

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 24.781 DISTRITO FEDERAL

REGISTRADO : **MINISTRO PRESIDENTE**
RECLTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GERACAO DE
ENERGIA LIMPA - ABRAGEL
ADV.(A/S) : JOSÉ PAULO SEPULVEDA PERTENCE E
OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA -
ANEEL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa – Abragel contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da Suspensão de Liminar 2.162/DF, que teria usurpado a competência desta Corte para a análise do pedido.

Consta dos autos que as associadas da reclamante “são titulares de outorga para exploração de aproveitamentos hidráulicos, nos termos dos artigos 20, VIII, 21, XII, ‘b’ e 176, § 1º, da Constituição Federal, o que envolve a assunção dos chamados riscos hidrológicos no âmbito do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE” (pág. 7-8 do documento eletrônico 1).

Esclarece, então, que, visando a “preservação do equilíbrio econômico das relações do Poder Público com os particulares”, suas associadas ajuizaram a Ação Ordinária 0036564-70.2015.4.01.3400, em trâmite na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, cujo pedido liminar foi indeferido.

Ante o indeferimento do pedido liminar na origem, interpôs o Agravo de Instrumento 0040760-98.2015.4.01.0000/DF, provendo-se o

RCL 24781 MC / DF

pedido para antecipar os efeitos da tutela perseguida na petição inicial para limitar *“até 5% a redução das garantias físicas (ou energias asseguradas) das pequenas centrais hidrelétricas associadas da ABRAGEL decorrentes da aplicação do Fator de Ajuste do MRE (GSF), até julgamento do agravo de instrumento pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região”* (pág. 8-9 do documento eletrônico 1).

Contra essa decisão a ANEEL requereu à Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça pedido de suspensão de liminar, o qual foi deferido, sendo este o ato ora reclamado.

Sustenta, assim, que

“[a] decisão objeto desta reclamação usurpou competência da Suprema Corte ao deferir o pedido de contracautela formulado pela ANEEL e suspender, com efeitos retroativos, medida liminar que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedera há um ano, da qual eram beneficiárias as associadas da ora reclamante, que as representa em juízo” (pág. 2 do documento eletrônico 1).

Destaca, nesse sentido, que

“a ANEEL e a UNIÃO reconhecem expressamente o fundo constitucional da discussão, afirmando em suas contestações, de modo idêntico, que a demanda envolve, conforme postulado na inicial, ‘o direito à segurança jurídica ao equilíbrio econômico-financeiro previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal’” (pág. 5 do documento eletrônico 1).

Adentra, então, na questão de mérito, ressaltando que

“o Fator de Ajuste do MRE, ou simplesmente GSF (acrônimo da expressão inglesa generating scaling fator) é o índice de cálculo do “preço” assumido pelos geradores hidrelétricos, relativo à falta de chuvas (risco hidrológico). Esse risco é compartilhado pelos

RCL 24781 MC / DF

empreendimentos de geração de energia hidrelétrica numa espécie de condomínio, o chamado Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)” (pág. 9 do documento eletrônico 1).

Aponta, então, que

“[o] cálculo perverso elevava o GSF e impunha às hidrelétricas prejuízos financeiros a partir da redução mensal das respectivas garantias físicas – isto é, o porte comercial dos empreendimentos de geração – no âmbito dos processos de contabilização e liquidação financeira do mercado de curto prazo, e, pior: em patamares superiores aos legalmente permitidos” (pág. 9 do documento eletrônico 1).

Indica, também, que as intervenções políticas inferiram no fator de ajuste, *“causando desequilíbrio econômico-financeiro no setor de geração de energia hidrelétrica, razão pela qual os ônus daí decorrentes não poderiam ser impostos aos associados da reclamante participantes do MRE” (pág. 11 do documento eletrônico 1).*

Informa que seus associados ajuizaram a ação de origem buscando *“suportar apenas e tão somente os custos relativos à falta de chuvas (e não custos/riscos de natureza política)” (pág. 12 do documento eletrônico 1).*

Esclarece, ademais, que,

“[a]lém das manifestações do TCU, tem-se que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo reconheceu que a operação do sistema elétrico estava em desequilíbrio, propondo uma solução (‘incompleta’) para a grave crise estrutural que estava em vias de inviabilizar a geração hidrelétrica, conforme consta na Medida Provisória 688/2015, posteriormente convertida na Lei 13.203/2015” (pág. 13 do documento eletrônico 1).

Alega, ante tal cenário, que

RCL 24781 MC / DF

“os custos associados às intervenções políticas malsucedidas – que desequilibraram o planejamento e a operação do setor elétrico – não podem ser embutidos no conceito de risco hidrológico, razão pela qual os geradores hidrelétricos do MRE não podem ser responsabilizados por tais cobranças, tal como pretendem a União e, especialmente, a ANEEL” (pág. 14 do documento eletrônico 1).

Aduz, assim, que,

“[p]or vislumbrar onerosidade excessiva imposta aos empreendimentos de geração, o Desembargador Federal Souza Prudente deferiu liminar para ‘limitar a aplicação do Fator GSF sobre as AHE explorados pelas autoras, considerando a redução máxima das respectivas Garantias Físicas em 5% (cinco por cento)’, isto é, para controlar o nocivo Fator de Ajuste e evitar o colapso econômico-financeiro dos geradores hidrelétricos” (pág. 15 do documento eletrônico 1).

Ressalta, em seguida, que *“a decisão liminar obtida em favor dos associados da ABRAGEL protegia, em princípio, 100 usinas, que representavam aproximadamente 6,5% do total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE” (pág. 18 do documento eletrônico 1).*

Acrescenta, nessa linha, que

“a repercussão econômica da liminar é insignificante para o mercado de energia, porque a decisão protege apenas as Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs que não aderiram à proposta de repactuação do risco hidrológico prevista na Lei 13.203/2015, e, portanto, não desistiram da demanda nem renunciaram aos direitos sustentados em juízo, como foi feito por boa parte dos geradores que ingressaram com a demanda originária” (pág. 19 do documento eletrônico 1).

Argumenta, em relação ao pedido de suspensão, que *“a ausência*

RCL 24781 MC / DF

absoluta de provas do suposto prejuízo à ordem econômica já impõe o indeferimento do pedido de contracautela” (pág. 23 do documento eletrônico 1).

Além disso, destaca ser *“evidente que não há qualquer risco de grave lesão, muito menos de lesão iminente e atual, na preservação da liminar suspensa pela decisão reclamada, concedida no dia 31.7.2015, isto é, há praticamente um ano”,* razão pela qual entende haver risco de dano inverso (grifos no original; pág. 27 do documento eletrônico 1).

Quanto ao *periculum in mora*, alega a proximidade da liquidação dos valores devidos pelas associadas, indicando que *“a falta de pagamento da liquidação financeira também sujeita o inadimplente ao pagamento de multas”* (pág. 30 do documento eletrônico 1).

Por todas essas razões, pugna pelo deferimento de liminar para suspender os efeitos da SL 2.162/DF, em trâmite perante o STJ.

Em 27/7/2016, solicitei informações ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça (documento eletrônico 35), que foram devidamente prestadas (documentos eletrônico 51).

Por meio da Petição STF 41.858/2016 a reclamante renovou os argumentos e requereu a análise prioritária do feito (documento eletrônico 38).

É o relatório necessário.

Decido.

Examinados os autos, nesta análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que a pretensão merece acolhida.

RCL 24781 MC / DF

Com efeito, dispõe o art. 25 da Lei 8.038/1990, *in verbis*:

“Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal” (grifei).

Pela leitura do citado dispositivo, *a contrario sensu*, não pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer de pedido de suspensões se a matéria em debate tiver fundamento constitucional.

Isso porque, estando a matéria em debate inserida na Constituição Federal, a competência para analisar é desta Suprema Corte.

No caso em exame, a decisão proferida pela Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça parece-me ter utilizado de fundamento constitucional para o deferimento da contracautela, atraindo-se, assim, a competência desta Corte para examinar o pedido.

Confira-se, a propósito, a fundamentação da decisão impugnada:

“Assim sendo, resta configurada lesão à ordem pública, que resulta da circunstância de que o Poder Judiciário não pode, como na espécie, imiscuir-se na seara Administrativa para, substituindo-se ao órgão regulador competente, em sede de liminar, alterar as regras de um setor altamente marcado por rigorosos critérios técnicos, devendo ser prestigiada a presunção de legalidade do ato administrativo” (grifei).

Como se observa, a decisão estaria calcada numa suposta violação

RCL 24781 MC / DF

do princípio da separação de poderes. Corroborando, ainda, essa conclusão a análise prefacial da petição inicial do pedido de suspensão, que demonstra, à primeira vista, estar embasada em fundamentos constitucionais. Confira-se:

“4.4. Da violação à separação dos poderes pela decisão objeto do pedido de suspensão de liminar.

67. *Acerca da atividade de energia elétrica, a Constituição da República assim dispõe:*

‘Art. 21 Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;’

68. *A Carta Magna reforça, ainda, no art. 175, que a prestação do serviço público incumbe ao Poder Concedente, a exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica é competência administrativa exclusiva do Poder Executivo da União, que caso julgue conveniente pode concedê-lo a um delegatário.*

(...)

77. *Não se desconhece o controle judiciário dos atos administrativos. Nem tampouco se pretende negar acesso ao judiciário, o que se busca é resguardar a harmonia entre os Poderes, consagrada no art. 2º da Carta Magna.*

78. *Outrossim, repita-se, os atos administrativos regulatórios emanados da ANEEL seguem os ditames ínsitos aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, cabendo apenas aduzir que o fundamento encontra guarida na jurisprudência predominante da Suprema Corte, que assentou que a verificação do mérito administrativo, muito mais quando este envolve assunto eminentemente técnico, é da alçada do Executivo, sob controle do Congresso Nacional, não cabendo ao Poder Judiciário sobre eles se manifestar.*

79. *A discricionariedade administrativa é um corolário do princípio da separação dos Poderes. Assim, se o Legislador entendeu conceder certa margem de liberdade de ação à Administração Pública,*

RCL 24781 MC / DF

não cabe ao Poder Judiciário, em nome do controle dessa atividade discricionária, exigir dela, dentre as várias legalmente possíveis, uma específica conduta, sob pena de o Poder Judiciário imiscuir-se de forma indevida no Poder Executivo” (grifos no original; pág. 22-25 do documento eletrônico 3).

Presente, portanto, o fundamento da fumaça do bom direito. Quanto ao perigo da demora, entendo, em uma análise perfunctória dos fatos, que também se faz presente ante o risco de agravamento do desequilíbrio econômico-financeiro apontando.

Isso posto, defiro a liminar para suspender a decisão proferida pelo STJ.

Comunique-se com urgência.

Após, ouça-se a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 10 de agosto de 2016.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Presidente