



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO
COORDENAÇÃO REGIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO (PRU1R/CORESP)
SETOR DE AUTARQUIAS SUL - QUADRA 3 - LOTE 5/6, ED. MULTI BRASIL CORPORATE - BRASÍLIA-DF - CEP 70.070-030

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) FEDERAL
RELATOR(A), INTEGRANTE DA 6ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 1ª REGIÃO.

Apelação Cível

Autos nº : 0033163-68.2012.4.01.3400

Apelante : Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia
Elétrica – APINE

Apelada : Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

PET253/2023/PRU1-CORESP/PGU/AGU/phcv

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, pelo(s) advogado(s) da União infra-assinado(s), vem, perante essa Egrégia 8ª Turma do TRF da 1ª Região, nos moldes dos artigos 996, parágrafo único e 1.022, II do Código de Processo Civil Brasileiro, em face do Acórdão de ID 328727641, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** para fins de prequestionamento e suprimento de **QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA**, omissões e contradições, amparada nas razões que se seguem:

I - DA SÍNTESE DO PROCESSADO.

Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica - APINE contra a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL objetivando a declaração de nulidade dos artigos 1º e 2º da Resolução nº 392/2009, da ANEEL, que dizem respeito à criação da TEO Itaipu, ou, alternativamente, que fosse afastada a aplicação dos referidos dispositivos em relação às suas associadas.

Sustenta a autora que a ANEEL, ao estabelecer uma Tarifa de Energia de Otimização - TEO específica para a Usina Hidrelétrica de Itaipu por meio da edição da Resolução nº 392/2009 exorbitou da competência que lhe foi atribuída pelos artigos 2º e 32, inciso I, da Lei nº 9.427/96, bem como feriu o disposto no artigo 22 do Decreto nº 2.655/1998, cujo teor restringe a finalidade da referida tarifa à cobertura dos custos incrementais incorridos na operação e manutenção das usinas hidrelétricas e ao pagamento da compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Pontifica que a instituição da TEO diferenciada para a UHE Itaipu também contrasta com o artigo 13, §1º do Decreto nº 4.550/2002, segundo o qual, no âmbito do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, a Usina de Itaipu deve ter “tratamento similar” a qualquer geração hidráulica. Ademais, tal fato acarreta um tratamento desigual entre as usinas participantes do MRE, pois o custo arcado por uma hidrelétrica que recebe energia excedente da UHE Itaipu é muito maior do que o suportado por aquela que toma energia de outra usina com características diversas da binacional.

Argumenta, ainda, que o comando veiculado na Resolução nº 392/2009 redundava em violação à “ordem de mérito de custo” nos despachos do Operador Nacional do Sistema – ONS, contrariamente ao que preconiza o artigo 1º, § 4º da Lei nº 10.848/2004.

Por fim, alega que não há óbice para que o Poder Judiciário anule resolução de caráter normativo proferida por Agência Reguladora, mormente quando constatada incompatibilidade do ato atacado com o ordenamento jurídico vigente.

Seguidos os trâmites processuais regulares, sobreveio a judicosa sentença de págs. 142/150 de ID 39881025, que rejeitou os pedidos iniciais sob os seguintes fundamentos:

(i) "a UHE de Itaipu apresenta uma situação especial que não acomete as demais UHE instaladas no território nacional, razão da TEO específica";

(ii) "não se pode exigir uma TEO comum para a UHE de Itaipu e as demais UHE situadas no país", na medida em que "o custo de realocação de energia de Itaipu para cobrir os déficits das demais UHE acabariam sendo pagos pelos consumidores";

(iii) “a tarifa de repasse e a tarifa de otimização possuem objetivos diversos, cada uma arcando com custos específicos previstos em lei, sendo impossível transferir para uma as competências da outra;

(iv) assim, “conclui-se que os royalties não podem ser incluídos no valor da tarifa de repasse, ante a inexistência de previsão legal para tanto, podendo, de outro lado, ser inseridos nos custos incrementais que compõem a Tarifa de Otimização, haja vista possuírem a mesma natureza das compensações financeiras”;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

(v) “se para a geração de energia a Usina de Itaipu necessita arcar com custos maiores, em razão do pagamento dos royalties devidos ao Uruguai [*por força de tratado internacional*], tais acréscimos devem integrar a tarifa criada para cobrir tais custos, no caso de realocação de energia hidrelétrica, sob pena de a referida Usina contar sempre com receita deficitária;

(vi) “não há que se falar em desobediência aos princípios da neutralidade e uniformidade de tratamento entre usinas geradoras que integram o MRE, em razão da previsão legal de inclusão de royalties na TEO-Itaipu, como assentado nas linhas volvidas”;

(vii) nada obstante o Parecer nº 0135/2011-PGE/ANEEL tenha concluído que a TEO Itaipu, nos termos em que foi constituída, infringiu o artigo 22 do Decreto nº 2.655/1998, tem-se que o entendimento ali firmado “não teve o condão de vincular a decisão final da Administração, sendo digno de nota que a Resolução ANEEL nº 392/2009 ainda está em vigor”.

Em decorrência de recurso de apelação interposto pela APINE insistindo na tese de ilegalidade da Resolução Normativa ANEEL nº 392, de 2009, ato que estabeleceu critérios para o cálculo da TEO Itaipu e do valor mínimo do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, os autos foram distribuídos a essa Egrégia 8ª Turma do TRF1 para julgamento.

Iniciado o julgamento da apelação na sessão do dia 02/05/2022, houve divergência e, por esse motivo, instalou-se a Turma Ampliada, na forma do artigo 942, do CPC, pois, quanto ao mérito e acerca da verba honorária, o então relator convocado, Juiz Federal Convocado JOÃO CARLOS MAYERS SOARES, acompanhado pelo Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA, dava provimento ao apelo para julgar procedente o pedido, de tal dissentindo o Desembargador Federal MOREIRA ALVES, que confirmava a sentença. No pertinente aos honorários advocatícios, o relator os fixava em R\$10.000,00 (dez mil reais) e o Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA em 20% (vinte por cento) do valor da causa.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Prosseguindo no julgamento, com “quórum” ampliado, a Desembargadora Federal GILDA SIGMARINGA SEIXAS, assim como o relator, entendeu que, no conceito de “incremento de custo”, no espaço lógico-jurídico restrito do MRE, não se pode (ainda, salvo ulterior alteração do Decreto n. 2.655, de 1998) abonar a diferença da TEO na hipótese, não sem que tal denote reescrever os termos do decreto referencial. Com relação aos honorários, a eminente Desembargadora acompanhou o voto divergente do Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA (20% do valor da causa, à luz do inciso I do § 3º do artigo 85, do CPC). Por sua vez, o Desembargador I'TALO MENDES acompanhou o voto divergente do Desembargador MOREIRA ALVES.

O acórdão restou assim ementado, *verbis* (ID 328727461):

FINANCEIRO. AÇÃO COLETIVA DE CONHECIMENTO. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA DE OTIMIZAÇÃO/TEO. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANEEL 392/2009.

1. “Nos termos do Decreto 2.655/1998, que regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica e define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, de que trata a Lei 9.648/1998, foi criada a Tarifa de Energia de Otimização – TEO, estabelecida pela ANEEL.

2. “Sua finalidade é a de cobrir os custos incrementais incorridos na operação e na manutenção das usinas hidrelétricas e o pagamento da compensação financeira pelo uso de recursos hídricos, sempre visando o compartilhamento dos riscos hidrológicos das usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, assegurando que as usinas que gerem energia excedente transfiram o montante necessário para completar a energia daquelas que não atingiram produção suficiente, garantida a remuneração correspondente por meio da TEO.

3. “A criação de uma tarifa de otimização diferenciada extrapola o disposto no Decreto 2.655/1998, vai de encontro aos conceitos trazidos pelo Decreto 4.550/2002, além de acarretar um tratamento desigual entre as usinas participantes do MRE, uma vez que o custo arcado por uma hidrelétrica que recebe energia excedente da UHE Itaipu é muito maior do que o suportado por aquela que toma energia de outra usina com características diversas da binacional, sendo ilegal a Resolução Normativa/ANEEL 392/2009”.

Honorários (voto divergente).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

4. Provida a apelação da autora para reformar a sentença e acolher o pedido declaratório (sem condenação pecuniária), os honorários são devidos pela ré “vencida” e calculados sobre o valor da causa /R\$ 10 mil (CPC, art. 85, § 2º).
5. Como o valor da causa é inferior a 200 salários mínimos, são razoáveis 20% desse valor atualizado desde o ajuizamento (Súmula 14/STJ) - suficientes para remunerar o trabalho do advogado da autora. Nesse sentido é a tese fixada pelo STJ no REsp repetitivo 1.906.618 e outros.
6. Apelação da autora provida.

Ocorre que o sobredito Acórdão, ora embargado, com a devida vênia, incorreu em **omissões** quanto a **aspectos fundamentais para o justo deslinde da ação**, além de **contradição**, circunstância que autoriza o manejo de embargos declaratórios para fins de prequestionamento, nos moldes previstos no artigo 1.022, inciso II, do Estatuto Processual e nos enunciados das Súmulas 98 e 211 do Superior Tribunal de Justiça, além das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal¹.

Posta a questão, importa evidenciar, na sequência, as razões que dão suporte ao intento recursal da União.

II – DA ADESÃO AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS INTERPOSTOS PELA ANEEL EM ID. 337896144.

¹ Art. 1.022, II, do CPC:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

(...)

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

Súmula 98 do STJ:

Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Súmula 211 do STJ:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

Súmula 282 do STF:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356 do STF:

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

De início, a União pede vênia para aderir às razões de recurso da ANEEL de ID 337896144, em tudo aquilo que não contrastar com os presentes aclaratórios ofertados pelo ente político central.

III - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. DA NULIDADE DO FEITO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 114 DO CPC. EXISTÊNCIA DE INTERESSE E DE LEGIMITIDADE DA UNIÃO PARA INTERVIR NA PRESENTE AÇÃO DESDE SEU PRINCÍPIO.

Conforme minudenciado acima a partir do relato do feito, foi possível verificar que o cerne do pedido da APINE, que restou acolhido por essa Corte Regional, foi o de, sob a lógica de violação ao princípio da isonomia, afastar a TEO diferenciada para a usina de Itaipu.

Ocorre que, no ponto e no limite, algumas considerações merecem ser feitas desde já.

Como consta do acórdão proferido, a TEO Itaipu estava sendo impugnada no ambiente restrito do MRE – Mecanismo de Realocação de Energia, que é um procedimento contábil para alocação da produção hidrelétrica entre usinas que dele participam, corolário do caráter cooperativo do sistema, que otimiza o uso integrado dos recursos hidrelétricos.

A instituição de tal Mecanismo se deu por intermédio do Decreto 2.655/98, que regulamentou o MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica, ao que se seguiu a previsão legal do instituto pela Lei 10.848/04.

Como mecanismo de mitigação dos riscos hidrológicos, o MRE permite a realocação da energia de usinas que geraram acima da sua energia assegurada (garantia física) em favor daquelas cuja geração foi inferior ao esperado.

A UHE de Itaipu participa do MRE desde 2002, por força do Decreto 4.550, sendo que ela sempre participou do mecanismo com visível perfil de *superávit* de geração em relação a sua garantia física, o que significa dizer que ela sempre realoca energia no MRE em favor de outros participantes do mecanismo.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Contudo, diferentemente desses outros participantes, a UHE de Itaipu, por força do Tratado internacional de Itaipu (Decreto 72.707, de 1973), carrega consigo custos não visualizados em outros empreendimentos do MRE, descritos no anexo C do referido tratado:

O custo do serviço de eletricidade será composto das seguintes parcelas anuais:

III.1. O montante necessário para o pagamento, às partes que constituem a ITAIPU, de rendimentos de doze por cento ao ano sobre sua participação no capital integralizado, de acordo com o Parágrafo 1º do Artigo III do Tratado e com o Artigo 6º do Estatuto (Anexo A).

III.2. O montante necessário para o pagamento dos encargos financeiros dos empréstimos recebidos.

III.3. O montante necessário para o pagamento da amortização dos empréstimos recebidos.

III.4. O montante necessário para o pagamento dos "royalties" às Altas partes contratantes, calculado no equivalente de seiscentos e cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América por gigawatt-hora gerado e medido na central elétrica. Esse montante não poderá ser inferior, anualmente, a dezoito milhões de dólares dos Estados Unidos da América, à razão da metade para cada Alta Parte Contratante. O pagamento dos "royalties" se realizará mensalmente, na moeda disponível pela ITAIPU.

III.5. O montante necessário para o pagamento, à ELETROBRÁS e à ANDE, em partes iguais, a título de ressarcimento de encargos de administração e supervisão relacionados com a ITAIPU, calculados no equivalente de cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América por gigawatt-horas gerado e medido na central elétrica.

III.6. O montante necessário para cobrir as despesas de exploração.

III.7. O montante do saldo, positivo ou negativo, da conta de exploração do exercício anterior.

III.8. O montante necessário à remuneração a uma das Altas Partes Contratantes, equivalente a trezentos dólares dos Estados Unidos da América, por gigawatt-hora cedido à outra Alta Parte Contratante. Esta remuneração se realizará mensalmente na moeda disponível pela ITAIPU.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Veja-se, nesse cenário, que a TEO – Tarifa de energia de Otimização é utilizada pela CCEE para fins de contabilização mensal da energia cedida por cada usina participante do MRE, donde se inclui, como visto, a UHE Itaipu, tomando por base os custos decorrentes da geração que se dá acima da “garantia física”.

Ocorre que, conforme já anotado acima, por força do Tratado Internacional celebrado entre Brasil e Paraguai, são imputados à UHE Itaipu custos específicos que não são divididos entre as demais geradoras.

Assim, a lógica diferenciada da TEO Itaipu, como exaustivamente demonstrado nos autos, é possibilitar que uma usina sempre superavitária não acabe sempre tendo prejuízo ao realocar sua energia excedente por conta de um pacto entre duas nações soberanas.

Na lógica inversa, portanto, afastar a TEO Itaipu com fundamento na isonomia acaba por gerar o afastamento de um tratado internacional do qual o Brasil é signatário mediante mecanismo diverso daquele que é previsto em seu texto, qual seja, o da revisão.

Já por esse fundamento é que, assim, tem-se por manifesta a ligação da União, como representante da República Federativa do Brasil no cenário externo, com o processo em tela, dada a natureza jurídica controvertida nesses autos.

Além disso, tem-se que, por intermédio das Informações nº 00118/2023/CONJUR-MM/CGU/AAGU, a Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia (MME) esclarece que, acaso mantida a anulação da Resolução Normativa ANEEL nº 329/2009 (acoimada de ilegal nesta ação), o potencial impacto tarifário de eventual subsistência dos efeitos do acórdão embargado é da ordem de **R\$3,7 bilhões, com repercussões técnicas e sistêmicas, notadamente aos consumidores de energia elétrica de pequeno porte**, “os quais estão conectados nas distribuidoras e arcarão com possíveis custos envolvidos em suas tarifas de energia elétrica”.

Neste ponto, vale trazer à colação excerto da Nota Técnica nº 5/2023/CGCE/DGSE/SEE, da Secretaria de Energia Elétrica do MME:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

4.4. Assim, observa-se que **a TEO de Itaipu impacta o mercado de energia elétrica como um todo, afetando agentes hidrelétricos, consumidores de energia elétrica do ambiente regulado (pequenos consumidores de energia elétrica)**, sendo que estes acabam arcando com os riscos hidrológicos associados à geração de ITAIPU, pois tais riscos serão assumidos pelas concessionárias de distribuição na proporção do montante de energia elétrica alocado a cada concessionária e a projeção desse resultado, para cada ano civil, deverá ser considerada pela ANEEL na definição dos valores das bandeiras tarifárias.

4.5. Cabe ressaltar, **caso sobrevenha invalidação judicial da Resolução Normativa ANEEL nº 392 de 2009, ocorrerá um verdadeiro tumulto setorial na operacionalização do disposto na Lei nº 13.203, de 2015, alterada pela Lei nº 14.052, de 2020, que definiu os parâmetros legais para a solução do *Generation Scaling Factor* - GSF².** (destacou-se)

Já a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica CCEE, por meio do expediente CT/CCEE 05014/2023, de 04 de abril de 2023, ao tratar dos impactos que o afastamento da TEO Itaipu poderá causar em relação ao GSF, inclusive com efeitos pretéritos em relação aos acordos administrativos já firmados (a partir da edição da Lei nº 14.052, de 2020), consigna que:

24. A Lei nº 14.052/2020 estabeleceu novas condições para tratamento da discussão em torno do risco hidrológico de geração de energia elétrica, por meio do direito à extensão de outorga em até 7 anos para aos agentes que aderissem à solução legislativa, condicionada ao pagamento do seu passivo relacionado ao GSF, bem como à desistência e renúncia das ações judiciais que discutam o tema.

25. Vale destacar que **o cálculo do período de extensão da outorga das usinas foi feito pela CCEE considerando o valor do PLD, de modo que, se o PLD esteve no piso em algum momento entre março/2012 e dezembro/2020, o período de extensão das outorgas, caso calculado com base no novo PLD mínimo, poderia ser afetado.**

² O *Generation Scaling Factor* – GSF demonstra a proporção entre a energia hidráulica gerada pelo conjunto de usinas participantes do MRE e a garantia física total do sistema. Assim, valores de GSF inferiores a 100% significam que o conjunto de todas as usinas do MRE não conseguiu, naquele momento, gerar energia em montante equivalente à sua garantia física. Nesse cenário, o MRE fica deficitário e, portanto, incapaz de suprir todos os déficits de geração das usinas hidráulicas.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

26. Por fim, ressalta-se que **reprocessar o mecanismo significaria dizer que todas as usinas que tiveram as suas outorgas estendidas poderiam ter esse período alterado e potencialmente reduzido, sendo que referidos prazos já foram homologados pela ANEEL e anuídos pelos geradores que aderiram à solução legislativa, desembolsando aproximadamente R\$ 9 bilhões de reais no MCP, de modo que, rever o mecanismo não corresponde a efeito automático de alteração do PLD mínimo e dependeria de avaliações e diretrizes por parte da Agência Reguladora, o que, em última análise, poderia acarretar em nova onda de judicialização em torno do tema.** (destacou-se)

Constata-se, assim, que o processo em tela, no limite, além de afastar obrigações assumidas pelo Brasil no cenário externo por força de um tratado internacional, ainda produz **risco de grave lesão em relação à órbita jurídica da União**, o qual, inclusive, foi reconhecido pelo C. STJ no bojo da SLS 3258, que cuida dos impactos da desconsideração da TEO Itaipu para fins de cálculo do PLD mínimo.

No ponto, destaque-se o seguinte trecho da decisão proferida pela Exma. Min. Presidente:

Com efeito, o afastamento liminar das regras definidas pela agência reguladora sobre o cálculo do valor mínimo do Preço de Liquidação de Diferenças do Mercado de Curto Prazo, à primeira vista, implica interferência nas regras do setor elétrico, trazendo tratamento anti-isonômico em prejuízo dos demais agentes não integrantes da ação judicial. Com isso, precariamente, posto que ainda não há decisão judicial definitiva, resta comprometida a estabilidade de um mercado regulado e sensível, de forma a causar incerteza e insegurança jurídica quanto às regras e procedimentos definidos pelo ente regulador.

(...)

Na mesma linha de raciocínio, este Tribunal Superior já decidiu que decisões judiciais de natureza liminar/cautelar que alterem "a alocação de custos entre os agentes, em violação da legislação infraconstitucional que determina à ANEEL a regulação da comercialização da energia elétrica, prejudica o funcionamento do mercado de curto prazo (...) uma vez que não traz benefício sistêmico para os agentes nem para o mercado, infringindo toda a autonomia legal-administrativa da ANEEL na regulação do tema em questão" (AgInt na SS n. 3.301/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 17/11/2021). De igual sentido: AgInt na SS n. 3.295/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

22/6/2021, DJe de 25/6/2021. Pelo exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 1004995-68.2023.4.01.0000 até o trânsito em julgado da ação originária.

Veja-se que referida decisão reconheceu o impacto do afastamento da TEO Itaipu em relação a uma única geradora como fato que *compromete a estabilidade de um mercado regulado e sensível, de forma a causar incerteza e insegurança jurídica.*

Que se pode dizer, então, quanto a um processo que pleiteia a própria descon sideração da situação da UHE Itaipu não obstante sua importância no mercado de energia e sua disciplina em tratado internacional?

No limite, portanto, inegável o quanto o processo em comento afeta a esfera da República Federativa do Brasil, possuindo natureza jurídica controvertida que de todo justificaria a presença da União no feito desde sua origem, diante da flagrante qualidade de necessário do litisconsórcio passivo que deveria ter se formado, nos termos do artigo 114 do CPC.

Não tendo a União integrado a lide, enfim, tem-se que é nulo o julgamento realizado, conforme entendimento do C.STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. CITAÇÃO DO CÔNJUGE. NECESSIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. PREJUÍZO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 o fato de o Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados pelo recorrente, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

2. A ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do acórdão estadual atrai, por analogia, o óbice da Súmula 283 do STF.

3. Segundo o entendimento do STJ, "o litisconsórcio necessário é regido por norma de ordem pública, cabendo ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a integração à lide do litisconsorte passivo" (AgInt no REsp 1.655.715/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe de 30/8/2018).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

4. Para verificar a existência de prejuízo na nulidade parcial do feito, desde a audiência de instrução e julgamento, e a necessidade de anulação desde o início do processo, seria necessária a análise do substrato fático-probatório dos autos, o que é inviável no recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 1.199.238/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 25/4/2023.)

Desse modo, conforme suscitado, em se tratando de **questão de ordem pública**, requer a União seja reconhecida sua qualidade de litisconsorte passiva necessária, declarando-se a nulidade do feito, com o retorno à origem.

IV - AD CAUTELAM. DOS OUTROS VÍCIOS EXISTENTES NO ACÓRDÃO EMBARGADO.

IV.1 - DA CONTRADIÇÃO EXISTENTE NO ACÓRDÃO EMBARGADO QUANTO À APLICAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (MATERIAL) INSCRITO NO ARTIGO 5º, “CAPUT”, DA CONSTITUIÇÃO. DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DO ANEXO “C”, DO DECRETO 72.707, DE 28 DE AGOSTO DE 1973, QUE PROMULGOU O TRATADO DE ITAIPU E ÀS NORMAS LEGAIS QUE TRATAM DA ORDEM DE MÉRITO DE CUSTO MARGINAL DE OPERAÇÃO (ARTIGO 13 DA LEI 9.648, DE 1998 E ARTIGO 1º, § 4º, DA LEI Nº 10.848, DE 2004).

Na linha de intelecção do voto vencedor do Acórdão embargado (ID211156025), à luz do artigo 22 do Decreto nº 4.655, de 1998, “o encargo aplicado em decorrência das transferências de energia entre usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), denominado Tarifa de Energia de Otimização (TEO), destina-se apenas à ‘cobertura dos custos incrementais incorridos na operação e manutenção das usinas hidrelétricas e pagamento da compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos’, não englobando, portanto, os riscos de natureza não hidrológica, que serão assumidos individualmente por cada usina, a teor do artigo 24 do mesmo Diploma Legal”.

Ainda nos termos do supracitado voto, conquanto seja inegável que o custo de geração de eletricidade pela binacional UHE Itaipu seja “bastante diferenciado das demais usinas”, tal fato, por si só, “não autoriza a transferência



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

desse custo às demais usinas hidrelétricas do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MRE por meio da TEO, que se destina apenas à cobertura dos custos incrementais incorridos na operação e manutenção das usinas hidrelétricas e pagamento da compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos”.

Conclui, nesse passo, que “a Resolução Normativa/ANEEL 392/2009, ao instituir uma TEO diferenciada para Itaipu extrapolou os ditames do artigo 22 do Decreto 2.655/1998, pois inseriu custos específicos da binacional não relacionados à operação, manutenção ou pagamento de compensação financeira pelo uso de recursos hídricos, os quais, inclusive, por força do Decreto 4.550/2002, estão inseridos na tarifa de repasse, recolhida pelos concessionários de energia elétrica, instituída com a finalidade de assegurar a viabilidade da comercialização de energia elétrica de Itaipu, mais cara do que a produzida pelas demais usinas hidrelétricas”.

Ainda segundo o voto vencedor, a criação de uma tarifa de otimização diferenciada acarreta um tratamento desigual entre as usinas participantes do MRE, pois o custo arcado por uma hidrelétrica que recebe energia excedente da UHE Itaipu é muito maior do que o suportado por aquela que toma energia de outra usina com características diversas da binacional.

Pois bem. De saída, para além da questão de ordem pública acima citada, impende denunciar a existência de contradição no Acórdão embargado quanto à aplicação do princípio da isonomia (material).

Com efeito, o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE foi instituído por meio do artigo 20, *caput*, do Decreto nº 2.655/1998, estando previsto também no artigo 19, inciso VIII, da Lei n. 10.848/2004, dos quais se infere que o objetivo do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE é o compartilhamento dos riscos hidrológicos entre as usinas hidrelétricas participantes

É curial ressaltar que não há previsão de que a ANEEL deva definir uma tarifa de otimização única para todas as hidrelétricas. Por isso, pode a agência reguladora fixar mais de uma tarifa de otimização, desde de que essa medida se destine à efetiva cobertura de tais custos.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Como visto, não há controvérsia de que os custos da produção de energia da Usina Hidrelétrica de Itaipu, usina participante do Mecanismo de Realocação de Energia, são superiores aos das demais usinas dos Sistema Interligado Nacional – SIN e, por consequência, remunerados pela tarifa de energia de otimização.

Isso porque a UHE de Itaipu se encontra vinculada ao Tratado de Itaipu, promulgado pelo Decreto nº 72.707, de 1973, o qual, em seu Anexo C, detalha os itens que devem necessariamente compor o custo da geração de energia elétrica pela referida usina (tais como os royalties pelo uso da água, cessão de energia pelo Paraguai³ e o ressarcimento de encargos de administração):

O custo do serviço de eletricidade será composto das seguintes parcelas anuais:

III.1. O montante necessário para o pagamento, às partes que constituem a ITAIPU, de rendimentos de doze por cento ao ano sobre sua participação no capital integralizado, de acordo com o Parágrafo 1º do Artigo III do Tratado e com o Artigo 6º do Estatuto (Anexo A).

III.2. O montante necessário para o pagamento dos encargos financeiros dos empréstimos recebidos.

III.3. O montante necessário para o pagamento da amortização dos empréstimos recebidos.

III.4. O montante necessário para o pagamento dos "royalties" às Altas partes contratantes, calculado no equivalente de seiscentos e cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América por gigawatt-hora gerado e medido na central elétrica. Esse montante não poderá ser inferior, anualmente, a dezoito milhões de dólares dos Estados Unidos da América, à razão da metade para cada Alta Parte Contratante. O pagamento dos "royalties" se realizará mensalmente, na moeda disponível pela ITAIPU.

III.5. O montante necessário para o pagamento, à ELETROBRÁS e à ANDE, em partes iguais, a título de ressarcimento de encargos de administração e supervisão relacionados com a ITAIPU, calculados no equivalente de cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América por gigawatt-horas gerado e medido na central elétrica.

III.6. O montante necessário para cobrir as despesas de exploração.

III.7. O montante do saldo, positivo ou negativo, da conta de exploração do exercício anterior.

³ O tratado de Itaipu prevê que metade da energia produzida pela usina é do Brasil e metade é do Paraguai. Como o Paraguai não utiliza toda a energia produzida, ele cede ao Brasil esta diferença. A energia cedida tem preço definido no Tratado.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

III.8. O montante necessário à remuneração a uma das Altas Partes Contratantes, equivalente a trezentos dólares dos Estados Unidos da América, por gigawatt-hora cedido à outra Alta Parte Contratante. Esta remuneração se realizará mensalmente na moeda disponível pela ITAIPU.

Releva notar que a tarifa de energia de otimização fixada para a UHE Itaipu não tem como finalidade conceder qualquer tipo de ganho financeiro no Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) aos consumidores que suportam os custos da usina. Ao contrário, trata-se de medida necessária para que a UHE Itaipu receba tratamento isonômico em relação àquele conferido à demais usinas, cedendo energia elétrica ao valor do seu custo de produção, sem ganhos ou perdas.

É cediço que, para verificar a correta aplicação do princípio da isonomia é necessário que se identifique, de um lado, qual elemento foi tomado como fator de diferenciação entre os indivíduos e, de outro, a existência de uma justificativa razoável que demonstre a plausibilidade do fator adotado.

Aqui, a contradição existente no voto vencedor, pois, embora reconheça textualmente que o custo de produção da energia elétrica da UHE Itaipu seja “bastante diferenciado das demais usinas”, sustenta que o “tratamento similar” previsto de forma expressa no § 1º do artigo 13 do Decreto 4.550, de 2002⁴ não autoriza a cobertura da TEO de Itaipu.

Todavia, caso não fosse definida uma tarifa de otimização específica para Itaipu, estar-se-ia conferindo tratamento privilegiado às usinas participantes do MRE em detrimento da UHE Itaipu, na medida em que esta, diferentemente daquelas, não teria assegurada a cobertura dos respectivos custos de produção de energia elétrica.

Vale dizer, se todas as usinas hidráulicas pertencentes ao Mecanismo de Realocação de Energia - MRE possuem seus custos variáveis de operação cobertos pela tarifa de otimização, para ter tratamento similar, é imprescindível que a UHE Itaipu também tenha seus custos cobertos por tal tarifa (inclusive, com a

⁴ Art. 13. Para fins de aplicação das regras e procedimentos de Comercialização de Energia, a usina de ITAIPU será considerada participante do MRE e a ELETROBRÁS, como Agente Comercializador de Energia de ITAIPU, será a titular das contabilizações efetivadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE decorrentes do MRE. (Redação dada pelo Decreto nº 26.265, de 2007)

§ 1º No MRE, a Usina de ITAIPU terá tratamento similar a qualquer geração hidráulica. (Redação dada pelo Decreto nº 5.287, de 2004)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

observância das cláusulas econômico-financeiras do Tratado celebrado entre o Brasil e o Paraguai). De outra forma, a UHE Itaipu produziria energia a um custo maior do que cede ao Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, diferentemente do que ocorre em relação às demais usinas.

Evidente, portanto, que o não reconhecimento de que a UHE Itaipu possui um custo de produção maior, além de configurar violação do princípio da igualdade material, desrespeita a ordem de mérito de custo para despachos pelo Operador Nacional do Sistema — ONS estatuída no artigo 1º, § 4º, inciso I, da Lei nº 10.848, de 2004:

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:

(...)

§ 4º Na operação do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão considerados:

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para o atendimento aos requisitos da carga, **considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas**; (destacou-se)

Se o Operador Nacional do Sistema — ONS considerar que todas as hidrelétricas possuem o mesmo custo, para ele tanto faz acionar Itaipu ou qualquer outra usina conectada ao Sistema Interligado Nacional - SIN, pois todas, em tese, possuiriam o mesmo custo. Ocorre que, restou sobejamente demonstrado - e reconhecido no Acórdão embargado - que a UHE Itaipu possui um custo maior em relação ao custo de produção de energia de outras usinas.

Tal fato não deve ser desprezado pelo Operador Nacional do Sistema — ONS, sob pena de violação da ordem de mérito de custo⁵ e não otimização dos recursos eletroenergéticos.

⁵ Conforme defendido pela ANEEL em sede de contestação, “para demonstrar a afirmação supramencionada, apresenta-se o seguinte cenário. Imagine-se que o Sistema Interligado Nacional - SIN está em uma conjuntura muito boa, com água abundante, suficiente para atender toda a demanda por energia elétrica sem acionar uma termelétrica sequer. A água é tanta que o Operador Nacional do Sistema - ONS terá que escolher algumas hidrelétricas para verter, ou seja, ainda que estas hidrelétricas possuam unidades geradoras para produção, elas não serão utilizadas, pois a demanda já está toda atendida e os reservatórios cheios. Neste exemplo, em relação a qual usina o Operador Nacional do Sistema - ONS determinará o vertimento e a não produção de energia elétrica? Ora, naquela que possui o maior custo variável de produção. A única que possui custo diferenciado e maior é Itaipu. Dessa forma, não merece prosperar a alegação de violação ao disposto no artigo 1º, § 4º, inciso I, da Lei nº 10.848/2004, dado que, como demonstrado, a observância da ordem de mérito de custo, ao contrário do



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Sendo certo que o despacho centralizado, a cargo do Operador Nacional do Sistema, segue uma ordem de “mínimo custo marginal de operação” até que a demanda seja plenamente atendida, desponta claro que a não validação da TEO Itaipu, **além de contrastar com o princípio da igualdade material (artigo 5º, “caput”, da Carta Magna), viola as regras constantes do artigo 13 da Lei nº 9.648, de 1988, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, bem assim o artigo 1º, § 4º, da lei por último citada, além, por óbvio, nega vigência às previsões do item III do Anexo C do Tratado de Itaipu, promulgado através do Decreto 72.707, de 1973,** razão pela qual se requer que essa Egrégia 8ª Turma de TRF1 se manifeste **expressamente** acerca das violações ora apontadas e, uma vez prequestionada a matéria, possibilite à União embargante o acesso às instâncias extraordinárias.

IV.2 - DA OMISSÃO QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E ADMINISTRATIVAS DA DECISÃO AOS AGENTES DO SETOR ELÉTRICO E CONSUMIDORES (ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB).

A análise da questão discutida nesta ação denota que a edição da Resolução Normativa ANEEL nº 392, de 2009 se deu em consonância com o preconizado na Lei nº 9.427, de 1996, que atribui claramente ao órgão regulador a competência de fixar a Tarifa de Energia de Otimização - TEO, observando como diretriz a necessidade de compensação pelos custos atribuíveis à entrega de energia para além da garantia física do empreendimento.

Conforme bem anotado pela ANEEL em seus embargos de declaração de ID 3377896144, há omissão no acórdão embargado, na medida em que não procedeu à devida análise desse relevante argumento deduzido pela agência reguladora ré, consistente na sua inequívoca competência legal para a edição do ato atacado pela apelante, a Resolução Normativa ANEEL nº 392, de 2009, posteriormente sucedida pela Resolução Normativa ANEEL nº 858, de 2019 e, mais recentemente, pela Resolução Normativa ANEEL nº 1.032, de 2022.

que afirma a Autora, encontra-se atrelada ao reconhecimento de que o custo de produção de energia pela UHE Itaipu é inferior em relação ao custo de produção de energia de outras usinas”.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Repise-se, por fundamental, que **a sistemática de fixação da TEO Itaipu e do cálculo do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD – Mínimo) prevista no ato infralegal atacado se encontra vigente há mais de 13 (treze) anos**, já que, quanto ao ponto, não houve inovação regulatória por parte da ANEEL nas resoluções subsequentes expedidas pela agência, tratando-se, desse modo, de **norma regulatória com estabilidade de aplicação nas relações multilaterais do Mercado de Curto Prazo (MCP) de energia elétrica.**

Daí emergem outras omissões do acórdão embargado.

Veja-se que, ao inferir que a composição da TEO Itaipu pela ANEEL extrapolou o poder regulamentar, incluindo custos estranhos à operação e manutenção das usinas e à compensação financeira pelo uso de recursos hídricos, o voto vencedor do acórdão embargado também olvidou do disposto n.º 3º do artigo 57 do Decreto 5.163/2004⁶, que dispõe sobre o valor mínimo do PLD (Preço de Liquidação das Diferenças).

Note-se que, além de violar a dinâmica regulatória, **o acórdão ora embargado, com a devida vênia, ignorou por completo o comando do artigo 21, da LINDB, na medida em que não indicou as consequências práticas (judiciais e administrativas) da invalidade da norma regulatória que prevê a forma de cálculo do PLD Mínimo supramencionada.**

Havendo decisão que interfira nas normas regulamentares, compete ao Julgador posicionar-se também quanto às **consequências práticas que decorrem desse ato de interferência.** Na hipótese, frise-se novamente, **a decisão atacada interferiu no arcabouço regulatório vigente desde o ano de 2009!**

No caso, eventual subsistência do acórdão atacado ocasionará consequências jurídicas e administrativas ali não previstas, notadamente no Mercado de Curto Prazo (MCP), com reflexos no patrimônio jurídico e econômico de terceiros.

⁶ Decreto n.º 5.163, de 2004:

Art. 57. A contabilização e a liquidação no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD.

(...)

§ 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. (destacou-se)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Abre-se aqui um parêntese para consignar que o MCP é um mercado **multilateral** e de **soma zero**, de tal forma que qualquer decisão que isente um devedor do pagamento de créditos, automaticamente resulta em que o grupo de credores não receba a totalidade de seus créditos. Assim, os agentes que serão diretamente afetados pela decisão, certamente adotarão medidas protetivas contra as consequências jurídicas e administrativas que deveriam – mas não foram – indicadas de modo expreso pela decisão embargada.

Especificamente quanto à UHE Itaipu, o acolhimento da tese da apelante representará uma indevida perda de receita para a usina, em caráter retroativo, da ordem de menos **R\$ 3,7 bilhões** (valores atualizados monetariamente ao IPCA de março/2022).

Não se pode descurar, outrossim, do **efeito multiplicador** dessas demandas, que certamente resultará na exposição do MCP, com consequentes impactos tarifários negativos aos consumidores cativos que adquirem energia da UHE de Itaipu, como inclusive já foi reconhecido pelo STJ em apenas um dos casos relativos ao cálculo do PLD Mínimo a partir da TEO Itaipu no bojo da SLS 3258 (decisão anexa).

Haverá, ainda, conforme enfatizado pela ANEEL nestes autos, **tumulto setorial**, pois eventual cumprimento do acórdão hostilizado interferirá na operacionalização do disposto na Lei nº 13.203, de 2015, alterada pela Lei nº 14.052, de 2020, que definiu os parâmetros legais para a solução do *Generation Scaling Factor – GSF*.

Portanto, é preciso levar em conta **o dano sistêmico para o Setor Elétrico** que está presente neste processo, a partir de uma **ótica consequencialista**, na linha do que preceituam os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), incluídos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, *verbis*:

Art. 20. **Nas esferas** administrativa, controladora e **judicial**, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

Art. 21. **A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.**

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (destacou-se)

Assim, acusa-se **omissão da decisão quanto à necessidade de se esclarecer quais as consequências jurídicas e administrativas que deverão ser suportadas pelos demais agentes do setor elétrico e pelos consumidores em face da determinação de retirada da TEO/Itaipu da composição do PLD.**

IV.3 - QUESTÃO PROCESSUAL SUBSIDIÁRIA - RELAÇÃO DE REPRESENTADOS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FILIAÇÃO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 2º-A, DA LEI Nº 9.494, 1997 - LIMITES DA TUTELA TRANSINDIVIDUAL - MATÉRIA COGNOSCÍVEL A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO - OMISSÃO.

Por fim e apenas por extrema cautela, há ainda aspecto processual que merece ser observado.

Por intermédio da Decisão de ID 173726038, o Desembargador Federal MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, na condição de relator deste caso, amparado no quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 573.232/SC, considerando que a autora havia acostado aos autos apenas Ata da Assembleia Geral Extraordinária autorizando o ajuizamento da ação, determinou que a entidade apresentasse a “lista de seus associados”, o que restou atendido pela demandante em ID 192347560.

Por força do sobredito julgado, a Suprema Corte afastou a orientação de que a simples previsão no Estatuto da entidade de classe conferiria a todos os seus filiados a legitimidade para a execução do título executivo, estabelecendo que o ajuizamento de ações coletivas por associações seria viabilizado por autorizações



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

individuais específicas ou por ata de assembleia, com vistas a evitar que futuros filiados pudessem ser beneficiados por demanda já em curso.

Assim, no caso concreto, conquanto possível a juntada da lista de associados na atualidade (vale dizer, após a prolação da sentença), tem-se que o rol respectivo somente deve contemplar pessoas que já eram associadas da parte autora ao tempo da propositura da ação, na medida em que quem não era associado não poderia nem em tese autorizar expressamente a propositura da demanda.

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

Além disso, em se tratando de ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil, os efeitos da coisa julgada em relação aos substituídos são regulados pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, segundo o qual os efeitos da coisa julgada abrangem unicamente os substituídos que, na data da propositura da ação, tivessem domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Consigne-se que, no julgamento do RE 612.043/PR, também em sede de repercussão geral, o STF firmou a tese de que afirma, com maior clareza, que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada no âmbito de ação coletiva, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente atinge os filiados, residentes no território da jurisdição do órgão julgador, em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à petição inicial do processo de conhecimento.

Assim, conquanto a União confie no não acolhimento da pretensão inicial, “ad cautelam”, com vistas a afastar eventual alegação de preclusão, aponta omissão do julgado quanto aos limites subjetivos da tutela transindividual.

V - DO PEDIDO.

À vista de todo o exposto, a União requer que essa C. Turma Recursal se digne de conhecer dos presentes **embargos declaratórios** para que, **dando-lhes**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO

provimento, reconheça a questão de ordem pública suscitada, declarando a nulidade do feito em virtude do litisconsórcio passivo necessário que não foi observado, nos termos do artigo 114 do CPC, com o retorno dos autos à origem.

Ademais, requer sejam eliminadas as omissões e contradições que inquinam o acórdão de ID 328727641 e, se for o caso, atribua efeitos infringentes ao recurso, a fim de que seja rejeitada totalmente a pretensão deduzida na petição inicial.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 21 de agosto de 2023.

(documento assinado eletronicamente)
Hitalla Mayara Pereira de Vasconcelos
Advogada da União

(documento assinado eletronicamente)
Pedro Humberto de Carvalho Vieira
Advogado da União