o incremento da confiabilidade, pois a contribuição financia um mecanismo que objetiva evitar cortes no fornecimento de energia em situação excepcional. A contribuição apresenta, portanto, a finalidade de melhorar os serviços de energia, objetivo compatível com os desígnios constitucionais. Observe-se, quanto à extensão do campo econômico, que a Constituição refere-se, no art. 21 citado, à atuação nos serviços e instalações de energia elétrica, não se restringindo apenas ao serviço público de distribuição de energia.

Havendo, assim, permissão constitucional para a atuação governamental no âmbito econômico mediante a instituição de contribuição (art. 149), bem como se tratando de atividade econômica explorada diretamente ou sob concessão (serviços de energia elétrica), para cujo aperfeiçoamento e expansão se estipulou contribuição interventiva, encontra-se atendido o primeiro requisito: a finalidade específica.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

11.4. O poder de escolha do setor econômico objeto de intervenção por meio de contribuição está situado na esfera de discricionariedade do legislador. Contudo, a participação no grupo econômico é requisito que não pode ser desconsiderado nem iludido pelo legislador na escolha dos contribuintes. Assevera Marco Aurélio Greco:

Realmente, ser parte do grupo é requisito para a escolha dos contribuintes. Na medida em que a contribuição volta-se ao grupo, só tem sentido que alcance alguém que dele faça parte. Sendo essencial, disto decorre que a participação deve ser efetiva e não ficta. Ou seja, a lei não pode, a pretexto de escolher o contribuinte, conter disposição contraditória à premissa em que se apoia: o referencial é o grupo, portanto, o contribuinte deve fazer parte efetiva dele, e não ser um terceiro sem relação com o grupo, que a lei pretende alcançar pela simples força do poder de império. Se isto ocorrer, estará sendo negada essência da figura da contribuição e instituída uma exação que não será verdadeira contribuição.

[. . .]

Também nas contribuições de intervenção no domínio econômico, o requisito é nítido, de modo que só cabe a exigência da contribuição de quem pertencer ao grupo formado pelo respectivo setor econômico. [. . .] (op. cit., p. 242)

O Min. Nelson Jobim, no acórdão citado, resume a questão:

(b) usuários específicos, por opção da lei [...], além de remunerarem aquele que explora os serviços, contribuíram, [...] para que a União pudesse melhorar a infra-estrutura portuária de que se serviam. (Sublinhei)

Assim, o grupo alcançado pela contribuição intervencionista deve ser escolhido segundo critérios econômicos, e os contribuintes devem, efetivamente, integrar o grupo. No caso do ATP, o legislador não onerou o grupo inteiro (todos os usuários dos serviços portuários), mas elegeu parcela dos integrantes dele (apenas aqueles que realizassem operações com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso, conforme disposto no § 1º do art. primeiro da Lei nº 7.700/88). No caso dos autos, a lei de regência especificou o grupo – os consumidores atendidos pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado – em conformidade com a finalidade motivadora da cobrança. Ficaram assim excluídos da exigência da contribuição aqueles não atendidos pelos serviços de energia, os consumidores de energia elétrica não conectados ao referido sistema interligado (partes da região Norte do país), bem como aqueles consumidores que possuem geração própria. Do mesmo modo que na legislação do ATP, no Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) o legislador onerou apenas parte do grupo: os usuários cujo consumo mensal seja superior a 80 Kw/mês, ou não se situe entre 80 e 220 Kw/mês, segundo outros critérios.

A extensão do grupo denota apenas a importância do setor





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

econômico alcançada pela intervenção e é, em princípio, irrelevante. Por outro lado, se a contribuição de intervenção no domínio econômico é direcionada a custear melhoria de setor econômico cujo desenvolvimento é inadequado com os meios ordinários de financiamento, não faria sentido exigí-la de quem explora a atividade econômica, já que o objetivo é fomentar tal atividade, injetando-lhe recursos. Basta, portanto, a existência denexo econômico direto entre o grupo e a finalidade a ser atendida, e a participação efetiva do contribuinte nesse grupo. Assim, entendo que o requisito da integração no grupo específico foi satisfeito.

11.5. O destino da arrecadação é um dos requisitos apontados como validador da exigência. Parece decorrer naturalmente do requisito finalidade, pois, instituir determinada contribuição para atender uma finalidade constitucionalmente adequada e, depois, destinar a arrecadação para outro objetivo seria, no mínimo, burla à finalidade que justificou a criação da exigência. Marco Aurélio Greco esclarece:

A meu ver, há alguns conceitos constitucionais que permitem dar um instrumental para o aplicador concluir pela constitucionalidade, ou não, das exigências. Um deles é o destino da arrecadação. Nem se diga, citando o CTN, que o destino da arrecadação é irrelevante. O critério do artigo 4º do CTN pode ser adequado para os impostos mas, para as contribuições, é ao contrário. Para as contribuições, o destino da arrecadação é um elemento essencial à definição da figura. Se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um determinado grupo, e a exigência do pagamento é feita em solidariedade ao grupo à luz da finalidade, o destino da arrecadação deve ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade. (op. cit., p. 239-240)

Todavia, não há que se invocar, sob o pálio da destinação, a existência de uma vantagem direta, específica e mensurável ao contribuinte. Este requisito sequer é absoluto na prestação custeada por taxa de serviço. O que se há de reclamar é a destinação da arrecadação para atender à finalidade justificadora da exigência.

No voto-paradigma, o ATP era destinado a implementar obras de infra-estrutura, inicialmente, em qualquer porto brasileiro. Depois, passou, mantida a finalidade, a ser destinado, proporcionalmente, para cada porto, na medida da arrecadação. Em seu voto, o Min. Nelson Jobim abre, inclusive, um tópico para analisar a destinação da exação – melhoria das instalações portuárias –, concluindo que o ATP, até sua extinção, manteve a destinação original. Contudo, reconheceu-se a legitimidade da exigência tanto como destinação inespecífica (para qualquer porto, independentemente da arrecadação própria),

No caso do Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) a arrecadação é totalmente destinada a custear a finalidade de melhoria do sistema elétrico. Mais que destinação futura, já apresenta emprego efetivo: segundo





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

informações contidas no “Relatório de Gestão Ano 2002”, disponível no sítio eletrônico da CBEE (<http://www.cbee.gov.br>), das 58 usinas contratadas em janeiro de 2002, foram concluídas 54 até dezembro do mesmo ano (p. 19). Outro ponto a ser ressaltado é a característica do Sistema Elétrico Nacional Interligado: embora a energia elétrica não possa ser armazenada, pode ser transmitida a grandes distâncias. Portanto, a energia eventualmente gerada pelas termelétricas emergenciais poderá ser distribuída – com alguma limitação de volume – a qualquer parte do sistema. Assim, havendo a possibilidade de a usina emergencial ter a energia distribuída para qualquer parte do sistema, bem como sendo possível redirecionar a produção das demais unidades geradoras ordinárias do sistema elétrico, integrando-se a geração normal e emergencial, não existem grupos determinados que seriam atendidos por determinadas usinas emergenciais, não existindo, por conseqüência, necessidade – nem possibilidade – de retorno proporcional. Ademais, como se frisou acima, a destinação proporcional à arrecadação não foi considerada essencial à contribuição; essencial é a arrecadação destinar-se a custear a finalidade da intervenção.

Desta forma, apoiado por critérios jurisprudenciais e doutrinários para a configuração da exigência, entendo que o Encargo de Capacidade Emergencial constitui contribuição de intervenção no domínio econômico.

Encontrada a natureza jurídica do encargo, cabe verificar se o regime jurídico próprio foi observado.

12. Tem prevalecido o entendimento de que as contribuições do artigo 149 da Constituição revestem-se de natureza tributária. Marco Aurélio Greco, na obra citada (p. 76), indaga se o STF, nas decisões proferidas sobre a matéria, teria afirmado que as contribuições têm efetiva *natureza* tributária ou somente teria reconhecido que a elas se aplica o *regime jurídico* tributário. De qualquer forma, as contribuições sujeitam-se às regras constitucionais e complementares que disciplinam a instituição das exigências pecuniárias compulsórias, pelo menos aquelas dispostas nos artigos 146, inciso, III, 150, I e III, e 195, § 6º, para as contribuições a que alude este último dispositivo, conforme expressa disposição do citado artigo 149.

12.1. Embora não sem divergências, prepondera o entendimento da necessidade apenas de lei ordinária para a instituição de contribuições.

12.2. Por outro lado, inexistente desacordo quanto à necessidade de que todos os elementos definidores da obrigação tributária estejam contidos em lei – lei em sentido formal e material. Luciano Amaro enfatiza:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples autorização do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina in abstracto todos os aspectos relevantes para que, in concreto, se possa determinar quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se “A” irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se “A” deve ou não contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público. (grifos no original) (Direito Tributário Brasileiro, 6.ª ed., 2001, Saraiva, p. 110)

Do *caput* e parágrafo primeiro do artigo 1º da lei instituidora do encargo podemos retirar alguns elementos definidores. O fato gerador é o consumo de energia elétrica fornecida através do Sistema Elétrico Nacional Interligado (SENI). Os sujeitos passivos são os consumidores finais de energia elétrica atendidos pelo SENI, cujo consumo seja superior aos critérios fixados.

Embora se possa identificar alguma definição do legislador quanto aos aspectos da incidência da exação, a demarcação dos limites de atuação do Estado na atividade arrecadatória contém imprecisão que não se harmoniza com a segurança requerida no campo das exigências compulsórias. São especialmente incompletos os critérios definidores da base de cálculo e alíquota, pois a fixação dos custos está na dependência da atuação administrativa, que pode variá-los tanto na extensão – contratando na medida em que supor necessário – quanto na qualidade da gestão – o gerenciamento dos custos depende de uma atuação mais ou menos diligente e competente da administração. Portanto, a lei não definiu o *quantum* da exigência, tampouco demarcou limites fixos e seguros para tanto.

Luciano Amaro acrescenta:

Isso leva a uma outra expressão da legalidade dos tributos, que é o princípio da tipicidade tributária, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo, as situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos.

À vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos aos contidos no tipo legal; a tipicidade tributária costuma qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine lege traduz “o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei”. Na lição de Yonne Dolácio de Oliveira, “o que põe em relevo o caráter do tipo cerrado é a sua limitação precisa, o que se obtém, como no conceito abstrato,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

por meio da determinação exhaustiva de suas características consideradas sempre necessárias”. (grifos no original) (op. cit., p. 111)

O CTN, em seu art. 97, exprime o princípio da legalidade no âmbito infraconstitucional, detalhando o campo reservado à lei na definição do tributo. Conforme tal dispositivo, somente a lei pode criar, alterar ou extinguir tributos, bem como somente ela pode estabelecer, entre outros elementos, a definição do fato gerador, da base de cálculo e a alíquota.

Do princípio da legalidade estrita, ou tipicidade tributária, decorrem algumas conseqüências, tais como regras para a integração da legislação tributária – vedação de exigência de tributo por meio de analogia (art. 108, § 1.º, do CTN) –, ou a inviabilidade de outorga da criação de tributo ou da definição de alguns de seus elementos por ato infralegal. Neste último caso – delegação – a inviabilidade resulta da necessidade de lei em sentido formal para a instituição de tributo. Lei em sentido formal é *ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição* (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 19ª ed., Malheiros, p. 65). Assim, a complementação dos elementos da exigência tributária não pode ser suprida por titular de função administrativa, ao qual compete apenas aplicar a lei, sem possibilidade de inovar a ordem jurídica.

No caso dos autos, a completa definição da exigência teve suporte em resolução da ANEEL, na qual restou definida a alíquota (inicialmente, R\$ 0,0049/kWh), e da qual se infere a base de cálculo (quantidade de energia consumida mensalmente), ofendendo, sob outro aspecto, o princípio da legalidade.(Qual?)

Portanto, o Encargo de Capacidade Emergencial não possui os elementos definidores da hipótese de incidência, representando clara afronta ao princípio da estrita legalidade, inscrito no inciso I do art. 150 da Constituição Federal, segundo o qual é vedado à União exigir tributo sem lei que o estabeleça.

Segundo Encargo: Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE)

13. Da análise até aqui expendida, nota-se uma estreita relação entre o Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) e o Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE). Este só existe em função daquele. Com efeito, os Produtores Independentes de Energia (PIE) foram contratados pela CBEE na modalidade Potência Garantida e Energia Fornecida. Portanto, como já se disse das usinas contratadas são remuneradas por se manterem disponíveis para o fornecimento de energia quando despachadas pelo Operador Nacional do





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Sistema Elétrico (ONS), e também pela energia efetivamente produzida. Analise-se, agora, a exigência destinada a remunerar a energia gerada pelos PIE.

O encargo encontra-se previsto também no art. 1º da Lei n.º 10.438/02, já transcrito, complementado pelo disposto no § 2.º, *in verbis*:

§ 2º O rateio dos custos relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) referidos no caput não se aplica ao consumidor cujo consumo mensal seja inferior a 350 kWh integrante da Classe Residencial e 700 kWh integrante da Classe Rural.

A ANEEL, também pela Resolução n.º 249/2002, denominou-o, no art. 5º, de “Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial”, cujo cálculo seria efetuado pela regra do § 1º:

§ 1.º O encargo tarifário previsto no caput será estabelecido para o mês, pela ANEEL, em R\$/MWh, com base no custo projetado de aquisição de energia elétrica emergencial para aquele mês e no consumo projetado de energia elétrica, no mesmo período, para o consumidor final atendido pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, excetuados os consumidores referidos no parágrafo único do art. 4º.

Portanto, tal encargo somente será cobrado se houver efetiva geração, devendo ser estabelecido mês a mês, em função dos custos, não possuindo, portanto, valor predefinido.

14. O Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE) tem em comum com o Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) o fato de ser compulsoriamente exigido dos usuários e estar destinado a CBEE, não sendo, desta forma, receita da concessionária de distribuição de energia.

Como já analisado em relação ao primeiro encargo, tais características são suficientes para afastar a natureza tarifária atribuída pela legislação ao encargo sob exame.

Segue-se, então, a busca da espécie tributária, pois, tal qual o ECE, o EAEEE enquadra-se nas prescrições que qualificam os tributos.

15. De imposto não se cogita, pois o encargo também é destinado a CBEE, não integrando a receita pública.

16. Neste caso, embora haja fornecimento de energia, está ausente o requisito da especificidade, pois a CBEE rateia os custos de aquisição de energia elétrica emergencial entre os usuários do sistema interligado, independentemente





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de terem eles recebido ou não energia fornecida emergencialmente – até porque, não é possível determinar qual a proveniência específica da energia utilizada pelo consumidor, característica que decorre de ser o sistema interligado. A geração emergencial é mecanismo paralelo que se destina a suplementar o sistema ordinário de geração. É, desse modo, posto em função do sistema elétrico em caráter geral, só indireta e inespecificamente referível aos usuários. Note-se, ainda, que o usuário já remunera a energia efetivamente utilizada mediante tarifa específica; não seria tolerável que tivesse que pagá-la também a título de taxa.

17. O Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE), que ora se analisa, é complementar ao Encargo de Capacidade Emergencial (ECE).

Têm ambos a mesma finalidade de melhoria e aperfeiçoamento do sistema elétrico, sendo o último o dispositivo posto para prevenir evento futuro e incerto, e o primeiro, o dispositivo atuante a partir da efetivação do evento esperado.

Dirigem-se ao mesmo grupo econômico, embora a parcela onerada pelo encargo de aquisição seja relativamente menor (usuários cujo consumo mensal seja superior a 350 Kwh, se residencial urbano, ou 700 Kwh, se rural).

A destinação dos valores arrecadados está afeta à finalidade perseguida: a expansão do sistema elétrico.

Conclui-se, sem a necessidade de se estender fundamentação em face dos argumentos já apresentados, que o Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE) também se reveste da natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois satisfeitos os requisitos da finalidade específica, da pertinência do grupo e do destino apropriado da arrecadação.

18. Da mesma forma que no ECE e em idêntica extensão – pois previstos no mesmo dispositivo legal e compartilhando as mesmas regras – os elementos definidores da exigência tributária ora examinada não foram completa e exaustivamente previstos na norma instituidora. Assim, o encargo sob exame padece do mesmo vício antes apontado: afronta ao princípio da legalidade, inscrito no inciso I do art. 150 da Carta Magna. Há, na verdade, um único sistema, cujo financiamento foi bipartido: uma cobrança destinada à manutenção; outra à atuação do mecanismo.

Terceiro Encargo: *Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE*

19. O terceiro adicional tarifário está previsto no art. 2º da Lei n.º 10.438/02, nestes termos:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Art. 2.º - Parcela das despesas com a compra de energia no âmbito do MAE, realizadas pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração e de distribuição até dezembro de 2002, decorrentes da redução da geração de energia elétrica nas usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE e consideradas nos denominados contratos iniciais e equivalentes, será repassada aos consumidores atendidos pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, na forma estabelecida por resolução da Câmara de Gestão da Crise de Energia – GCE ou, extinta esta, da ANEEL.

§1º As despesas não alcançadas pelo disposto no caput serão objeto de transação entre os signatários dos denominados contratos iniciais e equivalentes, observada a disciplina constante de resolução da ANEEL.

§2º Do valor global adquirido, a parcela a ser rateada, mensalmente divulgada pela ANEEL, será calculada pela diferença entre o preço da energia no âmbito do MAE e o valor de R\$ 0,04926/kWh.

§3º O repasse será realizado sob a forma de rateio proporcional ao consumo individual verificado e não se aplica aos consumidores integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda, nem àqueles cujo consumo mensal seja inferior a 350 kWh da Classe Residencial e 700 kWh da Classe Rural.

A ANEEL, pela mesma Resolução nº 249/2002, denominou, no art. 12, de “Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE” o adicional tarifário destinado a cobrir os custos de aquisição de energia no MAE, cujo cálculo seria efetivado pelas regras dos §§ 1º e 2º:

§1º O valor do encargo tarifário será calculado com base no montante de energia elétrica adquirida nos termos do art. 11 e valorado pela diferença entre o Preço MAE, P_{mae}, e o valor de R\$ 0,04926/kWh.

§2.º O valor do encargo tarifário de que trata o caput será determinado e publicado mensalmente pela ANEEL, em R\$/MWh, com base nos valores apurados no mês anterior, e no consumo realizado de energia elétrica, no mesmo período, pelo consumidor final atendido pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, excluídos os consumidores referidos no parágrafo único do art. 11.

Ainda, especificando a determinação legal quanto à duração do encargo, o artigo 13 da referida resolução definiu que ele vigoraria no período entre o final do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica e 31 de dezembro de 2002.

20. O Operador Nacional do Sistema (ONS), pessoa jurídica de direito privado, foi criado pela Lei nº 9.648/98. Integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização, consumidores livres e representantes do poder concedente, o ONS tem por finalidade a coordenação e o controle das operações de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados. Determina quem gera e a quantidade de energia necessária para a manutenção do sistema, tomando em consideração apenas aspectos técnicos, ou seja, o ONS atua visando a otimização dos recursos energéticos, sem vinculação com obrigações





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

comerciais estabelecidas entre as concessionárias geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica.

21. O Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) surgiu, conforme disposto na Lei nº 9.648/98, como ambiente de transações de compra e venda de energia elétrica, auto-regulado, através de um Acordo de Mercado. Mais tarde, em 2002, o MAE passou a ter personalidade jurídica, funcionando como associação de direito civil, seguindo regulamentação da ANEEL. Participam do MAE agentes concessionários de geração e comercialização de energia elétrica. O MAE não compra ou vende energia e não tem fins lucrativos; sua função é promover contabilização e liquidação financeira das operações com energia elétrica, das transações efetuadas por seus participantes.

Com a reformulação do setor elétrico, a compra e a venda de energia passou à livre negociação entre os concessionários, conforme dispôs o art. 10 da Lei nº 9.648/98. Contudo, no período de 1998 a 2006, deveria ser observado um esquema de transição com contratação do montante de energia determinado pelos órgãos reguladores, os denominados contratos iniciais. Tais contratos iniciais determinam a obrigação jurídica dos geradores de atender à demanda contratada pelos distribuidores, conforme preços estipulados contratualmente e regulada pela ANEEL. A compra e venda de energia elétrica, que não for objeto de contrato bilateral, há de ser negociada no mercado de curto prazo ou “spot”, cujo preço será determinado conforme as regras do Acordo de Mercado, denominado de preço MAE.

22. Dentre as regras do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) foi criado o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), do qual participam as usinas hidrelétricas despachadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), com o objetivo de compartilhar entre elas os riscos hidrológicos, segundo dispôs o art. 20 do Decreto nº 2.655/98.

Energia assegurada do sistema é aquela que pode ser obtida a risco de déficit preestabelecido, conforme regramento da ANEEL. Toda a geração das usinas participantes do MRE que exceder à assegurada será contabilizada em favor das usinas que tiveram despacho definido pelo ONS como sendo abaixo do nível assegurado. Assim, o gerador hidrelétrico participante do MRE que gerou energia excedente à assegurada individualmente – em substituição a outro gerador hidrelétrico também participante, que deixou de gerar em função do despacho centralizado – é remunerado pelo preço mínimo (custo da geração), havendo, assim, o cumprimento dos contratos bilaterais de fornecimento e evitando exposições dos participantes ao preço MAE.

Todavia, quando a otimização do sistema hidrotérmico,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

implementada pelo ONS, determina o despacho de um gerador não contratado e não integrante do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), a remuneração da energia que gerou recai sob os critérios de determinação da energia “livre”, pois não alcançada pelos contratos bilaterais nem sujeito à compensação prevista no MRE.

A disparidade de preços torna-se relevante em situações de excepcional escassez hídrica, quando o MRE, por longo período e de forma acentuada, deixa de prover a devida cobertura aos seus participantes. Durante o racionamento, o preço MAE chegou a cerca de R\$ 700,00 por MWh, enquanto o preço da energia negociada nos contratos iniciais – preço de fornecimento – girava em torno de R\$ 50,00 por MWh, e o preço definido para a compensação no MRE correspondia a cerca de R\$ 4,00 por MWh. A desproporção entre tais preços acarretou grande onerosidade na prestação, pois os geradores deveriam responder por todo o custo da denominada energia livre, remunerada ao preço MAE. Dessa forma, já a MP 2.198-5/2001, ao instituir o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, determinara, no § 2º do art. 16, que os consumidores comerciais e industriais que ultrapassassem as metas de consumo remunerariam a energia excedente ao preço praticado no MAE.

23. A permanecer a disparidade de preços acima apontada, após o término do racionamento, haveria rompimento do equilíbrio econômico do contrato; assim, interveio o poder público, determinando a repartição dos ônus. Estabeleceu um preço-limite, correspondente ao valor médio de remuneração da energia nos contratos iniciais, vigente em dezembro de 2001, até o qual responderia o concessionário gerador; o custo acima de tal preço seria repassado ao consumidor final, com as exceções apontadas – consumidores de baixa renda –; as despesas não alcançadas pelo sistema de repartição dos custos seriam de responsabilidade dos concessionários, conforme determinou o § .º do art. 2º, acima transcrito.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a *teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes* (op. cit., p. 220). Acrescenta o mestre administrativista que a *revisão do contrato e de seus preços, pela aplicação da teoria da imprevisão, pode ser determinada por norma legal para todos os contratos de uma certa época e para certos empreendimentos, como pode ser concedida pelo Judiciário ou pela própria Administração em cada caso específico submetido à sua apreciação* (op. cit., p. 221).

José Carlos Ferreira de Oliveira, referindo ensinamento de Temístocles Cavalcanti, afirma que a aplicação da teoria da imprevisão reclama o concurso de três elementos:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

a) que as partes não tenham tido intervenção nenhuma nos fatos que determinaram o desequilíbrio econômico de um dos contratantes; b) que esses fatos não tenham sido previstos e nem pudessem sê-los; c) que os fatos tenham como consequência a subversão da economia do contrato, provocando prejuízos que excedam todas as previsões que deveriam ter sido feitas no momento do contrato.

(A teoria da imprevisão e os contratos administrativos, RT 320, p. 29)

O desequilíbrio tem origem numa situação hidrológica desfavorável, que comprometeu o funcionamento dos geradores hidrelétricos. A escassez de água, por certo, está fora do poder de intervenção dos contratantes.

A determinação de livre negociação da energia no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) e a estipulação dos contratos iniciais foram acompanhadas de mecanismo destinado a cobrir os riscos hidrológicos, de forma que os integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) pudessem se compensar quando um ou outro estivesse em situação desfavorável, diante de normais períodos de diminuição do volume de água nos respectivos reservatórios. Todavia, quando a escassez é de tal monta que o próprio MRE se torna insuficiente ou inadequado para compensar a deficiência de geração, presente a álea extraordinária justificadora da revisão. De fato, o MRE é um mecanismo onde os próprios concessionários geradores suportam o risco hidrológico, diminuindo o lucro daquele que cede energia para evitar prejuízo àquele que a recebe. Não há, entretanto, mecanismo financeiro ou físico destinado a cobrir eventos inesperados. Além disso, tal mecanismo, se existente, elevaria permanentemente os custos de geração, com retorno pouco eficiente, pois destinado a cobrir evento futuro e incerto.

A disparidade entre o preço de fornecimento e o preço MAE, acima referida, demonstra, em princípio, onerosidade excessiva aos concessionários geradores, excedendo as previsões que deveriam ter sido feitas. Observe-se, ainda, que a ausência de um mecanismo destinado a cobrir a álea extraordinária é opção do poder concedente, inserida no seu poder regulamentar; o concessionário apenas adere e se sujeita à regulamentação.

Apesar de a lei ter referido as concessionárias geradoras e distribuidoras, da sistemática de comercialização de energia que onerou a prestação do serviço, acima exposta, não pude vislumbrar como teria atingido os distribuidores. Note-se, contudo, que, mais uma vez, o encargo – ou parte dele, se também oneradas as distribuidoras de energia – é destinado a outrem que não o prestador de serviço ao qual está ligado o usuário sujeito à cobrança, não obstante, segundo dispõe a Lei nº 9.074/95, também sejam concessionárias as geradoras hidrelétricas que destinam sua produção à execução de serviço público – e, portanto, também seriam remuneradas por preço público. Aqui, todavia, a





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

nota marcante é a existência de uma obrigação jurídica dos geradores de atenderem à demanda contratada com os distribuidores de energia, decorrente dos referidos contratos iniciais. Havia, então, a responsabilidade dos geradores de fornecer a energia, gerando-a, ou adquirindo-a – quando disponível. Assim, os geradores, não podendo gerar devido à escassez de água, mas havendo energia disponível fornecida por produtores que não se sujeitavam a contratos anteriores nem eram integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) (e que também não se confundem com aqueles geradores emergenciais contratados pela CBEE) – cuja remuneração, portanto, seria variável –, se viram obrigados a arcar com os custos de aquisição dessa energia mais cara junto ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE). Não havia, no entanto, mecanismos jurídicos nem econômicos para o repasse desses custos, que, como se viu, representariam excessiva onerosidade. A obrigação dos geradores estava acompanhada de mecanismo destinado a cobrir a álea ordinária; a álea extraordinária e excessivamente onerosa não lhes pode ser imputada, no que correta a repartição do ônus com o usuário final mediante adicional específico.

O fato de representar obrigação do concessionário de arcar com a remuneração da energia fornecida por terceiro, da qual decorrem custos não previstos e excessivos, afasta nitidamente esta situação daquela apresentada nos encargos anteriores e a aproxima daquela criada com o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica (julgada legítima na ADC-9/2001). Naqueles, como se viu, não havia obrigação – obrigação de aumentar a oferta de energia a fim de evitar cortes no fornecimento de energia –, o que justificou a atuação do poder concedente e a qualificou como intervenção em setor econômico necessitado de expansão e aperfeiçoamento, mediante iniciativa do Estado e custeado por contribuição. Acentue-se que essa possibilidade de intervenção restou reconhecida como legítima, não sendo, entretanto, viável a forma utilizada, pois não satisfeitos requisitos inerentes ao regime tributário.

Diante dessas diferenças, entendo correta a atuação do poder concedente no sentido de restabelecer o equilíbrio econômico na prestação do serviço, pois a repartição operada limita a responsabilidade dos concessionários ao preço da energia pelo qual são remunerados. A cobrança em separado e a destinação a outro concessionário, neste caso, não a desqualifica como preço público, pois representa a recomposição de custos do serviço efetivamente fruído.

Do que precede, infere-se que a tarifa remunera o fornecimento de energia elétrica utilizada pelo usuário, servindo de contraprestação às concessionárias para cobrirem os custos incorridos na prestação do serviço e para obterem remuneração adequada pelo capital empregado; a contribuição de intervenção no domínio econômico deve ser direcionada a custear melhoria e expansão de setor cujo desenvolvimento é inadequado com os meios ordinários





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de financiamento, carente, portanto, de atuação estatal saneadora ou fomentadora.

Em síntese, entendo que:

1) o repasse de parcela das despesas com a compra de energia elétrica no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) realizada pelas concessionárias, prevista no art. 2º da referida lei e denominado, na Resolução n.º 249/02 da ANEEL, de Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE, representa restabelecimento do equilíbrio econômico dos contratos de prestação dos serviços de energia elétrica, adequando a responsabilidade das concessionárias ao preço da energia pelo qual são remuneradas; tem, portanto, natureza de preço público, pois consiste na remuneração de custos adicionais da concessionária na prestação do serviço de energia, inicialmente não computados no contrato de concessão: remunera, pois, serviço de fornecimento de energia elétrica.

Dessa forma, sendo preço público, não se submete às restrições impostas aos tributos, tendo sido corretamente veiculado pela Lei n.10.438/2002 e Resolução nº 249/02 da ANEEL, nada lhe obstando a exigência.

2) o rateio dos custos de contratação de capacidade de geração e de aquisição de energia elétrica pela CBEE, denominados, na mesma resolução supracitada, respectivamente, de Encargo de Capacidade Emergencial (ECE) e de Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (EAEEE), caracteriza-se como contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja instituição violou o princípio da legalidade.

Assim, entendo como inconstitucionais o *caput* e §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n.º 10.438/2002, por afronta ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Frente ao exposto, voto no sentido de argüir, perante a Corte Especial deste Egrégio Tribunal, nos termos do artigo 150 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a inconstitucionalidade do *caput* e §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n.º 10.438/2002, por afronta ao art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
Relator





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2002.72.05.002803-3/SC
RELATOR : **DES. FEDERAL DIRCEU DE ALMEIDA SOARES**
APELANTE : **POSTO ISLEB LTDA/**
ADVOGADO : **Gustavo Nascimento Fiuza Vecchietti e outros**
APELANTE : **UNIAO FEDERAL**
ADVOGADO : **Luís Henrique Martins dos Anjos**
APELADO : **(Os mesmos)**
: **COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA**
: **ELETRICA - CBEE**
ADVOGADO : **Eduardo Augusto de Oliveira Ramires e outros**
APELADO : **AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA -**
: **ANEEL**
ADVOGADO : **Irisnei Leite de Andrade**
APELADO : **CENTRAIS ELETRICAS DE SANTA CATARINA S/A -**
: **CELESC**
ADVOGADO : **Dimas Espindola Soares e outros**
APELADO : **MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELETRICA -**
: **MAE**
ADVOGADO : **Mauro Vinicius Sbrissa Tortorelli e outros**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. LEI N.º 10.438/2002. CRIAÇÃO DE TRÊS ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE A TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. “SEGURO-APAGÃO”. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O rateio, entre os consumidores finais de energia elétrica atendidos pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, dos custos de contratação de capacidade de geração e de aquisição de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), denominados, na Resolução n.º 249/02 da ANEEL, respectivamente, de Encargo de Capacidade Emergencial (“seguro-apagão”) e de Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial, caracteriza-se como contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja instituição violou o princípio da legalidade, pelo que são inconstitucionais as exigências do *caput* e §§ 1.º e 2.º do art. 1.º da Lei n.º 10.438/2002.
2. Já o repasse, aos consumidores antes mencionados, de parcela das despesas com a compra de energia elétrica no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) realizada pelas concessionárias, prevista no art. 2.º da referida lei e denominado de Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE na mesma resolução supracitada, representa restabelecimento do equilíbrio econômico dos contratos de prestação dos serviços de energia elétrica, adequando a responsabilidade das concessionárias ao preço da energia pelo qual são remuneradas; tem, portanto, natureza de preço público, nada obstando-lhe a cobrança.
3. Portanto, em observância ao disposto no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, e o que determina o artigo 150 do Regimento Interno desta Corte,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

propõe-se a presente Arguição de Inconstitucionalidade perante a Corte Especial deste Tribunal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, argüir a inconstitucionalidade do *caput* e §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n.º 10.438/2002, por afronta ao art. 150, inciso I, da Constituição Federal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 2003.

Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
Relator

