



Número: **1033821-26.2022.4.01.3400**

Classe: **AÇÃO CIVIL COLETIVA**

Órgão julgador: **17ª Vara Federal Cível da SJDF**

Última distribuição : **01/06/2022**

Valor da causa: **R\$ 1.000.000,00**

Assuntos: **Tarifa**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES - ABRACE (AUTOR)		CAMILA ALVES E FONTES (ADVOGADO) JULIAO SILVEIRA COELHO (ADVOGADO) PEDRO HENRIQUE MACIEL FONSECA (ADVOGADO) MARCOS SEREJO DE PAULA PESSOA (ADVOGADO) GUILHERME LEITE CHAMUM AGUIAR (ADVOGADO)	
UNIÃO FEDERAL (REU)			
AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL (LITISCONSORTE)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
13998 50871	17/11/2022 18:06	Comunicações	Comunicações



Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Coordenadoria da 6ª Turma
Gab. 17 - DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA

PROCESSO: 1036940-10.2022.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1033821-26.2022.4.01.3400

CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

POLO ATIVO: UNIÃO FEDERAL

REPRESENTANTES POLO ATIVO: TULIO PORTO SILVEIRA - MG84216

POLO PASSIVO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES - ABRACE

REPRESENTANTES POLO PASSIVO: JULIAO SILVEIRA COELHO - DF17202-A, PEDRO HENRIQUE MACIEL FONSECA - DF34315-A, GUILHERME LEITE CHAMUM AGUIAR - DF51143-A e MARCOS SEREJO DE PAULA PESSOA - DF52806-A

COMUNICAÇÃO

Senhor(a) Diretor(a) de Secretaria,

Comunico, para as providências cabíveis, a decisão proferida abaixo, no processo 1036940-10.2022.4.01.0000
Processo Referência: 1033821-26.2022.4.01.3400.

ROSILENE VIEIRA DA SILVA

Servidor



PODER JUDICIÁRIO
Processo Judicial Eletrônico
Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 17 - DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA

PROCESSO: 1036940-10.2022.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1033821-26.2022.4.01.3400

CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: TULIO PORTO SILVEIRA - MG84216

AGRAVADO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES - ABRACE

Advogados do(a) AGRAVADO: GUILHERME LEITE CHAMUM AGUIAR - DF51143-A,



DECISÃO

A UNIÃO interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, da seguinte decisão:

Vistos, etc.

*Trata-se de **pedido de tutela de urgência**, em ação civil coletiva proposta pela **Associação Brasileira dos Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – Abrace**, representando seus associados, em face da **União Federal**, cujo pedido está assim formulado:*

(i) seja a Ré obrigada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a editar regulamento que determine que o Preço de Liquidação de Diferenças (PLD) reflita “as variações do valor econômico da energia elétrica” e os parâmetros operativos da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, inclusive a “otimização do uso dos recursos eletroenergéticos”, sem teto e sem distinção por modalidade de acionamento, ou seja, que reflita o custo real da usina mais cara despachada para atendimento integral da demanda, observada regra de transição para os 12 (doze) primeiros meses, nos quais o PLD poderá incorporar, gradativamente, o custo real da usina termelétrica mais cara despachada; e

(ii) na hipótese de a Ré não cumprir a tutela de urgência acima no prazo assinalado, que seja suspensa a cobrança do encargo destinado tanto ao pagamento do custo do despacho energético determinado pelo Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, nos termos da Resolução CNPE 3/2013, quanto à cobertura da diferença entre o PLD máximo fixado e o custo efetivo de geração de energia elétrica, tão somente até que sobrevenha o regulamento nos termos do pedido anterior.

[Fls. 52 e 53.]

Na peça de ingresso (fls. 4/54), alega a associação autora, em síntese, para justificar a medida antecipatória da tutela, que a parte ré viria mantendo os preços de energia elétrica artificialmente baixos, valendo-se da cobrança de exação para compensar o hiato criado entre o seu real custo de geração e os valores de mercado praticados.

Às suas razões, aduz a parte acionante que o § 5.º do art. 1.º da Lei 10.848/2004 estabelece que a definição de preços da energia elétrica deve refletir as variações do seu valor econômico. Argumenta que, em violação a tal dispositivo legal, o art. 2.º da Resolução CNPE 3/2013 prevê que o custo do acionamento adicional de usina termelétrica fora da ordem de mérito, com vistas a garantir o suprimento energético, não será utilizado para a determinação do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, a partir do qual executada a contabilização e a liquidação das operações realizadas no Mercado de Curto Prazo – MCP. Argui que a adequada fixação de preços no setor resta malferida também pelo Decreto 5.163/2004, art. 57, que fixa limite máximo para tal PLD.

Prossegue a parte demandante para defender que, para cobrir os custos



decorrentes dessa limitação forçada de preços, a parte demandada instituiu exação, classificada como encargo tarifário, denominada Encargo de Serviço de Sistema – ESS. Assevera que tal prática vem em prejuízo do “agente ou consumidor que adquiriu energia elétrica mediante contratação de longo prazo”, beneficiando “os agentes e consumidores descontratados e com déficit de energia” [fl. 9]. Refere que o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE não goza de autonomia, não podendo atribuir a si próprio, por meio de resoluções, competência para decidir sobre as operações de geração de energia, ou, ainda, delegar ao Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE tais funções.

Distribuídos os autos, inicialmente, ao Juízo da 7.ª Vara Federal desta Seção Judiciária, entendeu o julgador pela existência de prevenção da presente demanda com o Processo 0003480-78.2015.4.01.3400/DF, em trâmite nesta Vara Federal, declinando da competência a este Juízo (fls. 339 e 340).

Em decisão preambular (fls. 352/354), foi ratificada a distribuição por dependência e determinada a intimação da parte autora para emendar a inicial, procedendo à juntada de documentos, complementando a qualificação dos representados e justificando o valor atribuído à causa, comando esse que restou por ela atendido (fls. 358/369 e 399/400).

Ainda naquela oportunidade, a análise da medida de urgência foi postergada para após a manifestação prévia da parte ré, na qual esta alega (fls. 375/389), preliminarmente, a necessidade de a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL compor a lide, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, bem como de intimação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE para manifestar interesse em ingressar no feito. No mérito, refuta os termos da exordial, pugnano pela denegação da tutela provisória de urgência.

Em petição apartado (fls. 402/409), a parte acionante reitera o pleito liminar, apontando que a “atualidade do perigo da demora foi reforçada no último dia 29.08.2022, quando o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS – divulgou seu Plano da Operação Energética, no qual afirmou que haverá, a partir de setembro, necessidade de despacho térmico adicional ao previsto para atendimento energético” (fl. 404). Repisa que, no pedido por ela formulado, a fim de mitigar os efeitos imediatos da alteração da forma de cálculo do PLD, “propôs a adoção de norma de transição no regulamento a ser editado” (fl. 409).

Feito esse breve relato, passo a decidir.

Em matéria de medida liminar, impende pontuar que o art. 300 do CPC/2015 dispõe que o juiz concederá a tutela de urgência, desde que se convença da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (plausibilidade jurídica) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação).

Pode-se afirmar que há verossimilhança da alegação quando ocorre a coincidência entre o conteúdo da medida provisória requerida e a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em matéria



constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, no sentido do direito vindicado. (Cf. STF, Rcl 1.132-AgR/RS, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 04/04/2000; Rcl 1.067-AgR/RS, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Octavio Gallotti, DJ 03/09/1999.)

Na ação em tela, conforme relatado, a associação autora impugna, especificamente, o art. 2.º da Resolução CNPE 3/2013 e o art. 57 do Decreto 5.163/2004, apontando tais dispositivos como responsáveis pela manutenção dos preços de energia elétrica em patamares artificialmente mais baixos em relação à flutuação do seu valor econômico.

Ocorre que, reconhecendo a natureza infraconstitucional da questão controvertida, o Supremo Tribunal Federal assentou a impossibilidade de submeter-se à sua apreciação a legalidade dos precitados diplomas normativos, uma vez que tal exame implicaria a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais, o que é inviável na via extraordinária. (Cf. RE 1.392.643/DF, decisão monocrática da relatoria do ministro Dias Toffoli, DJ 1.º/09/2022; RE 1.278.025-AgR/SC, Segunda Turma, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, DJ 26/08/2021.)

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça vem firmando a compreensão de que, por se tratar de matéria infralegal, a eventual violação de lei federal pela Resolução 3/2013 ou mesmo pelo Decreto 5.163/2004, se houvesse, seria meramente indireta e reflexa. (Cf. REsp 1.874.977/SC, decisão monocrática do ministro Gurgel de Faria, DJ 1.º/07/2021; AgInt no REsp 1.680.999/RS, Segunda Turma, da relatoria do ministro Og Fernandes, DJ 03/06/2020; REsp 1.529.328/CE, decisão monocrática do ministro Og Fernandes, DJ 27/06/2019; REsp 1.569.041/RN, decisão monocrática do ministro Humberto Martins, DJ 08/04/2016.)

Nessa contextura, inexistente prévia manifestação das Cortes Superiores acerca da matéria ora em exame, a indicar a probabilidade do direito pleiteado, razão pela qual se passa a apreciar de forma pormenorizada as alegações trazidas a lume.

Muito bem. A Medida Provisória 144/2003, posteriormente convertida na Lei 10.848/2004, foi editada em decorrência da necessidade de criação de um marco regulatório a abarcar o setor energético, assegurando, de um lado, a continuidade da prestação dos serviços e, de outro, a modicidade tarifária.

Nessa toada, a aludida norma de conversão criou, por meio do seu art. 4.º, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado submetida à fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a compra e venda de tal recurso. No que diz respeito aos processos de definição de preços e às operações realizadas no Mercado de Curto Prazo – MCP, assim dispôs a Lei 10.848/2004, verbis:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica,



bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

[...]

III - processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo;

[...]

§ 5º Nos processos de definição de preços e de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo, **serão considerados intervalos de tempo e escalas de preços previamente estabelecidos que deverão refletir as variações do valor econômico da energia elétrica**, observando inclusive os seguintes fatores:

I - o disposto nos incisos I a VI do § 4º deste artigo;

II - o mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico; e

III - o tratamento para os serviços auxiliares de energia elétrica.

[Grifei.]

Nessa concepção, em que pese a existência de previsão expressa acerca da necessidade de que as escalas de preço estabelecidas refletissem a variação do valor econômico da energia elétrica, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE editou a Resolução 3/2013. Nela, previa-se a possibilidade de despacho adicional de usina, fora da ordem de mérito de custo, determinando que as despesas daí decorrentes não concorreriam para o cálculo do PLD, devendo ser cobradas mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética. Veja-se, litteris:

Art. 2º Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.

§ 1º A decisão do CMSE deverá ser respaldada em estudo do ONS, consolidado em Nota Técnica específica.

§ 2º O Custo Variável Unitário – CVU de usina termelétrica despachada conforme o disposto no caput não será utilizado para a determinação do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD.

§ 3º A usina termelétrica despachada na forma do caput receberá, para cada MWh produzido, o exato valor de seu respectivo CVU.

§ 4º O custo do despacho adicional de usina, acionada por decisão do



CMSE, será calculado pelo produto do montante desse despacho e a diferença entre o CVU da usina e o PLD.

§ 5º O custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, de acordo com as normas vigentes, mediante processo de contabilização e liquidação da CCEE, e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, na forma do disposto no art. 59 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.

[Grifei.]

Consabido, todavia, que a Lei 9.478/97, ao instituir o CNPE, órgão de caráter consultivo e de assessoramento à Presidência da República para estabelecer políticas e diretrizes na área de energia, não lhe conferiu atribuição expressa para impor gravames ou transferir encargos financeiros entre os agentes participantes do sistema energético.

Por conseguinte, os Tribunais Federais, em um momento inicial, consolidaram o entendimento de ser inviável a utilização de mero ato administrativo de natureza propositiva — Resolução CNPE 3/2013 — para fins de implementação de alterações na política regulatória do setor energético então vigente para o rateio de custos, especialmente para a criação do Encargo de Serviço de Sistema – ESS, independentemente de novo instrumento legal, ou seja, sem a submissão da matéria à apreciação do Poder Legislativo. (Cf. TRF1, AC 2044-89-2013.4.01.3809/MG, Sétima Turma, da relatoria da desembargadora federal Ângela Catão, DJ 19/12/2018; AC 60869-21.2015.4.01.3400/DF, Sétima Turma, da relatoria do desembargador federal José Amílcar Machado, DJ 08/09/2017; AC 43102-67.2015.4.01.3400/DF, Sétima Turma, da relatoria do desembargador federal José Amílcar Machado, DJ 14/07/2017; PEDCONESUS 26867-69.2017.4.01.0000, decisão monocrática do desembargador federal Novély Vilanova, 20/06/2017; AC 73941-75.2015.4.01.3400/DF, Sétima Turma, da relatoria do desembargador federal Hercules Fajoses, DJ 20/04/2017; AC 69830-48.2015.4.01.3400/DF, Sétima Turma, da relatoria do desembargador federal Hercules Fajoses, DJ 20/04/2017; AC 20000-84.2013.4.01.3400/DF, Oitava Turma, da relatoria do juiz federal convocado Bruno César Bandeira Apolinário, DJ 02/12/2016; TRF5, APELREEX 801957-90.2013.4.05.8400, Quarta Turma, da relatoria do desembargador federal Rogério Fialho Moreira, DJ 17/03/2015; AC 802031-74.2013.4.05.8100, Quarta Turma, da relatoria do desembargador federal Rogério Fialho Moreira, DJ 11/11/2014.)

De toda sorte, ressaltando a publicação superveniente da Lei 13.360/2016, que, dentre outras disposições, incluiu o § 10, inciso I, no art. 1.º da Lei 10.848/2004, com o que a cobrança do encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema pelos agentes de consumo passou a ter sede legal:

Art. 1º [...]



§ 10. As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros: (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

I - a geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado ou por razões de segurança energética, a ser alocada nos consumidores com possibilidade de diferenciação entre os submercados; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

II - a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da frequência do sistema e de sua capacidade de partida autônoma; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

III - a reserva de capacidade, em MVAR, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador nos Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e de alívio de cargas; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

V - o deslocamento da geração hidroelétrica de que trata o art. 2º da Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015. (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

[Grifei.]

Nessa vertente, não se verifica, primo ictu oculi, a manifesta ilegalidade ora aventada pela associação autora quanto à instituição do ESS. Ao revés, o cenário submetido à apreciação indica que, ao menos no momento atual, a descon sideração dos custos de despacho (acionamento) adicional de usina no processo de formação do preço decorre da disciplina instituída pela própria lei federal que rege a matéria, de maneira que a regulamentação infralegal, no ponto, limita-se a especificar como deverá se dar a cobrança de tal exação.

Tecidas tais considerações, adentra-se no exame do segundo ato normativo atacado pela acionante, consistente no Decreto 5.163/2004, por meio do qual teria sido criado limite máximo (teto) do PLD.

No tópico, não se descuida que a Lei 10.848/2004 prevê, em múltiplos dispositivos, a necessidade de se dispensar tratamento isonômico aos diversos consumidores que integram o setor energético e de se criarem travas de segurança do sistema, a fim de evitar o risco de comercialização de energia elétrica sem lastro na capacidade produtiva instalada, notadamente em condições hidrológicas adversas. Da leitura daquele diploma normativo, porém, não se extrai autorização expressa para que o Poder Executivo e os respectivos órgãos reguladores fixem limite máximo de preço.

Assim, muito embora seja premente a criação de mecanismos de aversão



ao risco sistêmico de desabastecimento – representado tanto pelos famigerados “apagões” quanto pela imposição de preços proibitivos ao consumidor comum –, não atua tal finalidade, reconhecidamente nobre, para autorizar a edição de regulamentação que imponha o engessamento de preços à revelia de permissivo legal prévio nesse sentido, tal qual operado, salvo melhor juízo, pelo art. 57 do Decreto 5.163/2004, verbis:

Art. 57. A contabilização e a liquidação no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD. (Redação dada pelo Decreto nº 9.143, de 2017)

§ 1º O PLD, a ser publicado pela CCEE, será calculado antecipadamente, com periodicidade máxima semanal e terá como base o custo marginal de operação, limitado por preços mínimo e máximo, e deverá observar o seguinte:

I - a otimização do uso dos recursos eletro-energéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

II - as necessidades de energia elétrica dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de déficit de energia;

IV - o custo do déficit de energia elétrica;

V - as restrições de transmissão entre submercados;

VI - as interligações internacionais; e

VII - os intervalos de tempo e escalas de preços previamente estabelecidos que deverão refletir as variações do valor econômico da energia elétrica.

§ 2º O valor máximo do PLD, a ser estabelecido pela ANEEL, será calculado levando em conta os custos variáveis de operação dos empreendimentos termelétricos disponíveis para o despacho centralizado.

§ 3º O valor mínimo do PLD, a ser estabelecido pela ANEEL, será calculado levando em conta os custos de operação e manutenção das usinas hidrelétricas, bem como os relativos à compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos e royalties.

[Grifei.]

Nessa seara, não se pode deixar de pontuar que “[o] princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar,



especialmente nos casos em que o Estado atua 'contra legem' ou 'praeter legem', não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar [...]' (cf. STF, ACO 1.048-QO/RS, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 31/10/2007).

Nessa forma de pensar, resta claro que, para que a matéria seja passível de regulamentação, deverá a lei delinear, minimamente, a moldura geral a ela aplicável, delimitando os parâmetros mínimos a serem posteriormente disciplinados, em maiores detalhes, pelo Poder Executivo, sob pena de se operar delegação ampla e irrestrita. De sorte que o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade. Desacompanhada desse imprescindível balizamento, a atuação da Administração e de suas agências reguladoras incorrerá, inevitavelmente, em inovação quanto a direitos e deveres, desbordando da sua competência de atuação. No tema, confirmam-se os seguintes julgados do STF: RE 677.725/RS, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Luiz Fux, DJ 16/12/2021; RE 838.284/SC, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Dias Toffoli, DJ 22/09/2017; RE 704.292/PR, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Dias Toffoli, DJ 03/08/2017.

Em idêntica direção se insere a jurisprudência emanada da nossa Corte Federativa, conforme exsurge, exemplificativamente, dos seguintes precedentes: REsp 1.969.812/MG, Terceira Turma, da relatoria da ministra Nancy Andrighi, DJ 21/03/2022; REsp 1.728.308/SP, Segunda Turma, da relatoria do ministro Herman Benjamin, DJ 25/05/2018; EDcl nos EDcl no RMS 25.117/SC, Sexta Turma, da relatoria do ministro Nefi Cordeiro, DJ 08/10/2015; AgRg nos EDcl no RMS 24.412/SC, Sexta Turma, da relatoria do ministro Nefi Cordeiro, DJ 1.º/10/2015; EDcl no AgRg no REsp 1.101.342/PR, Primeira Turma, da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, DJ 14/12/2009.

Na concreta situação dos autos, em cognição sumária, reputo parcialmente presentes os requisitos autorizadores para concessão da medida de urgência. Isso na consideração de que, observada a orientação jurisprudencial firmada sobre os limites à atuação regulamentar da Administração Pública, extrai-se que a criação de limites mínimo e máximo do PLD por meio, exclusivamente, do Decreto 5.163/2004 extravasa o disposto na legislação de regência acerca da forma de fixação de preços no MCP.

Isso porque, ainda que a Lei 10.848/2004 disponha sobre a importância da criação de mecanismos de segurança operativa (art. 1.º, § 4.º, inciso III), sopesando as necessidades de energia dos agentes do mercado com a necessidade de proteção ao consumidor (art. 1.º, inciso XI e § 8.º), a adoção de medida tão severa quanto à delimitação periódica de preço máximo para as negociações a serem operadas no MCP não pode ser derivada, por raciocínio dedutivo, de tais previsões de natureza mais abstrata.



Demais disso, não se pode olvidar que a exação imposta com vistas a suprir o déficit contábil resultante dessa limitação de preços – ESS – segue sendo iterativamente cobrada da parte acionante, o que evidencia a atualidade da potencial lesão narrada.

Nessa temática, analisando a questão do controle judicial de atos administrativos dotados de elevado aspecto técnico extrajurídico, notadamente de atos oriundos dos demais Poderes, nossa Corte Suprema tem entendido que a judicial review “deve se guiar não apenas pelo rechaço a eventuais agressões à Constituição da República, mas também, à luz do princípio da separação dos poderes e dos fins do Estado como nação, a envolver diversos valores normativos de estatura igualmente constitucional” (cf. ACO 3.110/DF, decisão monocrática do ministro Luiz Fux, DJ 06/04/2020).

Entretanto, destaca a Corte Constitucional que “tal relevante atuação, que materializa um dos papéis constitucionais atribuídos ao Poder Judiciário, deve se dar mediante a deferência às competências constitucionais dos outros Poderes”. De forma que, “nesse modelo de atuação, não se deve agir como quem visa a uma substituição do Poder Executivo e/ou Legislativo pelo Poder Judiciário, de modo a transformar a discricionariedade administrativa em discricionariedade judicial” (cf. ACO 3.110/DF, julg. cit.).

Nessa ótica, revela-se adequada, nos termos em que requerido pela parte demandante, a exortação à parte ré para que edite nova regulamentação quanto ao ponto, para o que vai fixado o prazo de 90 (noventa) dias.

*À vista do exposto, com amparo no caput e § 2.º do art. 300 do CPC/2015, e ressalvada a possibilidade de melhor apreciação da medida requerida até final julgamento, **defiro parcialmente a medida de urgência postulada**, para reconhecer a ilegalidade da criação de preços – PLD – mínimo e máximo por meio de Decreto, a despeito da ausência de previsão legal anterior nesse sentido, **oportunizando-se** à parte ré o prazo de **90 (noventa) dias** para que, querendo, edite nova norma regulamentadora a respeito do tema.*

*Tendo em vista que o Decreto 5.163/2004 atribui à ANEEL o dever de fixação do PLD máximo e mínimo, vai **reconhecida** tal agência como litisconsorte passiva necessária, devendo ser ela **citada** para integrar a presente relação processual. Outrossim, **intime-se** a CCEE para que manifeste seu eventual interesse em compor a lide.*

*No mais, **citem-se** as partes requeridas para, querendo, contestarem a presente demanda no prazo legal (CPC/2015, art. 335, inciso III), especificando as provas que pretendem produzir (CPC/2015, art. 336).*

*Sendo arguida, nas peças de defesa, alguma das matérias elencadas no art. 337 do CPC/2015, algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado na peça vestibular, e/ou a juntada de novos documentos, **dê-se vista** à parte autora para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar réplica, especificando as provas que pretende produzir (CPC/2015, art. 350 c/c o art. 351, e o art. 437).*



Publique-se. Intimem-se as partes, sendo as rés por mandado físico. Retifique-se o cadastramento, a fim de fazer constar a ANEEL no polo passivo. Cumpram-se, com urgência, inclusive para fins de implementação da medida antecipatória da tutela, com posterior comprovação nos autos.

A UNIÃO alega: **a)** “O primeiro ato questionado pela Agravada recai sobre a Resolução CNPE nº 03/2013, cujo art. 2º (...)19 Haveria, na compreensão da Agravada, três ilegalidades na referida resolução: 1) violação a normas jurídicas hierarquicamente superiores, que definem as competências dos órgãos ONS, CNPE e CMSE; 2) violação à Lei nº 10848/04, cujo art. 1º, §5º, determina que o PLD deve ‘refletir as variações do valor econômico da energia elétrica’; 3) violação ao princípio da finalidade, em razão de que o despacho deveria ser extraordinário; porém, estaria ocorrendo de forma corriqueira.”; **b)** “20 Logo de plano, deve-se descartar o argumento de suposta violação ao princípio da finalidade. Com efeito, a extraordinariedade do despacho, fora da ordem de mérito, está ligada a situações de anormalidade no cenário hidrológico e não a uma suposta quantidade máxima de vezes que este pode ser acionado. Assim, trata-se de excepcionalidade que se justifica em razão da necessidade de suprimento do sistema, para fins de fornecimento de energia elétrica e continuidade na prestação do serviço, em nada se relacionando com a sua utilização eventualmente corriqueira ou esparsa no tempo.”; **c)** “21 No que diz respeito ao argumento de que haveria violação da competência do ONS, a Autora enfatiza que o despacho fora da ordem de mérito seria de competência exclusiva do ONS, razão pela qual ele goza de autonomia, independência e, por lei, fora blindado de ingerência política. O CNPE e CMSE, por sua vez, seriam órgãos políticos - pois vinculados ao Poder Executivo e Presidência da República - de modo que a Resolução CNPE nº 3/2013 seria eivada de ilegalidade ao atribuir a decisão, quanto ao despacho, para o CMSE, nos termos de seu art. 2º. 22 Evidentemente, esse argumento não deve ser acolhido. Em primeiro lugar, a vinculação do CMSE e CNPE ao Poder Executivo e Presidência da República decorre da importância que estes órgãos possuem para o todo o setor elétrico nacional, em razão de suas atribuições de garantir a segurança do sistema e continuidade do fornecimento de energia, em nada se justificando o suposto ‘caráter político’, em tom pejorativo, constante da petição inicial. Em segundo lugar, como bem ressalta a própria Autora, ambos os órgãos foram criados por lei, aprovada após o devido processo legislativo - Lei nº 9478/97 e Lei nº 10848/04 -, decorrendo daí todas as suas atribuições legais e operacionais.”; **d)** “Outro ponto extensamente alegado pela Agravada consiste em suposta ilegalidade do art. 57 do Decreto nº 5163/04 (...)27 Com base nesse dispositivo, especialmente o §2º, a ANEEL edita resoluções homologatórias estipulando o valor máximo para o Preço de Liquidação das Diferenças – PLD. No entender da Agravada, isto levaria, mais uma vez, a ‘não remunerar o custo efetivo de geração acionada para atendimento integral da demanda’ e a alocar os custos exclusivamente sobre a figura do consumidor. 28 Prossegue a Agravante alegando que isso iria frontalmente de encontro ao previsto no art. 1º, §5º, da Lei nº 10848/04, que determina que a ‘definição de preços’ da energia deve ‘refletir as variações do valor econômico da energia elétrica’. De fato, a estipulação de um teto ao PLD distorceria o preço da energia elétrica ao ponto de este não mais refletir as variações do valor econômico da energia elétrica. 29 Inicialmente, reafirme-se que causa estranheza a demanda originária em razão de a própria Associação-Agravada ter participado da Audiência Pública ANEEL nº 22/2019, que tratava dos limites máximos e mínimos do PLD, ocasião, inclusive, que apresentou (...) considerações (...)em nenhum momento, a Agravada apresentou argumentos contra o estabelecimento de teto ao PLD, nem forneceu qualquer indício de que acreditava constituir este uma ilegal distorção dos preços.”; **e)** “observe-se que o legislador efetivamente previu que a definição de preços do mercado reflitam o efetivo



valor econômico, mas sem se descuidar de importantes fatores essenciais ao setor, tais como a segurança operativa, otimização dos recursos eletroenergéticos, mitigação dos riscos hidrológicos e condições técnicas e econômicas para o despacho. 33 Assim, a regra de que o preço deve refletir as variações de valor econômico deve ser interpretada em conjunto com as demais previsões legais, as quais trazem a garantia de fornecimento, segurança energética e mitigação dos riscos hidrológicos como essenciais no momento de definição de preços, contabilização e liquidação das operações realizadas no Mercado de Curto Prazo (MCP). 34 De ver-se, portanto, que os limites atacados constituem uma proteção contra riscos sistêmicos, preservando níveis de eficiência alocativa e sinal econômico de longo prazo. Nessa linha, transcreve-se, parcialmente, a nota técnica nº 70/2019-SRM-SRG/ANEEL, ora juntada, que instruiu e serviu de motivação para a proposta de definição dos limites mínimos e máximos do PLD, constante da Audiência Pública nº 22/2019, da qual participou a Autora e explica a relação entre o MCP e o PLD, no que interessa, a saber: 'O Mercado de Curto Prazo (MCP) no Brasil é o ambiente em que são liquidadas as diferenças entre os volumes de energia contratado e o volume de energia medido para cada agente de mercado. O preço utilizado para liquidar esta diferença é denominado Preço de Liquidação das Diferenças – PLD e atualmente é publicado semanalmente em três patamares de carga (leve, médio e pesada), pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. O PLD é resultado da minimização do custo total de operação e, de uma maneira simplificada, representa o custo de oportunidade de se utilizar a água armazenada nos reservatórios do sistema em determinado momento. Quando há abundância de oferta, com os reservatórios cheios e previsão de vazões altas, o PLD tende a ter um valor mais baixo, resultado do custo de oportunidade de se retirar uma unidade de água dos reservatórios para produção de energia elétrica no período. Por outro lado, quando há escassez de oferta, com os reservatórios em níveis baixos e previsões pessimistas de vazões futuras, o PLD tende a ter um valor mais alto, pois o custo de oportunidade de se utilizar a água armazenada nos reservatórios nesta situação também é alto. O Regulador pode adotar limites para evitar que o PLD alcance valores muito altos ou baixos que possam comprometer a eficiência do mercado de curto prazo. O exercício desta opção regulatória deve ser praticado de maneira equilibrada, preservando a estabilidade do mercado e as expectativas legítimas dos agentes econômicos.' 35 Nesse contexto, a fixação de um teto ao PLD (PLDmax) tem a função de proteção dos agentes do Mercado de Curto Prazo (MCP) e de todo o setor, de forma estrutural, ao impedir choques que resultem em perturbações do mercado, com todas as consequências negativas daí decorrentes. Nesta ótica, a mesma nota técnica nº 70/2019- SRM-SRG/ANEEL elucida a questão ora debatida: '32. Em momentos de escassez hídrica é natural, por exemplo, que ocorram descasamentos entre o que foi planejado/contratado e a operação do sistema. Em certas situações, o impacto decorrente desse descasamento pode resultar em uma forte perturbação dentro do mercado de energia. Para se evitar repercussões sistêmicas negativas, em especial para assegurar confiabilidade das operações financeiras, pode-se requerer determinada intervenção regulatória. Dentre as opções de atuação, destaca-se nesse processo o ajuste no preço teto. Segundo Hunt (2002): Qualquer proposta para impor um teto de preço deve primeiro explicar porque a resposta da oferta (indústria) e a resposta da demanda (consumidores) não são suficientes para equilibrar os mercados. Se a resposta é que há uma guerra em andamento e os suprimentos são tão limitados que as pessoas mais pobres não teriam condições de comprar roupas e comida, preços tetos e racionamento podem ser uma resposta melhor do que o racionamento por preço. Se houver uma crise temporária de oferta (como desastres naturais), poderão ser necessários limites temporários de preços para bens essenciais cuja compra não pode ser adiada. 47. Assim, a conclusão é que, se não vier água suficiente no período úmido, o PLD pode se manter muito alto durante um longo período (meses consecutivos).



Desta forma, o Regulador deve fixar o PLDmax de maneira que proteja o mercado de energia elétrica de uma situação prolongada de escassez. Portanto, o PLDmax deve ter um valor adequado para exercer esta proteção. Isto, por consequente, diferencia o valor teto fixado no Brasil do valor fixado em outros mercados apresentados no início desta análise. 79. Durante cinco meses do ano de 2015 (janeiro a maio) o PLD ficou no valor regulatório máximo de R\$388,48/MWh. Caso não existisse o valor teto regulatório, assumindo PLD igual a CMO para facilitar a análise, o maior PLD do período seria o da segunda semana operativa do mês de fevereiro, período que o CMO alcançou o valor de R\$2.186,46/MWh na carga média e pesada e de R\$2.110,44/MWh na carga leve. No outro extremo, o menor PLD com valor superior ao máximo de R\$388,48/MWh ocorreria no patamar de carga leve da segunda semana de maio, no valor de R\$400,42/MWh. Verifica-se, portanto, grande variação na magnitude na proteção financeira exercida pelo PLDmax no período. 80. O ano de 2015 foi difícil em termos de exposição financeira e suprimento de energia, principalmente devido ao agravamento das despesas no mercado de curto prazo das usinas hidrelétricas pelo fato da produção de energia ter sido menor que a garantia física do MRE, e das usinas estarem expostas a valores altos de PLD.' 36 Assim, verifica-se a legalidade da adoção de teto ao PLD como legítima opção regulatória, com vistas à garantia da continuidade, segurança, modicidade tarifária, eficiente alocação dos riscos e proteção da sociedade civil.; f) "Defende a Agravada, em sua petição inicial, que o estabelecimento de teto ao PLD incorreria em ilegítimo exercício de política tarifária, posto que esta não poderia ser disposta em ato infralegal, mas apenas mediante lei, nos termos do art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal 38 De início, saliente-se que a posição da Autora parte de uma interpretação literal e precipitada da norma constitucional em comento. Na visão da ABRACE, apenas a lei poderia prever todos os aspectos e detalhes relativos à tarifa cobrada pelas concessionárias de serviço público. Todavia, a leitura sistemática e teleológica do dispositivo em tela demonstra que, ao criar reserva legal para a 'política tarifária', o texto constitucional referenciado tem o significado de apenas requerer que haja uma normatização geral do instituto jurídico denominado 'tarifa', sem que ocorra, evidentemente, uma supressão do poder regulamentar típico da Administração Pública. 39 De fato, como se sabe, a política tarifária já é regulada, em seus aspectos gerais, pela Lei nº 8987/95, em especial o seu art. 9º. Este diploma normativo traz o regime geral das concessões e permissões de serviço público e, portanto, aplica-se no que couber aos serviços concedidos ou permitidos regidos por lei especial. Destarte, ainda que não houvesse regramento específico quanto ao setor de energia, a citada lei seria plenamente aplicável. 40 No tocante especificamente ao setor elétrico, a Lei nº 9427/96 - instituidora da ANEEL - contém regras da política tarifária em seus arts. 3º, 14 e 15, a seguir transcritos, in verbis: 'Art. 3º - Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º, compete à ANEEL: XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10848, de 2004) XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10848, de 2004) XX - definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição; (Incluído pela Lei nº 12111, de 2009) XXI - definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica que comercializarem energia no regime de cotas de que trata a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. Art. 14 - O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido



no respectivo contrato, compreende: I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Art. 15 - Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas: (...)’ 41 Além disso, a Lei nº 10348/04 contempla diversos dispositivos atinentes à política tarifária, cujo extenso rol não vale a pena transcrever. Entretanto, a título exemplificativo, cumpre citar o seu art. 4º, responsável por trazer regramento atinente à recomposição tarifária extraordinária, importantíssimo mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No mais, também a Lei nº 12873/13 dispõe sobre a questão tarifária em seu texto, conforme se observa logo em seu art. 1º. 42 Demonstra-se, portanto, que o legislador infraconstitucional teve o cuidado de regular a política tarifária do setor elétrico em diversas leis, de modo a corroborar e endossar o disposto no art. 9º da Lei nº 8987/95. Consequentemente, a alegação da Agravada, no sentido de que os citados decretos extravasariam a sua competência regulamentar ao adentrar em matéria submissa à necessidade de lei, não procede e deverá ser rejeitada por esse Egrégio Tribunal. 43 Nesse diapasão, é errôneo acreditar que a Lei deve esmiuçar todos os aspectos e detalhes atinentes à ‘tarifa’. Com efeito, nos termos da própria Constituição Federal (art. 175, parágrafo único, inciso III), a lei deve disciplinar apenas a ‘política tarifária’, ou seja, as linhas gerais sob as quais todo o proceder estatal caminhará ao longo dos anos, restando aos decretos, resoluções e portarias a tarefa de detalhar os termos da lei. 44 De ver-se, portanto, que os atos infralegais definidores do teto legal do PLD, impugnados pela Agravada, apenas regulamentam as leis, que dispõem, em sentido formal e material, sobre as normas gerais da política tarifária de energia elétrica, inexistindo a mínima ofensa ao princípio constitucional da legalidade.”; **g)** “81 A UNIÃO sustenta que o EFEITO SUSPENSIVO ao presente recurso deva ser também concedido, por entender que o prazo de 90 (noventa) dias é extremamente exíguo para a edição de nova norma regulamentadora (lei em sentido formal e material), posto que o processo legislativo brasileiro possui balizas que não permitem definir previamente a cronologia de tramitação de um projeto de lei, que, após o seu encaminhamento pelo Chefe do Poder Executivo ao Congresso Nacional, terá de tramitar por várias Comissões Legislativas, em razão da matéria, e ser votado em plenário, nas duas Casas Legislativas, na forma da Constituição Federal e Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal, para, ao final, poder ser sancionado pelo Presidente da República. 82 De ver-se, portanto, que não é possível à Agravante editar nova norma regulamentadora no reduzido prazo de 90 (noventa) dias, arbitrado na r. decisão agravada, tornando-se inafastável a conclusão de que, inclusive por esta razão, deverá ser concedido EFEITO SUSPENSIVO ao presente agravo de instrumento.”.

Decido.

A edição de “nova norma regulamentadora” não atende aos anseios da agravada, que busca, sim, “norma regulamentadora”

que determine que o Preço de Liquidação de Diferenças (PLD) reflita “as variações do valor econômico da energia elétrica” e os parâmetros operativos da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, inclusive a “otimização do uso dos recursos eletroenergéticos”, sem teto e sem distinção por modalidade de acionamento, ou seja, que reflita o custo real da usina mais cara despachada para atendimento integral da demanda, observada regra de transição para os 12 (doze) primeiros meses, nos quais o PLD poderá incorporar, gradativamente, o custo real da usina termelétrica mais cara despachada (...)



De outro lado, a UNIÃO insiste em que não há déficit de legalidade. Alega, ainda, que será (que é) custosa a edição do ato normativo. Se, pois, o ato normativo objeto da tutela provisória não será (não seria) temporário, quer parecer, então, que, sem atender ao réu, a obrigação culmina com sacrifício não razoável (se não inadequado) em sede de antecipação.

Defiro, por isso, o pedido para suspender a decisão agravada no que concerne ao reconhecimento da “ilegalidade da criação de preços – PLD – mínimo e máximo por meio de Decreto, (...), **oportunizando-se** à parte ré o prazo de **90 (noventa) dias** para que, querendo, edite nova norma regulamentadora a respeito do tema”.

Comunique-se ao juízo de origem.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de novembro de 2022.

JOÃO BATISTA MOREIRA
Desembargador Federal - Relator

JULIAO SILVEIRA COELHO - DF17202-A, MARCOS SEREJO DE PAULA PESSOA - DF52806-A, PEDRO HENRIQUE MACIEL FONSECA - DF34315-A

