

 julião coelho

Parecer

Proposta de rateio, entre todos os agentes da CCEE, na proporção de seus votos, das repercussões financeiras decorrentes da inadimplência no Mercado de Curto Prazo – MCP.

Brasília, 18 de novembro de 2022

SUMÁRIO

I. OBJETO DA ANÁLISE	4
II. ANÁLISE DA PROPOSTA DA CCEE	5
II.1. Questões preliminares	5
II.1.1. <i>Instauração de consulta pública previamente a eventual mudança de regra</i>	5
II.1.2. <i>Impossibilidade de nova regra disciplinar a alocação e o rateio do passivo já formado</i>	9
II.2. Mérito: antijuridicidade da proposta para que o <i>passivo GSF</i> seja rateado proporcionalmente aos votos de cada associado da CCEE	11
II.2.1. <i>Proposta conhecida e não acolhida pela ANEEL</i>	11
II.2.2. <i>Desconsideração da relação risco-retorno</i>	14
II.2.3. <i>Desvio da finalidade das contribuições associativas</i>	16
II.2.4. <i>Risco à sustentabilidade financeira do setor</i>	19
II.2.5. <i>Ofensa à igualdade material entre os associados da CCEE</i>	20
II.2.6. <i>Aumento da percepção de risco setorial</i>	22
III. SUFICIÊNCIA DAS REGRAS VIGENTES PARA RESOLVER A QUESTÃO	24
IV. CONCLUSÃO	30

I. OBJETO DA ANÁLISE

1. A Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL indaga acerca das questões jurídicas e regulatórias associadas à *“proposta para o equacionamento dos débitos relacionados ao Generation Scaling Factor (GSF)”* apresentada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – por meio das cartas CT – CCEE09364/2022¹, de 30.09.2022, e CT – CCEE11184/2022², de 04.11.2022.

2. Segundo a Câmara, não obstante a solução trazida pela Lei n. 14.052/2020 tenha endereçado parte considerável dos débitos associados à denominada *judicialização do GSF*, ainda remanesce no Mercado de Curto Prazo – MCP – passivo de cerca de R\$ 957,3 milhões relacionado a tal discussão.

3. A insuficiência de arrecadação oriunda do cumprimento de decisões judiciais referentes ao *fator GSF* imporá aos agentes credores do MCP frustração próxima de 75% no recebimento mensal de seus créditos.

4. Diante desse cenário, a CCEE, *“com o objetivo retomar o funcionamento natural das operações do MCP”*, aventa a *“possibilidade de apartar os valores do passivo judicializado do GSF das operações mensais do MCP (os atuais R\$ 957,3 milhões).”*

5. Em síntese, a CCEE propõe nova regra destinada à *“equalização do passivo do GSF, o que se daria por meio da extinção do agente virtual ‘ACEL’, criado em decorrência do Despacho ANEEL nº 2.982/2016, e da alocação do passivo do GSF (presente e futuro) para os agentes da CCEE. A alocação do passivo do GSF nos agentes da CCEE seria feita até que houvesse solução no poder judiciário das ações judiciais que ainda possuem decisões favoráveis aos agentes”*.

6. A nova sistemática proposta pela Câmara é ilustrada no anexo à CT-CCEE11184/2022³:

¹ E-SIC n. 48513.026352/2022-00.

² E-SIC n. 48513.029544/2022-00.

³ E-SIC n. 48513.029544/2022-00-1 (VIA 003) (ANEXO: 001).



Alternativa

- Cobrar no MCP corrente o valor das liminares do GSF
- Passivo atual + valores vindouros
- Os valores continuarão sendo atualizados conforme a liquidação MCP
- Será necessário disponibilizar relatórios aos agentes
- Ratear os débitos aos agentes de forma justa, proporcional e suportável pelos agentes (MRE, Credores do MCP, Votos, Energia Comercializada)
- O rateio poderá ser faseado (6, 12, 18 tranches) para minimizar os impactos no fluxo de caixa dos agentes
- Impactos nas decisões de GSF blocos 2 e 3. Alguns agentes com liminares podem ficar de fora desse rateio

7. Nesse quadro, a ABRACEEL requer, em especial, que seja analisada a proposta da CCEE para que a “*equalização do passivo do GSF*” seja efetuada por meio de **rateio associativo proporcional aos votos de cada associado da Câmara**.

8. Por esse método, o passivo já formado e eventual insuficiência de arrecadação vindoura (i) deixariam de ser suportados pelos **credores** do MCP **proporcionalmente aos seus créditos** e (ii) passariam a ser suportados por **todos os associados** da CCEE **proporcionalmente aos seus votos**, independentemente de terem ou não créditos a receber no MCP.

II. ANÁLISE DA PROPOSTA DA CCEE

II.1. Questões preliminares

II.1.1. Instauração de consulta pública previamente a eventual mudança de regra

9. Preliminarmente, destaque-se que eventual mudança nas atuais regras de alocação e rateio do passivo financeiro oriundo do cumprimento de decisões judiciais referentes ao *fator GSF* somente seria cogitável após **o escrutínio público da proposta**, sob pena de nulidade absoluta.

10. O devido processo administrativo é direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

11. O texto constitucional, em art. 5º, LV, também dispõe que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”*.

12. A leitura conjunta de ambos os dispositivos permite concluir que o devido processo administrativo pressupõe, necessariamente, a possibilidade de os terceiros interessados influírem no processo de tomada de decisões.

13. É por ordem dessas disposições constitucionais que o art. 4º, § 3º, da Lei n. 9.427/1996 obriga a realização de audiência pública pela ANEEL **previamente a “qualquer processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico”**:

“Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. [...]”

*§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, **será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.**”*

14. O Decreto n. 2.335/1997, ao regulamentar a referida previsão legal, complementa seu sentido, elencando entre as finalidades da audiência pública *“propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões”*, a fim de *“identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria”*:

*“Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, **será precedido de audiência pública** com os objetivos de:*

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República”.

15. No mesmo sentido, a Lei n. 13.848/2019 estabelece que “as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes [...] serão [...] precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)”, cuja correlata documentação deve “**ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública**”:

“Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.”

16. De forma semelhante, a Resolução Normativa – REN – n. 273/2007 qualifica a audiência pública como “instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que **precede a expedição dos atos administrativos**”:

“Art. 15. Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que **precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei**.

§ 1º O processo decisório referido no caput é **aquele que implica efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico** ou dos consumidores, nos termos deste Capítulo.

§ 2º A realização de Audiência Pública será precedida de aprovação pela Diretoria Colegiada da ANEEL, no âmbito do processo administrativo referente ao seu objeto, visando a coleta de subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade.”

17. Ademais, em casos como o presente, nos quais se discute o “**aperfeiçoamento de regulamentos**” já existentes, a Resolução determina ainda que **seja instaurada Consulta Pública** destinada a “colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão”:

*“Art. 23. **Consulta Pública** é um instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para **apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos**, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.*

Parágrafo único. Nos casos em que da Consulta Pública resulte proposta de emissão ou aperfeiçoamento de regulamentos a Diretoria Colegiada deliberará sobre a instauração de Audiência Pública.”

18. Não por outra razão, a própria CCEE, na carta CT-CCEE1184/2022, pede expressamente que a sua proposta seja debatida em “processo de consulta pública visando [à] normalização das operações do MCP prejudicadas em virtude das liminares nas ações que discutem o GSF”.

19. A inobservância dos procedimentos precedentes à alteração de atos normativos violaria não só as normas que os instituíram, mas também as próprias garantias do devido processo administrativo, da ampla defesa e do contraditório, asseguradas pela CF/88, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

20. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça é inequívoco ao dispor que “o devido processo legal não comporta atalhos por implicar, em regra, ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório”⁴.

21. Igualmente, o Supremo Tribunal Federal entende que “a Administração [...] não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”⁵.

⁴ REsp: 859320 MG 2006/0124599-7, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010

⁵ AI 710085 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-11 PP-02229

II.1.2. Impossibilidade de nova regra disciplinar a alocação e o rateio do passivo já formado

22. Ainda preambularmente, ressalte-se que qualquer alteração na atual disciplina da alocação e do rateio do *passivo GSF* **apenas poderá alcançar os débitos que venham a se formar nas competências futuras, posteriores à eventual mudança regulamentar.**

23. Com efeito, **a nova regra proposta pela CCEE, caso seja aprovada, jamais poderá retroagir para disciplinar o tratamento dos débitos já formados sob a égide da regra atual.**

24. Por conceito, retroatividade se verifica quando norma nova é aplicada (i) a fato anterior à sua vigência (*retroatividade máxima*), (ii) a direito que, embora exigível, não foi realizado antes de sua vigência (*retroatividade média*) ou (iii) a efeito de fato anterior à sua vigência (*retroatividade mínima*).

25. No caso, a aplicação de nova regra para disciplinar a alocação e o rateio de passivo financeiro formado anteriormente consistiria em hipótese de *retroatividade mínima*, isto é, em **alteração dos efeitos – forma de tratamento – de fato – inadimplência – anterior à sua vigência.**

26. Ocorre que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 493, relatada pelo Min. Moreira Alves, o STF fixou o entendimento – até hoje vigente – de que **a Constituição não admite qualquer retroatividade, seja máxima, média ou mínima:**

"Sustenta-se, por outro lado, que o conflito das leis no tempo exige a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato, porque o primeiro se refere à aplicação no passado, ao passo que o último significa a aplicação no presente.

[...] a aplicação da lei nova aos facta pendentia, ou seja, aos efeitos das situações jurídicas constituídas no regime da lei antiga, configura, sem dúvida, retroatividade, embora atenuada em relação à hipótese de aplicação da lei aos efeitos já consumados na vigência da lei anterior.

A doutrina cedo operou a clássica distinção entre retroatividade máxima, média e mínima. [...]

Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada [...] ou os fatos jurídicos consumados. [...]

A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima [...] quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor [...]

Seja como for, nos termos em que é formulada na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido refere-se com igual força aos facta praeterita e aos facta pendentia.

Nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, "a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Em outras palavras, não é possível a eficácia imediata da lei nova, quando contrarie o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, de modo que, no tocante às situações jurídicas surgidas sob o domínio da lei anterior, não pode ser aplicada aos fatos que devam ocorrer em sua vigência, quando essa aplicação for inconciliável com a proteção constitucional."

27. Perceba-se que mesmo a retroatividade mínima – “quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor” – é vedada pela Constituição.

28. Na mesma linha, a Suprema Corte, por decisão do Min. Alexandre de Moraes, suspendeu, na ADI n. 5.441⁶, a eficácia de normas estaduais por “*permitirem a contagem do tempo de exercício anterior para efeito de cálculo da parcela a ser paga a partir de suas respectivas vigências*”.

29. No caso, ainda que o benefício fosse devido somente a partir da vigência da nova norma, entendeu-se haver “*grosseira inconstitucionalidade na medida em que operariam efeitos retroativos*”, por computar tempo de serviço anterior à vigência da norma. O Ministro Relator bem pontuou que “*a vocação dos enunciados legais é regular o futuro, atribuindo consequências jurídicas a fatos ocorridos após a sua vigência:*”

“Disso se extrai a alegação, manifestada pelo Procurador-Geral da República, de que essas normas incorreriam em grosseira inconstitucionalidade na medida em que operariam efeitos retroativos, em violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição. Realmente, a vocação dos enunciados legais é regular o futuro, atribuindo consequências jurídicas a fatos ocorridos após a sua vigência. A atribuição de efeitos a fatos passados, especialmente quando são efeitos expressamente vedados pela legislação anterior, suscita questionamentos quanto à compatibilidade dessa especial forma de contagem do tempo passado com a Constituição. A projeção retroativa da lei pode criar situações atentatórias à noção jurídica de razoabilidade. É o que acontece no caso concreto. Ao permitirem a consideração de fatos funcionais passados, anteriores à sua própria vigência, para fins de aquisição do direito aos benefícios da estabilidade financeira e adicional de exercício, as leis impugnadas revelam-se nitidamente arbitrárias. (...)

⁶ ADI 5441, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-275 DIVULG 18-11-2020 PUBLIC 19-11-2020

A irrazoabilidade da contagem de períodos passados salta aos olhos, tendo em vista não apenas o princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório, mas também constatado não ser meio idôneo para a promoção do interesse estatal veiculado nas normas impugnadas”.

30. A própria Agência, ao aprovar recente resolução normativa, pontificou, com amparo em idêntico posicionamento da Procuradoria Federal⁷, que *“tem sido o entendimento recorrente da Diretoria da ANEEL, de que **normas novas só têm efeitos prospectivos**”*⁸.

31. Portanto, eventual alteração na forma de alocação e rateio do *passivo GSF* somente poderá disciplinar débitos formados após a edição da nova regra, sob pena de indevida atribuição de consequências jurídicas a fatos – débitos – ocorridos antes de sua vigência.

II.2. Mérito: antijuridicidade da proposta para que o *passivo GSF* seja rateado proporcionalmente aos votos de cada associado da CCEE

II.2.1. Proposta conhecida e não acolhida pela ANEEL

32. A proposta da CCEE de rateio do *passivo GSF* entre todos os associados da Câmara, proporcionalmente aos votos de cada agente, não é nova.

33. Na minuta de resolução normativa submetida à Audiência Pública – AP n. 50/2017, propôs-se justamente que, nas liquidações financeiras do MCP, fossem criadas as fases de *“pagamento dos débitos originários resultantes do processo de Contabilização”*, seguida do *“rateio associativo proporcional aos votos de cada associado, de todos os valores não pagos decorrentes de inadimplência, decisão judicial ou decisão da ANEEL”*.

34. Na ocasião, foram veementemente contrários à proposta, entre outros agentes, as seguintes associações representativas do setor elétrico:

- (i) Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL⁹;

⁷ Parecer n. 00042/2021/PFANEEL/PGF/AGU.

⁸ Voto condutor da Resolução Normativa n. 927/2021.

⁹ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p

- (ii) Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADÉE¹⁰;
- (iii) Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia – ABIAPE¹¹;
- (iv) Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa – ABRAGEL¹²;
- (v) Associação Brasileira de Energia Eólica – ABEEólica¹³;
- (vi) Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE¹⁴;

[_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24028&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](#)

¹⁰ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24055&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹¹ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24048&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹² Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24044&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹³ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24029&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹⁴ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24050&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

(vii) Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE¹⁵; e

(viii) União da Indústria da Cana-de-açúcar – ÚNICA¹⁶.

35. A ampla resistência setorial à possibilidade de rateio do *passivo GSF* proporcionalmente aos votos associativos foi bem ilustrada pela ÚNICA, a qual contabilizou que **88% das contribuições à AP n. 50/2017 foram contrárias à proposta**:



36. A AP n. 50/2017 jamais foi concluída pela ANEEL, dela não tendo resultado qualquer alteração normativa, ou seja, efetivamente não se acolheu a proposta da CCEE.

37. Nesse quadro, destaque-se o brocado jurídico de que “*a decisão de não decidir é uma decisão*”¹⁷.

¹⁵ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24039&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹⁶ Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas-antigas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=24046&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

¹⁷ Acórdão n. 433/2022, Relatora Conselheira Joana Fernandes Costa, julgado em 09.06.2022. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220433.html>.

38. Realmente, se a ANEEL, em cinco anos, não deliberou o encerramento da AP n. 50/2017 e não aprovou a mudança normativa nela debatida é porque “*decidiu não decidir*”, ou seja, entendeu não haver conveniência e nem oportunidade em efetuar tal alteração.

39. O que se vê, agora, é a tentativa da CCEE de reanimar proposta (i) já amplamente rechaçada pelas mais representativas associações setoriais e (ii) desconsiderada pela ANEEL há anos.

40. Ocorre que ignorar a decisão da ANEEL de não decidir sobre a questão significa, ao cabo, ignorar as razões, inclusive implícitas, que conduziram a tal postura da Agência.

41. No ponto, o Tribunal Constitucional de Portugal, em paradigmático precedente, recentemente assentou que “*uma decisão que, ao decidir não decidir, baseou, fundou e estribou tal decisão em aspectos que, sendo opcionais e podendo erigir outros em alternativa, pressupõem uma interpretação e aplicação da Lei*”¹⁸.

II.2.2. Desconsideração da relação risco-retorno

42. A proposta da CCEE desconsidera, em absoluto, a relação entre (i) quem se expôs ao risco associado à insuficiência de arrecadação e (ii) quem, por conseguinte, deve suportar seus correspondentes efeitos.

43. O agente que não ficou exposto – negativa ou positivamente – no MCP, por exemplo, nada fez para atrair para si as repercussões da insuficiência de arrecadação.

44. Independentemente de seu porte ou de seu número de votos, o referido agente tem impacto absolutamente neutro no processo multilateral de soma zero que é a liquidação financeira do mercado conduzida pela CCEE, haja vista que sua atuação não resulta em diferenças entre os montantes de energia contratados e os efetivamente verificados.

¹⁸ Acórdão n. 433/2022, Relatora Conselheira Joana Fernandes Costa, julgado em 09.06.2022. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220433.html>.

45. A posição credora no MCP decorre da estratégia comercial do agente de não registrar contratos de venda no limite de sua capacidade de comercialização, o que lhe permite vender seus excedentes a PLD e, com isso, obter maiores retornos.

46. Evidentemente que, ao eleger tal estratégia, o agente exposto sabe dos riscos de ter parte de seus créditos frustrada por eventual inadimplência verificada no MCP. Cuida-se de risco naturalmente associado aos potenciais bônus de sua opção comercial.

47. Em sentido contrário, o agente que se manteve neutro, sem qualquer exposição – positiva ou negativa – no MCP atuou de maneira a não se submeter aos riscos de arrecadação do mercado. Por outro lado, renunciou à possibilidade de se beneficiar com a liquidação de energia ao PLD.

48. Que sinal regulatório a nova regra proposta pela CCEE confere a este agente que atuou de forma a mitigar seus riscos, abrindo mão de possíveis ganhos no MCP?

49. Responde-se: o sinal de que **não há motivo para a manutenção de sua postura cuidadosa, diante do nivelamento indistinto de todos os agentes, expostos e não expostos.**

50. Isso porque o mecanismo proposto pela CCEE socializaria os riscos da exposição ao MCP inclusive com quem tenha optado por não se arriscar.

51. Ao fim, seria criado, sem qualquer previsão legal, subsídio cruzado (i) dos agentes que não correm riscos e não contribuem com a exposição (ii) em favor daqueles agentes expostos, que optaram por estratégia mais arriscada no MCP.

52. Esse quadro configuraria afronta ao entendimento judicial que consagra o *“binômio risco-proveito, fundado no princípio ubi emolumentum ibi onus, que se traduz na responsabilidade daquele que tira proveito ou vantagem do fato”*¹⁹ em arcar com as eventuais repercussões negativas do mesmo fato.

¹⁹ STJ, AgInt no REsp 1870610, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10/12/2021

53. Realmente, é o agente que se beneficia do risco de estar positivamente exposto no MCP quem deve arcar com os eventuais ônus desse quadro de exposição por ele criado.

54. Ainda no ponto, veja-se que, no âmbito da CP 33/2017, o Ministério de Minas e Energia – MME destacou que um dos elementos principais a serem observados para alcançar um modelo regulatório e comercial apropriado para o país é promover “a alocação adequada de riscos para permitir sua gestão individual, com responsabilidades bem definidas”:

“Alocação adequada de riscos para permitir sua gestão individual, com responsabilidades bem definidas: A confiança em sinais econômicos como mecanismo de promoção de decisões individuais ótimas e alinhadas com interesses sistêmicos requer que os agentes sejam responsáveis pela gestão individual de riscos – afinal, a exposição de agentes aos ganhos ou perdas econômicas que resultam de suas decisões é que lhes fornece incentivos, e a possibilidade de ganhos ou perdas resume a definição de risco. Esta estratégia requer, no entanto, uma alocação adequada de riscos, que devem ser assignados aos agentes que estão melhor posicionados para lidar com eles.”

55. Note-se que, na ocasião, o MME entendeu que a alocação adequada de riscos é aquela que “permite sua gestão individual”.

56. A CCEE em sentido oposto, assevera que o rateio de valores não pagos deve ser responsabilidade de todos os associados da Câmara, desconsiderando por completo a capacidade de gestão individual do risco de insucesso na liquidação financeira do MCP.

II.2.3. Desvio da finalidade das contribuições associativas

57. A proposta de rateio dos valores não pagos na liquidação financeira do MCP na proporção dos votos dos integrantes da CCEE associa a frustração de créditos do mercado ao custo de funcionamento da Câmara.

58. Assim, a cobrança dos referidos valores seria equiparada à cobrança da contribuição associativa devidas pelos membros da CCEE, matéria disciplinada no art. 3º-C, § 4º, da Lei n. 10.848/2004:

“§ 4º Os custeios administrativo e operacional da CCEE decorrerão de contribuições de seus membros e emolumentos cobrados sobre as operações realizadas, vedado o repasse em reajuste tarifário.”

59. Em sede regulamentar, o Decreto n. 5.177/2004 esclarece, em seu art. 12, que:

“Art. 12. Os custos administrativo e operacional para funcionamento da CCEE e realização das atribuições previstas neste Decreto decorrerão de contribuições de seus agentes e de cobranças de emolumentos sobre as operações realizadas, vedado o repasse em reajuste tarifário.”

60. Com efeito, empregar o mesmo critério do rateio da contribuição associativa para também definir quem irá arcar com os valores não arrecadados em decorrência do cumprimento de decisões judiciais acerca do *fator GSF* significaria tratar esse passivo como **despesa inerente à condição de associado da CCEE**.

61. Ocorre que o *passivo GSF* não se enquadra como custo administrativo ou operacional da CCEE.

62. De fato, a inadimplência cuida-se de questão exclusivamente de mercado, relativa a créditos que, por lei, consistem em direitos disponíveis dos agentes do MCP, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei n. 10.848/2004: *“Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE”*.

63. Assim, os valores inadimplidos não podem, em absoluto, ser rotulados como necessários ao funcionamento da CCEE e muito menos como úteis ao desempenho de suas funções legalmente instituídas, pelo que simplesmente **não podem ser cobrados como espécie de contribuição associativa**.

64. Caso contrário, estar-se-ia utilizando-se da previsão legal para custeio da CCEE como veículo clandestino para garantir aos credores do MCP o repasse imediato dos retornos financeiros que deixaram de perceber em razão da inadimplência verificada no mercado.

65. O art. 4º da Lei n. 10.848/2004 estabelece que a finalidade da CCEE é *“viabilizar a comercialização de energia elétrica”*, e não garantir, mediante cobrança imposta a todos os seus associados, a arrecadação integral dos créditos privados da liquidação financeira do MCP.

66. Realmente, ao se associarem à Câmara, os agentes não assinaram termo de responsabilidade geral pelas operações livremente efetuadas pelos agentes no âmbito do MCP. Também não aceitaram financiar riscos de terceiros e nem funcionar como garantidores da arrecadação da integralidade dos valores liquidados no mercado.

67. A impropriedade da medida se revela especialmente quando analisada sob a perspectiva dos agentes associados à CCEE que nem sequer participam do MCP, muito menos contribuem com a exposição do mercado.

68. É o caso, por exemplo, dos vendedores de energia de reserva, os quais participam de liquidação própria – *Liquidação de Energia de Reserva* –, apartada da liquidação do MCP.

69. A prevalecer a proposta da CCEE, tais agentes, não obstante **estejam alheios ao MCP e, obviamente, à formação do quadro de exposição do mercado, ainda assim seriam chamados a arcar com a inadimplência lá verificada, tão somente por serem associados da Câmara.**

70. Consoante pontificado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves: "***o absurdo da consequência [...] demonstra o absurdo da premissa***"²⁰.

71. Em síntese, (i) tratar o *passivo do GSF* como despesa inerente ao *status* de associado da CCEE e (ii) cobrar de todos os integrantes da Câmara espécie de contribuição associativa destinada a quitar esse passivo **significaria completo desvio das finalidades do art. 3º-C, § 4º, e do art. 4º, ambos da Lei n. 10.848/2004, bem como do art. 12 do Decreto n. 5.177/2004.**

72. Nesse quadro, o TRF da 1ª Região já foi enfático ao decidir que, em âmbito administrativo, "***o desvio de finalidade é causa de nulidade dos atos***"²¹.

²⁰ RTJ n. 103/1108-115

²¹ AC 0008219-13.2000.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 09/07/2010 PAG 106.

73. Isso porque a Administração Pública deve sempre observar o princípio da finalidade quando da edição de seus atos, inclusive regulamentares, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

II.2.4. Risco à sustentabilidade financeira do setor

74. Ao irradiar os efeitos do *passivo GSF* sobre agentes que não são credores do MCP, a proposta da CCEE tem ainda o condão de **pôr em risco a sustentabilidade financeira do setor**.

75. Atualmente, os efeitos do *passivo GSF* são suportados por meio da frustração parcial dos créditos do MCP. Ou seja, os agentes que adotaram a estratégia comercial de ficarem expostos ao PLD **deixam de perceber parte dos benefícios decorrentes dessa opção**.

76. Contudo, caso a proposta da CCEE seja acolhida, os efeitos da inadimplência também **recairão sobre agentes que não sejam credores do MCP**.

77. Para esses agentes, não haverá apenas a diminuição parcial de seus ganhos comerciais, **mas efetiva perda, prejuízo**.

78. Com isso, aqueles que estão neutros passarão a ser devedores e aqueles que já são devedores terão suas dívidas potencializadas.

79. Inevitavelmente, esses agentes experimentarão relevante impacto financeiro para o qual não concorreram e nem se prepararam, posto que não adotaram a estratégia de se exporem no MCP e nem se submeteram aos riscos associados a essa opção.

80. O quadro é ainda mais grave porque, conforme ilustra a própria Câmara no anexo à CT-CCEE11184/2022, os principais impactados com a proposta seriam os comercializadores, as distribuidoras e os produtores independentes:

Set/22	Rateio dos efeitos por meio de votos
Classe	
Autoprodutor	2,3%
Comercializador ⁽²⁾	28,5%
Consumidor Especial	6,6%
Consumidor Livre	6,2%
Distribuidor	21,2%
Gerador	11,8%
Produtor Independente	23,5%
ELETROBRAS ENBPARG (Itaipu)	3,3%
	6 R\$/MWh ↑ R\$ 24mi R\$ 4mil ↓

II.2.5. Ofensa à igualdade material entre os associados da CCEE

81. A proposta da CCEE também viola o princípio da igualdade material, plasmado no art. 5º, *caput*²², da Constituição Federal.

82. Segundo definição aristotélica universalmente aceita, o princípio da igualdade material consiste em **tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades**²³.

83. No ponto, o Supremo Tribunal Federal já consolidou que a norma que “*estabelece distinções a fim de compensar os indivíduos que se encontram em situação desprivilegiada para elevá-los ao patamar dos demais*”, tem base constitucional “*na ideia de igualdade material*”²⁴.

²² “Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²³ Vale conferir a lição de Manoel Jorge e Silva Neto acerca da matéria: “... ultrapassado o modelo de Estado burguês, que se ocupava da dimensão meramente formal do postulado isonômico, passou o ente estatal a interferir na vida em sociedade para efetivar a isonomia de natureza substancial, que vem a ser a intervenção do estado para, ao reconhecer diferenças essenciais entre os indivíduos, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, segundo a célebre definição aristotélica.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 478).

²⁴ STF - ADI: 5818 CE, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/05/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 04-08-2022 PUBLIC 05-08-2022.

84. Igualmente, em precedente no qual se discutia acerca das regras de divisão de tempo de propaganda eleitoral entre partidos, o STF assentou que “**não há como se exigir tratamento absolutamente igualitário entre esses partidos, porque eles não são materialmente iguais**”²⁵.

85. Nesses termos, diante de fator de discrimen idôneo, **é não só possível, mas imperativa, a adoção de tratamento discriminatório como forma de equalizar as situações dos agentes em situações desiguais.**

86. No presente caso, os principais fatores de discrimen entre os agentes credores do MCP e os demais associados da CCEE são, como visto, as circunstâncias de que:

- (i) os credores conscientemente **escolheram a estratégia comercial de exposição ao mercado**, com todos os seus ônus e bônus, enquanto os demais agentes **não o fizeram**, seja por terem postura mais conservadora, seja por nem sequer poderem se expor; e
- (ii) os credores, ao suportarem a insuficiência de arrecadação do MCP, experimentam frustração parcial de seus créditos, ou seja, **deixam de ganhar**, enquanto os demais agentes experimentam efetivo prejuízo, ou seja, **sofrem perda**.

87. Ignorar essas relevantes distinções materiais entre os agentes credores e os não credores para impor a todos os associados da CCEE, indistintamente, os ônus do *passivo GSF* significaria ignorar frontalmente o postulado constitucional da igualdade material.

88. De fato, ao passo em que os ônus do *passivo GSF* se traduzem, (i) para os credores, como frustração parcial dos créditos decorrentes da estratégia de exposição ao MCP, capazes apenas de comprimir seus resultados, (ii) para os demais agentes da CCEE, representariam prejuízos inesperados e em relação aos quais em nada poderiam prevenir, capazes de levá-los a grave crise financeira e, até mesmo, à ruína.

²⁵ ADI 4430, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 18-09-2013 PUBLIC 19-09-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00257

II.2.6. Aumento da percepção de risco setorial

89. A proposta de adoção de um novo, casuístico e injusto critério de alocação e rateio da inadimplência do MCP, **mudando-se a praxe e a lógica setoriais**, também causaria aumento da percepção de risco no setor elétrico brasileiro.

90. De fato, a questão se irradiaria sobre todos aqueles que contratam e que eventualmente contratarão energia no âmbito da CCEE, pois colocaria em xeque o grau de estabilidade, racionalidade e equilíbrio das regras de comercialização de energia.

91. O aumento da percepção de risco leva a um de dois resultados:

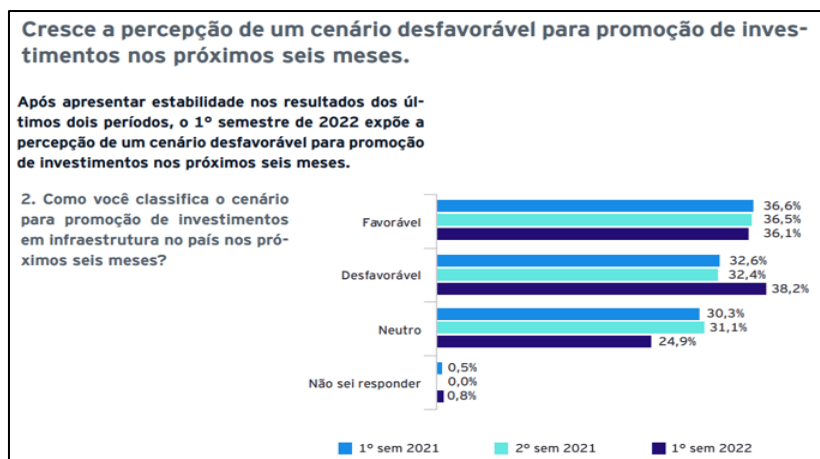
- (i) ou os investimentos migram para nações percebidas como mais estáveis e seguras, obstando a implantação de projetos necessários ao desenvolvimento econômico do país;
- (ii) ou a percepção de risco é precificada, inflando o chamado *custo Brasil* e, ao final, impactando negativamente os consumidores finais de energia.

92. Quanto ao primeiro resultado – fuga de investidores –, dados do *World Justice Project*²⁶ demonstram que o Brasil já ocupa a 77ª posição no *ranking* internacional de previsibilidade de aplicação das normas.

93. Em estudo realizado pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base – ABDIB – em parceria com a Ernst & Young²⁷, empresários e especialistas no setor de infraestrutura demonstram, em 2022, pessimismo bastante superior ao verificado no passado:

²⁶ Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf>

²⁷ Disponível em: https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Barometro_Infraestrutura-7a-Edi%C3%A7%C3%A3o-Maio-2022.pdf



94. Nesse cenário já pessimista, a súbita mudança de regras proposta pela CCEE impediria tanto a previsibilidade futura quanto a estabilidade passada das relações jurídicas travadas no âmbito da Câmara, vulnerando os princípios da confiança e da segurança jurídica, fragilizando ainda mais a percepção de risco para novos projetos no Brasil.

95. No ponto, o STF possui o entendimento de que a proteção à confiança constitui elemento do princípio da segurança jurídica e manifestação de ética jurídica:

“Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.”²⁸

96. Também o STJ já decidiu que os princípios da confiança e da não surpresa são “valores muito caros ao [...] ordenamento jurídico”²⁹ e que “o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca”³⁰.

97. Quanto ao segundo resultado – precificação dos riscos –, essa drástica mudança nas regras pode gerar exigência de maiores prêmios por parte dos investidores para a realização de aportes de recursos, o que se refletirá em **maiores preços para o consumidor**.

98. Haveria, assim, violação ao postulado legal da modicidade das tarifas, previsto no art. 1º, X, da Lei n. 10.848/2004.

²⁸ STF, Tribunal Pleno, MS 22.357/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.11.2004.

²⁹ STJ, Segunda Turma, REsp 1.306.463/RS, relator Ministro Herman Benjamin, o Martins, DJe 11.9.2012.

³⁰ STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1143216/RS, relator Ministro Luiz Fux, DJe 25.8.2010.

III. SUFICIÊNCIA DAS REGRAS VIGENTES PARA RESOLVER A QUESTÃO

99. Para além de ser antijurídica e perversa, pelas diversas razões já expostas, a proposta da CCEE é também desnecessária, haja vista que já existe solução ao alcance da própria Câmara para o correto tratamento da insuficiência de arrecadação de maneira a arrefecer o alardeado impacto sobre o MCP – impacto esse que, em verdade, é muito menor que o noticiado.

100. Como já defendido, os credores devem suportar os efeitos de toda e qualquer insuficiência de arrecadação (aquela decorrente de decisões judiciais e da inadimplência propriamente dita), mas **a proporção de retenção de seus créditos deve observar credores e devedores de cada ciclo de contabilização.**

101. Os artigos 9º e 10 da Resolução ANEEL n. 552/2002 estabelecem, em síntese, que a proporção de arrecadação do MCP deve ser verificada **isoladamente**, em cada ciclo mensal de liquidação financeira, **sem acumulação de débitos suspensos e não pagos em meses anteriores**, os quais devem ser lançados nas liquidações apenas quando houver a reversão da decisão judicial que os suspende:

*“Art. 9º **Na ocorrência de concessão de medida liminar ou tutela antecipada em processo judicial** que determine, de forma expressa, a suspensão da obrigação de pagar eventual débito apurado na contabilização mensal realizada pelo MAE, anteriormente à realização da respectiva liquidação financeira do período mensal considerado, o MAE deverá observar os seguintes procedimentos:*

*I - a suspensão da exigibilidade prevista no caput alcançará somente o Agente de Mercado que houver obtido a respectiva medida judicial e ficará limitada aos valores objeto da ação, não impedindo a liquidação dos demais valores apurados pelo MAE, caso em que o Agente de Liquidação deverá ser informado sobre os valores mensais contabilizados, **com exclusão do valor controverso objeto da medida, o qual terá o tratamento disposto no artigo seguinte;***

*II - **A SUSPENSÃO TERÁ VIGÊNCIA ENQUANTO PRESENTES OS EFEITOS DA MEDIDA JUDICIAL CONSIDERADA** e não sujeitará o Agente de Mercado às penalidades tratadas nesta Resolução, com exceção do disposto no artigo 10 desta Resolução; e*

[...]

Art. 10. Observando-se os limites da medida judicial citada no artigo anterior, o MAE deverá proceder à apuração provisória dos valores controversos, cuja exigibilidade ficará suspensa, para o que poderá utilizar mecanismo auxiliar de cálculo e efetuar a

apuração final dos valores quando da decisão judicial transitada em julgado ou quando tal medida for suspensa.

§ 1º Os valores apurados nos termos deste artigo deverão ser:

I – lançados em registro escritural especial a ser mantido pelo MAE em nome dos Agentes de Mercado impactados pela medida;

II – rateados entre os Agentes de Mercado credores afetados, na proporção da respectiva energia comercializada, no caso de débitos não relacionados a Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEARs; e

III – atribuídos, previamente ao processamento da contabilização mensal, às distribuidoras signatárias, no caso de débitos relacionados a CCEARs.

§ 2º Na hipótese de impossibilidade da identificação dos credores afetados de que trata o inciso II do § 1º, o rateio dos valores controversos será efetuado conforme as disposições do art. 7º desta Resolução.

§ 3º O registro escritural especial representará apenas expectativa de direito de crédito dos agentes credores em face do agente beneficiário da medida judicial, **DEVENDO SER MANTIDO EM SEPARADO DA CONTABILIZAÇÃO DE ROTINA** realizada pelo MAE **ENQUANTO PERDURAREM OS EFEITOS DA MEDIDA JUDICIAL CONSIDERADA**, não implicando tal segregação qualquer lançamento nos registros de natureza contábil-societária do MAE.

§ 4º Na hipótese de extinção da medida judicial ou quando da decisão final do processo, o MAE deverá:

I – lançar de imediato o valor do crédito constante do respectivo registro escritural especial, caso fique caracterizada a obrigação de pagamento que teve sua exigibilidade suspensa; ou

II - proceder ao cancelamento do registro escritural, caso fique caracterizada a procedência do questionamento feito pelo Agente de Mercado beneficiário da medida judicial.”

102. Nesse sentido, de acordo com as disposições normativas conjugadas, **os débitos suspensos por força de decisão judicial** deveriam ser:

(i) registrados em “Mecanismo Auxiliar de Cálculo”, “devendo ser mantido **em separado** da contabilização de rotina”; e

(ii) lançados nas liquidações **apenas** quando houvesse a reversão da decisão judicial que os suspende.

103. Todavia, a CCEE deixa de observar a norma ao (re)lançar os débitos suspensos em todas as liquidações subsequentes à prolação da decisão judicial que os suspende, contaminando todas as liquidações mensais seguintes.

104. O Poder Judiciário, ao analisar pedidos de agentes individuais para que a CCEE corrigisse essa equivocada postura, já advertiu que *“não poderia ser outra a medida contábil, vez que os valores objeto de suspensão de exigibilidade são controversos e, portanto, não poderiam ser liquidados dentro do mês onde se dará o encontro de contas dos créditos e débitos incontroversos, sob pena de se subtrair créditos nos casos onde se verificar que os débitos são efetivamente inexistentes”* (MS n. 1012211-56.2018.4.01.0000).

105. Igualmente, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, então Desembargador Federal, Kassio Nunes Marques, já destacou, ao relatar o acórdão proferido pelo TRF-1 no AI n. 0064291-19.2015.4.01.0000, que *“o valor eventualmente não pago por um ou alguns de seus agentes poderá e deverá ser proporcionalmente rateado, compartilhado, com os demais agentes, na medida, também proporcional, dos créditos que possuam, na forma que se indica, ou seja, no mesmo período de contabilização”*.

106. Ainda que se discutisse inadimplência (e não suspensão judicial de exigibilidade, como no caso das decisões judiciais do GSF) o tratamento não seria diferente.

107. O art. 17, inciso IV, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica estabelece que os agentes da CCEE devem *“suportar as repercussões financeiras decorrentes de eventual inadimplência no Mercado de Curto Prazo, não coberta pelas Garantias Financeiras aportadas, na proporção de seus créditos líquidos resultantes da Contabilização, no período considerado”*:

“Art. 17. Os Agentes da CCEE deverão cumprir as seguintes obrigações, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação e em regulação específica da ANEEL: (...)

IV - Suportar as repercussões financeiras decorrentes de eventual inadimplência no Mercado de Curto Prazo, não coberta pelas Garantias Financeiras aportadas, na proporção de seus créditos líquidos resultantes da Contabilização, no período considerado;”

108. Igualmente, o art. 47, § 1º, da Convenção de Comercialização estabelece que, “*caso as Garantias Financeiras executadas não sejam suficientes para a cobertura dos compromissos financeiros dos agentes inadimplentes, os demais Agentes da CCEE responderão pelos efeitos de tal inadimplência, na proporção de seus créditos líquidos de operações efetuadas no Mercado de Curto Prazo no mesmo período de Contabilização”:*

“Art. 47. Serão executadas as garantias financeiras dos agentes da CCEE inadimplentes no processo de Liquidação Financeira do Mercado de Curto Prazo, incluindo penalidades.

*§ 1º - Caso as Garantias Financeiras executadas não sejam suficientes para a cobertura dos compromissos financeiros dos agentes inadimplentes, **os demais Agentes da CCEE responderão pelos efeitos de tal inadimplência**, na proporção de seus créditos líquidos de operações efetuadas no Mercado de Curto Prazo **no mesmo período de Contabilização.**”*

109. Como se lê, os dispositivos se referem à inadimplência, não à insuficiência de arrecadação decorrente de decisão judicial, a qual tem tratamento específico nos artigos 9º e 10 da Resolução 552/2002, com consequência também distinta, como visto acima.

110. De todo modo, os artigos 17, inciso IV, e 47, § 1º, da Convenção de Comercialização determinam o pagamento dos credores “*na proporção de seus créditos líquidos*” e “**no mesmo período de Contabilização**”, isto é, em cada ciclo³¹ de liquidação financeira, isoladamente.

111. A partir de dados oficiais da própria CCEE, constata-se que, ao adotar-se a forma correta de cálculo (contraste de débitos e créditos na mesma base temporal), a efetiva insuficiência de arrecadação, a depender do mês, é **menor que 1%**.

112. Em comunicado de 8 de julho de 2022³², por exemplo, a CCEE declarou que a liquidação financeira referente a maio de 2022 contabilizou o total de R\$ 1,7 bilhão e que, “*do valor não pago, R\$ 946,4 milhões ainda estão relacionados às liminares contra o pagamento do risco hidrológico (GSF, na sigla em inglês) no mercado livre*”.

³¹ O “*período de contabilização*”, isto é, o ciclo de liquidação financeira promovida pela CCEE é mensal, como se lê do art. 57, § 6º, do Decreto n. 5.163/2004 e do art. 17 da Resolução Normativa ANEEL n. 622/2014:

“Art. 57. (...) § 6º A contabilização e a liquidação no mercado de curto prazo serão realizadas no máximo em base mensal”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM.

³² Disponível em: <https://www.ccee.org.br/web/guest/-/em-maio-mercado-de-curto-prazo-do-setor-eletrico-movimentou-r-529-2-milhoes>.

113. Ocorre que, para alcançar tal percentual de insuficiência de arrecadação, a CCEE:

(i) soma e contabiliza os débitos, suspensos por decisões judiciais, que não foram pagos e ficaram acumulados ao longo de **80 meses**; e

(ii) os compararam com a arrecadação relativa a **um único mês**.

114. Em momento algum a CCEE compara a alardeada “inadimplência” acumulada de 80 meses com a arrecadação acumulada desses mesmos 80 meses.

115. Assim, **confrontam-se grandezas distintas – dado de um mês versus dado outro relativo a 80 meses acumulados –, resultando em percentual de arrecadação que não condiz com a realidade.**

116. Diante disso, a insuficiência de arrecadação no valor de R\$ 946 milhões, atribuível às liminares relativas à discussão do *GSF*, diz respeito a débitos suspensos por força de decisões judiciais que foram progressivamente **acumulados, desde 2015, ao longo de 80 ciclos de liquidações financeiras mensais do mercado de energia elétrica**³³.

117. Contudo, quando os montantes são postos na mesma base temporal – 80 meses –, identifica-se que (i) os valores acumulados “*relacionados com liminares GSF*” somam R\$ 946 milhões, e (ii) **os valores arrecadados no mercado de curto prazo no mesmo período somam R\$ 149,738 bilhões.**

118. O impacto médio mensal efetivamente causado pelas liminares de risco hidrológico **é de menos de 1%** (um por cento)³⁴ sobre a arrecadação média mensal do MCP.

119. Fica claro que, ao lançar, como se fossem novos, nas contabilizações e liquidações mensais, débitos de meses anteriores, suspensos por força de decisões judiciais, **infla-se**

³³ As primeiras liminares são de maio de 2015.

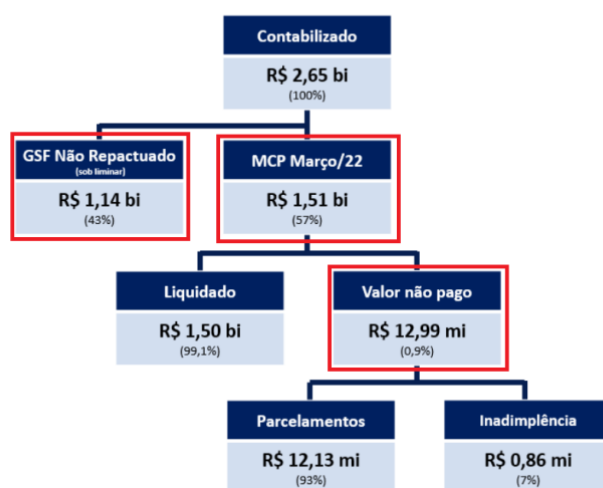
³⁴ Sem os efeitos das liminares de risco hidrológico (*GSF*), a arrecadação do mercado de curto prazo seria de R\$ 150,684 bilhões (946 + 149,738). Logo, a frustração de crédito é de cerca de 0,62% (946/150,684).

exponencialmente a insuficiência de arrecadação do mês sob liquidação, impedindo que os demais agentes de mercado possam ter seus respectivos créditos pagos na proporção efetiva da arrecadação daquele mês.

120. O Relatório de Liquidação Financeira de março de 2022³⁵, por exemplo, elaborado pela CCEE, demonstra que débitos de meses anteriores não pagos em decorrência de decisões judiciais relativas ao fator *GSF* são lançados nas contabilizações dos meses subsequentes como se fossem novos débitos devidos no mês sob liquidação:

Liquidação Financeira do Mercado de Curto Prazo

Março/22 - Débitos



121. A partir da ilustração elaborada pela própria CCEE, fica claro que, para o mês de março de 2022 as operações no MCP movimentaram R\$ 1,5 bilhões, dos quais **somente R\$ 12,9 milhões não foram pagos** naquela liquidação mensal.

122. Assim, a inadimplência real daquele mês sob liquidação – isto é, os valores relativos às operações realizadas no mês de março de 2022 que não foram pagos – é de apenas 0,9% (zero vírgula nove por cento) do total operacionalizado naquele mesmo mês, como explicitado na ilustração.

³⁵ Disponível em:

<https://www.ccee.org.br/documents/80415/919420/Liquida%C3%A7%C3%A3o%20MCP%20032022%20site.pdf/f1210c5f-2969-413d-1e20-ec920c49c0db>

123. Todo o restante do alegado inadimplemento, estimado em R\$ 1,14 bilhão, advém dos débitos pretéritos que a CCEE chama de “*GSF Não Repactuado*”.

124. Contudo, apesar de a CCEE evidentemente saber que tais débitos em nada se relacionam com o nível de arrecadação das operações do mês sob liquidação – tanto que o apontam em separado na ilustração –, ainda assim contabiliza esses valores, para fins de retenção dos créditos dos credores, como se fizessem parte da liquidação daquele mês.


125. Acaso a CCEE corrigisse a distorção causada por aquela própria Câmara, deixariam de existir as supostas urgência e imperatividade de se reformar o arcabouço regulatório – para, como visto, piorá-lo – em antijurídica tentativa de contornar problema cuja solução está nas mãos da própria CCEE.


IV. CONCLUSÃO


126. Pelo exposto, conclui-se que:

- (i) eventual mudança nas atuais regras de alocação e rateio do passivo financeiro oriundo do cumprimento de decisões judiciais referentes ao *fator GSF* somente seria cogitável após o adequado escrutínio público da proposta, mediante realização de Consulta Pública e de Audiência Pública perante a ANEEL, sob pena de nulidade absoluta;
- (ii) qualquer alteração na atual disciplina da alocação e do rateio do *passivo GSF* apenas poderá alcançar inadimplências verificadas nos períodos posteriores à eventual mudança regulamentar, sob pena de ilegal retroatividade da nova regra;
- (iii) a proposta ora trazida pela CCEE consiste em mera tentativa de resgatar mecanismo já amplamente rechaçado pelas mais representativas associações setoriais e convenientemente desconsiderada pela ANEEL há anos;
- (iv) a proposta da CCEE desconsidera a relação entre quem deu causa à insuficiência de arrecadação e quem, por conseguinte, deve suportar seus correspondentes efeitos, circunstância que tem o condão de (iv.a) produzir sinal regulatório perverso, (iv.b) criar

- ilegal subsídio cruzado entre os agentes; (iv.c) violar o binômio risco-proveito e (iv.d) implicar em perda de eficiência e aumento dos riscos no funcionamento do mercado;
- (v) tratar o *passivo do GSF* como despesa inerente ao *status* de associado da CCEE e cobrar de todos os integrantes da Câmara espécie de contribuição associativa destinada a quitar esse passivo significaria desvio das finalidades do art. 3º-C, § 4º, e do art. 4º, da Lei n. 10.848/2004, bem como do art. 12 do Decreto n. 5.177/2004;
- (vi) irradiar os efeitos do *passivo GSF* sobre agentes que não são credores do MCP teria o condão de pôr em risco a sustentabilidade financeira do setor e aumentar o custo da energia para o consumidor final;
- (vii) ignorar as relevantes distinções materiais entre os agentes credores e os não credores para impor a todos os associados da CCEE, indistintamente, os ônus do *passivo GSF* significaria ignorar o postulado da igualdade material, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal;
- (viii) a adoção de um novo, casuístico e injusto critério de alocação e rateio da inadimplência do MCP, mudaria drasticamente a praxe e a lógica setoriais, causando aumento da percepção de risco no setor elétrico brasileiro, o que resultaria em fuga de investimentos e aumento de preços, em nova ofensa ao postulado legal da modicidade das tarifas, previsto no art. 1º, X, da Lei n. 10.848/2004; e
- (ix) a própria CCEE pode solucionar a porção majoritária da frustração dos créditos dos credores do MCP ao operacionalizar as liminares do GSF da maneira correta, sem lançar, como se fossem novos, nas contabilizações e liquidações mensais, débitos de meses anteriores, suspensos por força de decisões judiciais.


JULIÃO SILVEIRA COELHO
OAB/DF 17.202


CAMILA ALVES
OAB/DF 45.599


GUILHERME CHAMUM
OAB/DF 51.143