

INTRODUÇÃO

A interferência do Poder Judiciário nas decisões de competência da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)¹ torna-se cada vez mais comum, porém é necessário aferir se essa interferência observa os requisitos previstos em lei e na doutrina brasileira para que seja realizado o controle judicial.

Analisaremos criteriosamente os requisitos e se a atuação do Poder Judiciário extrapola as disposições acerca do tema.

Será tratada, também, a natureza jurídica da ANEEL e seus atos administrativos, analisando os recursos e limites do Poder Judiciário para afetar esses atos (conveniência e oportunidade ou/e legalidade).

É importante destacar que, além da abordagem legal e doutrinária, será realizada uma pesquisa empírica de um *case* específico e de extrema relevância ao setor de energia elétrica brasileiro: o *Deficit* hídrico do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) – *Deficit* de energia elétrica –, conhecido como *Generation Scaling Factor* (GSF), uma vez que a judicialização do tema foi tão relevante que ensejou a publicação da Lei Federal nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015, cujo objeto foi repactuar o risco hídrico de geração de energia elétrica.

O GSF é fator algébrico que representa a relação entre a geração total das usinas hidrelétricas e a garantia física² total do MRE.

¹ A **ANEEL**, autarquia em regime especial, vinculada ao *Ministério de Minas e Energia (MME)*, foi criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Tem como atribuições: regular e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, atendendo a reclamações de agentes e consumidores com equilíbrio entre as partes e em benefício da sociedade; mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico, entre estes e os consumidores; conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia; garantir tarifas justas; zelar pela qualidade do serviço; exigir investimentos; estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços.

² Montante, em MW médios, correspondente à quantidade máxima de energia relativa à usina que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos. É estabelecido na forma constante da Portaria MME nº 258, de 28 de julho de 2008.

Esse mecanismo é concebido com o objetivo de compartilhar, entre seus integrantes, os riscos financeiros associados à comercialização de energia em longo prazo pelas usinas hidráulicas despachadas de modo centralizado e otimizado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)³. Isso significa que o ONS determina a quantidade de energia elétrica que cada usina deve gerar, com vistas a um aproveitamento ótimo dos recursos hidráulicos.

Pois bem. Ocorre que em 2014, com o cenário de crise hídrica⁴, observou-se deficitária a quantidade de energia elétrica gerada pelas usinas hidrelétricas. Esse fato expôs todo o MRE a impactos financeiros bilionários, uma vez que a energia elétrica produzida não foi suficiente para atender aos contratos de compra e venda de energia celebrados.

Em outras palavras, em decorrência da crise hídrica, o GSF estava “negativo”, já que a energia gerada pelas usinas hidrelétricas foi insuficiente para atender à garantia física do MRE, causando assim uma exposição financeira bilionária no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)⁵.

Todavia, a Administração Pública decidiu adotar a posição de que o risco hidrológico seria suportado somente pelos integrantes do MRE, ou seja, o Governo Federal permaneceu inerte e se isentou de qualquer responsabilidade pelo momento delicado vivido.

Em decorrência do posicionamento da Administração Pública, os agentes integrantes do MRE ingressaram com centenas de ações judiciais, por meio de

³ O Operador Nacional do Sistema Elétrico é uma pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos, criado em 26 de agosto de 1998, pela Lei nº 9.648/98, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.848/04 e regulamentado pelo Decreto nº 5.081/04. Ele é responsável por coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

⁴ A impossibilidade ou dificuldade na produção de energia elétrica, pois o nível da água disponível nos reservatórios das usinas é muito baixo do seu limite, em decorrência da ausência ou pouca incidência de chuva nas regiões nacionais.

⁵ A CCEE é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos e tem por finalidade a viabilização da comercialização de energia elétrica no SIN, realizada no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), no Ambiente de Contratação Livre (ACL) e no Mercado de Curto Prazo, segundo a Convenção, as Regras e os Procedimentos de Comercialização aprovados pela ANEEL.

associações ou individualmente, para limitar o ônus financeiro decorrente do *Deficit* hídrico do MRE.

Esses agentes obtiveram em seu favor o reconhecimento da presença dos requisitos que autorizaram a concessão de medidas protetivas, por meio de decisões judiciais, em 1ª e 2ª instância da Justiça Federal, para: (a) limitar o risco hídrico em 5% da respectiva garantia física da usina; (b) limitar o risco hídrico conforme a respectiva garantia física da usina; e/ou (c) afastar os ônus financeiros das decisões judiciais do MRE (exclusão do rateio de inadimplência).

Serão exploradas as decisões de primeira e segunda instância que limitaram o risco hídrico em 5% da garantia física das geradoras, uma vez que elas demandaram uma atuação técnica e regulatória do Poder Judiciário, pois foi necessário construir uma estrutura jurídico-regulatória para suas concessões.

Serão abordados, ainda, os aspectos relevantes para o desenvolvimento do tema, como o Princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista o relevante papel exercido pelo Poder Judiciário no atual momento do país.

Em consonância com a tripartição dos poderes, serão analisados os princípios e poderes que norteiam os juízes no andamento e na análise do mérito das ações judiciais.

Por fim, destaca-se, ainda, que a presente obra abordará as disposições do Direito Administrativo acerca do controle judicial dos atos administrativos das agências reguladoras.