



**Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU**

PROCEDIMENTO COMUM (7) Nº 5023084-26.2018.4.03.6100 / 13ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI, CONDOMÍNIO DO CONJUNTO COMERCIAL MARKET PLACE,

CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING PATIO HIGIENÓPOLIS

Advogado do(a) AUTOR: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650

Advogado do(a) AUTOR: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650

Advogado do(a) AUTOR: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650

RÉU: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

S E N T E N Ç A

Trata-se de ação judicial por meio da qual o CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI, o CONDOMÍNIO DO CONJUNTO COMERCIAL MARKET PLACE e o CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING PÁTIO HIGIENÓPOLIS postulam em face da UNIÃO, DA ANEEL e da ELETROBRÁS a declaração da ilegalidade de cobrança (pedido inibitório) e a repetição de valores pagos indevidamente (pedido restitutório).

Aduzem os autores que foi instituída pela Lei Federal 10.438/02 a CDE (Conta de Desenvolvimento Energético) em razão de crise energética que levou ao racionamento nos anos de 2001 e 2002.

Noram que, todavia, houve um incremento das finalidades para os quais os valores estavam sendo arrecadados, extrapolando a motivação inicial e desbordando dos limites legais.

Por isso, os demandantes vêm a juízo pleitear que se declare a invalidade da cobrança da CDE e que se condene as réis, solidariamente, a restituir o quanto injustamente exigido e adimplido.

A ANEEL, em contestação, postulou o reconhecimento da ilegitimidade ativa dos postulantes – que seriam meros contribuintes de fato, mas não de Direito-, a ausência de interesse de agir, advogando, no mérito a constitucionalidade e a legalidade da CDE, apontando que ordem judicial em sentido diverso implicaria violação ao princípio da separação dos poderes.

A UNIÃO, por sua vez, sustenta sua ilegitimidade passiva, já que os atos regulamentares foram praticados pela ANEEL, defendendo, no mérito, a justiça da CDE.



A ELETROBRÁS foi citada e não se manifestou, deixando transcorrer *in albis* o prazo.

Em réplica, os autores invocam a sua legitimidade ativa com lastro em precedente do STJ sobre o ICMS e sua repetibilidade em favor do consumidor final, estando presente o interesse de agir na medida em que foi comprovadamente exigida a CDE, pelo menos, em 2015. Quanto à legitimidade ad causam da UNIÃO para responder à demanda, sustenta ser de responsabilidade da mesma os atos irregulares praticados por agência reguladora, forte no precedente firmado pelo STF ao julgar o RE 153.464. No mérito, reitera a fundamentação lançada na exordial, advogando ter a regulamentação exorbitado do âmbito legal que lhe cabia especificar e ordenar.

É a suma da controvérsia.

Preliminarmente, revela-se desnecessária a produção de outras provas.

A presunção de veracidade dos fatos narrados na exordial não se aplica à ELETROBRÁS, mesmo ausente contestação da mesma, vez que as outras duas demandadas apresentaram defesas cujas razões lhe aproveitam amplamente (art. 345, I, do CPC).

Isso posto, cumpre ter em vista o modo de instituição, gestão e cobrança da CDE.

Como os próprios demandantes relatam, a cobrança da tarifa de energia elétrica é exigida pelas companhias AES Eletropaulo e Brookfield que não são demandadas na presente ação judicial.

O pagamento devido à CDE não é cobrado à parte na conta de luz, mas sim está embutida no preço da energia elétrica. Isso é crucial para a compreensão dos fatos *sub judice* e a determinação do tratamento jurídico a ser dispensado.

A Lei Federal 10.438/2002 colocou como responsável direto pelos pagamentos à CDE:

Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando ao desenvolvimento energético dos Estados, além dos seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013) (Vide Decreto nº 9.022, de 2017)

[..]

§ 1º Os recursos da CDE serão provenientes das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela Aneel a concessionárias, permissionárias e autorizadas, e dos créditos da União de que tratam os arts. 17 e 18 da Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012.



As próprias faturas juntadas revelam que o encargo não é cobrado diretamente do consumidor, ainda que este, sem dúvida alguma, seja, efetivamente, o pagador.

Note-se, ainda, que a CDE não ostenta personalidade jurídica própria, tendo sido gerida pela ELETROBRÁS, sem que os valores fossem incorporados ao patrimônio desta. Enquanto fundo setorial, a CDE não enseja confusão patrimonial nem com a UNIÃO e muito menos com a ANEEL.

Ademais, a CDE não é composta exclusivamente dos recursos obtido junto aos agentes comercializadores de energia na forma de encargos a serem suportados pelo consumidor quando do pagamento da tarifa, mas ainda dos valores das multas aplicadas pela ANEEL e subsídios da UNIÃO, dentre outros aportes.

Isso posto, tem-se que os autores desta ação judicial possuem legitimidade ativa para impugnar as cobranças tarifárias às quais estão submetidas. Isso porque enquanto pagadores dos preços públicos, possuem o direito de contestar a formação da própria tarifa, vez que a mesma é objeto de regulação administrativa, ao invés de submissão ao mercado no qual impõe-se a lei econômica da oferta e da demanda, estando os consumidores à mercê da intervenção estatal e, por isso, é evidente que podem surgir-se contra acréscimos no preço da energia que estejam em desconformidade com o sistema jurídico vigente.

Na medida em que o consumidor final não pode discutir o preço em si, que é, na verdade, determinado pelo Estado, então o modo de estipulação deve ser sindicável, sob pena do pagador ficar à mercê do arbítrio governamental e ser o preço público formado ao bel-prazer dos detentores do poder político. Assim, reconheço a legitimidade ativa dos autores.

No que tange à legitimidade passiva dos demandados, há três situações absolutamente distintas.

A ELETROBRÁS na condição de gestora do fundo não se apropriou dos valores depositados na CDE, sendo seu patrimônio distinto do mesmo. Não pode ser compelida a devolver aquilo de que nunca teve efetiva posse ou propriedade, mas que, na verdade, apenas gerenciava. Veja-se que a demanda em tela é restitutória – e não indenizatória – não se podendo cogitar de dever de devolver aquilo que não foi por ela apropriado e sobre o qual a ingerência foi meramente administrativo-financeira. Desse modo, impõe-se a recusa à legitimidade passiva da ELETROBRÁS.

Quanto à ANEEL, ainda que a mesma seja a pessoa jurídica competente para a regulamentação do setor elétrico no Brasil, é certo que não houve pela mesma posse ou apropriação dos valores relativos à CDE. O fundo setorial, apesar de ser de algum modo influenciado pela agência reguladora, não compõe o patrimônio da ANEEL.

Por outro lado, a ANEEL realiza a exigência dos valores junto às distribuidoras, havendo atuação de sua parte cuja ordem de abstenção é postulada pelos demandantes.



Por isso, a ANEEL ostenta legitimidade passiva apenas parcial para responder à ação judicial em tela, respondendo pelo pleito inibitório, mas não pelo restitutório.

Em relação à UNIÃO as circunstâncias são bem diversas e revelam, claramente, a legitimidade passiva. A começar, veja-se o art. 21, XII, *b*, da CF/88, *in verbis*:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

b/ os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Como visto, a UNIÃO é a titular da competência administrativa relativa ao fornecimento de energia elétrica, verdadeiro serviço público, cujo fornecimento é feito por outrem apenas na condição de autorizado, permitido ou concessionário pelo poder autorizador, permitente ou concedente.

A energia elétrica foi reconhecida na Constituição Federal não apenas como um bem essencial, mas também como um serviço público a exigir a garantia de seu fornecimento pelo Estado. Portanto, as verbas destinadas à CDE fazem parte do patrimônio necessário à execução da política pública energética, estando apartada apenas provisoriamente do caixa ordinário da UNIÃO na medida em que isso é necessário para dedicar os valores a uma finalidade específica e mantida com verbas específicas para tanto. Ainda que em rubrica diversa, a CDE compõe o patrimônio da UNIÃO no seu sentido amplo.

Quanto ao mérito da causa, o cerne da controvérsia consiste na validade de imposição de custo adicional na formação do preço público para fins de custeio de subsídios a outros consumidores e investimentos na estrutura relativa ao setor elétrico, incluindo-se aqui incrementos, como os relativos ao quanto necessário para viabilizar a realização dos jogos olímpicos no país.

Quando se adiciona ao custo de um determinado serviço o valor necessário para que outros consumidores paguem menos, tem a instituição de um regime de subsídio. A interferência regulatória na formação do preço faz com que uns arquem com a despesa suprimida com a prestação do serviço a outrem. O custeio de tal espécie pode dar-se por meio de valores amplamente recolhidos na sociedade (tributos) ou daqueles que, sendo também consumidores, arcaram com o subsídio de outros consumidores dos mesmos bens ou serviços.

No caso da CDE tem-se um regime misto, onde há o aporte de recursos pela própria UNIÃO e também pelos consumidores finais do serviço de fornecimento de energia elétrica.



Normalmente, o custeio de subsídios pelos demais consumidores do setor acaba por gerar uma distorção indesejável, pois alterando o equilíbrio entre oferta e demanda gera-se uma ineficiência mediante o aumento do preço decorrente do valor maior cobrado. Por isso, a princípio o subsídio deve ser custeado por recursos amplamente colhidos na sociedade e mediante processo democrático e transparente de modo a deixar claro ao pagador de tributos onde está indo o dinheiro coativamente recolhido, impondo-se a aprovação da exação para tanto.

A inclusão de encargos adicionais na formação da tarifa para fins de subsídio, além de distorcer o real custo e, consequentemente, preço, do serviço prestado, acaba por ocultar o imprescindível debate a respeito do financiamento do subsídio, de modo a não se aumentar tributos formalmente, mas onerando parte da comunidade que passa a arcar com a despesa de política pública. O custeio dos subsídios enquanto promoção dos direitos sociais deve ser financiamento de forma ampla, transparente e democrática, ao invés de ocultar-se o custo real de tais medidas sob a fatura da energia elétrica. Não custear os direitos sociais mediante tributos e embutir as despesas necessárias a tanto no seio do preço dos serviços essenciais é exigir velada e compulsoriamente valores cujo pagamento deve ser discutido democraticamente e de modo aberto com os cidadãos.

Além da falta de transparência e do caráter antidemocrático da oneração dos subsídios via aumento dos preços públicos, há outro problema grave, a saber: o do desrespeito à capacidade contributiva. Uma pessoa que use energia elétrica pode ter uma condição financeira excelente e não estar contribuindo com o custeio do subsídio ao passo que outra, de menor poder aquisitivo, pode estar sendo substancialmente onerada ao pagar a conta de energia elétrica. É o mesmo problema do custeio de passagens de transporte público com preço reduzido por outros passageiros que também usam o transporte público, quando os que têm veículos próprios não estão sendo onerados. Trata-se da conhecida (e problemática) questão do subsídio cruzado. Por isso o custeio de subsídios deve ser amplo, não recaindo sobre determinado setor que, muitas vezes, está em desfavorecida situação contributiva.

A interferência sobre os preços para fins de custeio de subsídios não é apenas ineficiente, mas também é profundamente injusta. Tem-se a violação, assim, da democracia, da legalidade, da propriedade, da igualdade, da livre iniciativa, da capacidade contributiva, dentre outros direitos fundamentais que obstante que o Estado onere, indevidamente, o particular, cobrando encargo contratual no lugar típico de tributo.

Assim, os encargos para a CDE não poderiam ser utilizados para fins de subsídios.

Por outro lado, a expansão da estrutura elétrica, alcançando pessoas antes desassistidas, fazendo com que a luz alcance a penumbra de lares antes desassistidos, bem como o avanço para o uso de fontes renováveis constituem-se em forma natural de aumentar o mercado consumidor e de inovação tecnológica a adequar a atuação com as políticas socioambientais brasileiras e mundiais. Tais despesas fazem parte da atividade própria do setor energético.



Ao contrário do que ocorre com o financiamento do regime de subsídios, a expansão da rede elétrica e a busca por fontes de energia cujo uso represente menor impacto ambiental constituem-se em objetivos para os quais justifica-se o encargo na tarifa ao consumidor final.

Por outro lado, em relação ao custeio referente às obras elétricas necessárias para a realização dos Jogos Olímpicos no Brasil, tem-se como inviável fazer com que os consumidores suportassem tal despesa. A realização de tal evento esportivo no Brasil foi uma decisão política cujos custos deveriam ter sido expostos às claras, ao invés de ocultados na contas de energia elétrica. E tanto houve tal dispêndio que se tem o Decreto Presidencial 8,272/2014 autorizando o uso da CDE para tanto:

Art. 4º-A. Poderão ser repassados recursos da CDE às concessionárias de distribuição, para: [\(Incluído pelo Decreto nº 7.945, de 2013\)](#)

I - neutralizar a exposição das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da alocação das cotas de garantia física de energia e de potência de que trata o [art. 1º da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013](#), e da não adesão à prorrogação de concessões de geração de energia elétrica; e [\(Incluído pelo Decreto nº 7.945, de 2013\)](#)

II - cobrir o custo adicional para as concessionárias de distribuição decorrente do despacho de usinas termelétricas acionadas em razão de segurança energética, conforme decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico. [\(Incluído pelo Decreto nº 7.945, de 2013\)](#)

III - neutralizar a exposição contratual involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da compra frustrada no leilão de energia proveniente de empreendimentos existentes realizado em dezembro de 2013. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.203, de 2014\)](#)

IV - cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição de energia elétrica definidas pela Autoridade Pública Olímpica - APO, para atendimento aos requisitos determinados pelo Comitê Olímpico Internacional - COI, com fundamento no [art. 12, caput, da Lei nº 12.035, de 1º de outubro de 2009](#). [\(Incluído pelo Decreto nº 8.272, de 2014\)](#)

IV - cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição de energia elétrica definidas pela Autoridade Pública Olímpica - APO, para atendimento aos requisitos determinados pelo Comitê Olímpico Internacional - COI, com fundamento no [art. 12, caput, da Lei nº 12.035, de 1º de outubro de 2009](#); e [\(Redação dada pelo Decreto nº 8.792, de 2016\)](#)

V - cobrir os custos com prestação de serviços, fornecimento de equipamentos e materiais, na cidade do Rio de Janeiro, indispensáveis à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016, para atendimento aos requisitos



determinados pelo Comitê Olímpico Internacional - COI, informados pela Autoridade Pública Olímpica - APO, com fundamento no [art. 12, caput, da Lei nº 12.035, de 1º de outubro de 2009. \(Incluído pelo Decreto nº 8.792, de 2016\)](#)

Veja-se que o inciso IV previu o uso do dinheiro da CDE para despesas com a instalação elétrica necessária à competição desportiva, mas o inciso V é mais amplo e concede o poder para que a verba fosse utilizada também para prestação de serviços, fornecimento de equipamentos e materiais, sem que houvesse menção ao setor energético.

Assim, de fundo setorial ligado ao custeio da promoção do serviço público para um maior número de brasileiros e desenvolvimento do setor a CDE tornou-se, inexplicavelmente, um meio de retirar, sub-repticiamente, riquezas da economia nacional para financiar os Jogos Olímpicos.

Isso posto, outras despesas como as decorrentes de indenizações a concessionários, neutralização de riscos contratuais, etc., igualmente não têm base legal e não se coadunam com a formação escorreita do preço público, servindo para onerar, sem causa lícita, o consumidor final que paga pelo que consome e por muito mais.

De todo o exposto, vê-se que a CDE tinha objetivos iniciais em parte constitucionalmente inválidos e que foi sendo utilizada para outros fins não apenas em desacordo com a possibilidade conferida pela Lei Maior, mas também pela própria Lei Federal instituidora.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem acompanhando com um olhar bastante crítico a CDE, veja-se:

"Para a maioria dos subsídios da CDE (56% deles), o respectivo normativo não é legítimo ou competente para normatizar a atuação dos diversos atores envolvidos. Além desse fato, esses nove subsídios, apesar de custeados pelos consumidores de energia elétrica, estão dissociados de matérias afetas ao setor elétrico e são incompatíveis com o regime jurídico tarifário e a política de incentivo à eficiência econômica estabelecidos para o setor elétrico. São destinados a outros setores, pessoas físicas e jurídicas ou atividades econômicas, da agricultura ao saneamento básico, do trabalho e emprego à aquicultura, impactando indevidamente o preço da energia elétrica no país, afetando a modicidade tarifária prevista em lei, o que onera diversos setores produtivos e diminui a competitividade da indústria nacional, dificultando a retomada do crescimento econômico.

A maioria dos subsídios sequer possui um delineamento estratégico. Também não estão definidos sistemas e indicadores-chave de monitoramento e



avaliação. A auditoria constatou deficiência generalizada na identificação do órgão competente para realizar a avaliação finalística dos resultados obtidos com cada subsídio da CDE."

Portanto, está claro que houve uma inadequada interferência na formação do preço público e que, além disso, o uso da verba recolhida sofreu tredestinação ilícita.

Todavia, isso tudo não impõe, por si só, o acolhimento da demanda.

A questão é complexa, a quantificação do quanto foi efetivamente cobrado a mais de cada consumidor revela-se praticamente inviável e ensejaria um grande número de discussões, bem como mesmo a determinação de abstenção de futuras cobranças revela-se indesejável dada a sistemática já estar estabelecida.

Gradualmente a situação está sendo normalizada, pois determinou-se, por meio da Lei Federal 13.360/2016 a redução das despesas do CDE, bem como, mediante o Decreto 9.642/2018 os subsídios estão sendo diminuídos. Atualmente, prosperam debates profícuos sobre uma solução definitiva ao problema, bastando ver o didático e pertinente estudo do Ministério da Economia a respeito[1].

Desse modo, a intervenção judiciária no tema ensejaria mais prejuízos do que benefícios à equalização do problema, devendo ser prestigiada uma solução político-administrativa ampla para resolver o impasse. Atende-se, assim, ao prescrito pelos artigos 21-23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que chancelam na via legislativa o vaticínio de Karl Larenz[2] quando este aduzia que não se pode esperar de um juiz prudente que 'aplique o Direito mesmo que o mundo pereça', sendo a seguir transcrita passagem onde desenvolve seu posicionamento:

Al Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: Fiat justicia, pereat res publica. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable, y en este punto tiene razón Kriele. Ciertamente las consecuencias (más lejanas) tampoco son siempre abarcables com la mirada por un Tribunal Constitucional, a pesar de que éste dispone ciertamente de posibilidades mucho más amplias que um simple juez civil de conseguir uns imagen de aquéllas. Pero esto tiene que ser tenido em cuenta. Por lo que se refiere a la evaluación de las consecuencias esperables, esta evaluación sólo puede estar orientada a la Idea del "bien común", especialmente al mantenimiento y perfeccionamiento de la capacidad funcional del Estado de Derecho. Em este sentido es uma evaluación política, pêra habiendo de exigirse de cada juez constitucional que se libere, em quanto sea posible, de su orientación política subjetiva, de simpatia com determinados



grupos políticos o de antipatia contra otros, y procure una resolución imparcial, "racional".

Já diziam os romanos, do alto de sua sabedoria pragmática, *summum ius, summa iniuria*.

Em um caso como este, a pacificação social não é atingida por meio de uma sentença, muito menos em um processo individual, cujo design é absolutamente impróprio para resolver um problema delicado e complexo como o presente.

Desse modo, descabe tanto a restituição quanto a inibição de futuras cobranças, sob penas de complicar-se ainda mais a saída da situação na qual os consumidores foram indevidamente postos pelo Poder Público.

Por isso, reputo improcedentes os pedidos.

Excepcionalmente, dada a especificidade do caso em tela e tendo em vista que não foram os autores que criariam o imbróglio posto nos autos, apesar do pleito não ser acolhido, não merecem condenação os autores ao pagamento de verba honorária à UNIÃO (que foi quem efetivamente deu causa ao litígio) ou à ANEEL (que não deu causa ao apenas executar a política pública, tal como os autores).

Todavia, por postular a condenação da agência reguladora a devolver o quanto indevidamente cobrado, impõe-se a condenação em honorários dos autores.

Nos termos da fundamentação, reconheço a ilegitimidade passiva da ANEEL (parcial) e da ELETROBRÁS (integral), bem como julgo improcedentes os pedidos em face restitutório e inibitório em face da UNIÃO e da ANEEL (somente o inibitório, pois prejudicado o restitutório).

Condeno os autores a arcar, solidariamente, ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da ANEEL no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Impõe-se a aplicação do art. 85, § 8º, do CPC, vez que uma condenação levada a efeito com base em porcentual sobre o valor da causa geraria um valor exorbitante diante das circunstâncias dos autos. Nesse sentido: STJ, Recurso Especial 1.789.913.

Custas pelos autores.

[1]

<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/orcamento-de-subsidios-da-uniao/arquivos/bolet>

[2] LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia de Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001, p. 504 e 505.

