



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE
REQUERENTE : AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL
PROCURADOR : VLADIMIR FELIX CANTANHEDE
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI
REQUERIDO : JUIZO FEDERAL DA 5A VARA - RO
AUTOR : ENERGIA SUSTENTAVEL DO BRASIL S/A - ESBR
ADVOGADO : GIUSEPPE GIAMUNDO NETO
ADVOGADO : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADVOGADO : PHILIPPE AMBROSIO CASTRO E SILVA

DECISÃO

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão da execução da sentença prolatada pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, nos autos da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100/RO, em 13/05/2015, e na Cautelar de Produção Antecipada de Provas 009500-90.2013.4.01.4100/RO.

Consta dos autos que Energia Sustentável do Brasil S/A ajuizou ação ordinária em desfavor da ANEEL, visando afastar as sanções aplicadas pela ré pelo atraso no cronograma de implantação da Usina Hidrelétrica – UHE Jirau. Tal ação foi distribuída por dependência à ação cautelar de produção antecipada de provas c/c cautelar inominada n. 9500-90.2013.4.01.4100/RO onde a autora requereu prova pericial no intuito de demonstrar que o atraso se deu em razão de movimentos grevistas e sociais ocorridos em 2011 e 2012, que resultaram na destruição de parte do canteiro de obras da usina, com a consequente paralisação da construção da usina e desmobilização de trabalhadores e equipamentos. Alegou, ainda, retenções ilegais efetuadas pelo Fisco e a morosidade no desembaraço aduaneiro de equipamentos destinados a obras.



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

Após o traslado da prova pericial produzida na ação cautelar, a ação ordinária foi sentenciada, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela concedida, e os pedidos formulados foram julgados procedentes, nos seguintes termos:

Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100/RO (fls. 71/98):

(...)

Nesse contexto, diante dos fatos apurados (documentos e perícia), vislumbro plausibilidade no acatamento do pleito inicial, visto que a ESBR enfrentou eventos imprevisíveis, a qual não deu causa, que a impossibilitou de cumprir a conclusão das obras e dar início a operação à teração de energia.

Face ao exposto, confirmo a liminar de fls. 215/220 e JULGO PROCEDENTE o pedido formulado:

a) RECONHEÇO as causas excludentes de responsabilidade pelos atrasos no cronograma das obras da UHE Jirau, oriundas dos reflexos diretos e indiretos dos eventos danosos ocorridos em 2011 e 2012 no canteiro de obras da usina e também de movimentos sociais, bem como daquelas decorrentes dos atos de Poder Público que resultaram em atrasos por conta de retenções ilegais efetuadas pelo fisco e da morosidade no desembaraço aduaneiro de equipamentos destinados às obras;

b) DETERMINO à requerida ANEEL a rever o cronograma das obras da UHE Jirau para adequá-lo aos 535 dias de atraso (constatado no laudo pericial), decorrentes dos eventos de força maior/caso fortuito e de atos do Poder Público;

c) DECLARO inexigíveis quaisquer obrigações penalidades e custos impostos à requerente por conta dos atrasos oriundos dos eventos constantes na alínea “a”, reconhecidos como causas excludentes de responsabilidade;

d) ANULO o despacho n. 1.732/2013, bem como quanto a eventual decisão que vier a confirmá-lo, e

Com base no art. 461, §4º, do Código de Processo Civil (Poder Geral de Cautela) visando assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento, DETERMINO que a requerida cumpra imediatamente os itens “b” e “c” do dispositivo desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

(...)

Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas 009500-90.2013.4.01.4100/RO (fls. 100/105):

(...)

Ante o exposto, CONFIRMO as decisões de fls. 3.338/3.343 e 3.696/3.699 e JULGO PROCEDENTE a pretensão inicial para HOMOLOGAR a prova pericial realizada nestes autos, o qual faz parte integrante dos anexos I a V destes autos (fl. 3.618), e MANTENHO híidas as determinações à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que: - se abstenha de aplicar quaisquer sanções à requerente pelo atraso na geração de energia e, por consequência, de demandar que a requerente arque com tarifas de



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

uso do sistema de transmissão no tocante à energia cuja geração está em atraso segundo o cronograma vigente, até o julgamento do mérito da ação principal; - que comunique à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE a suspensão da exigência, em relação à requerente, do registro dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras (turbinas), conforme razões acima expendidas quanto ao atraso no cronograma.

EXTINGO o processo com resolução de mérito, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a requerida ao pagamento das custas em reembolso e honorários advocatícios, no valor de R\$ 2.000, 00 (dois mil reais), a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Traslade-se o laudo pericial, bem como cópia desta sentença, e cópias das manifestações quanto à perícia, para os autos da Ação Ordinária n. 10426-71.2013.4.01.4100.

(...)

Após notícia de **descumprimento da decisão liminar**, o magistrado proferiu nova decisão, em 19/08/2015, nos autos da mencionada ação ordinária, nos seguintes termos (f. 114/117):

(...)

Com essas considerações, acolho integralmente as ponderações da autora, reconhecendo o descumprimento da decisão liminar de fls. 215/220, dos itens “b” e “c” da sentença de fls. 691/694 e da decisão de fls. 824/827 pela ANEEL.

Em consequência, determino à requerida ANEEL que cumpra estritamente os comandos judiciais em vigor e para que esta também determine à CCEE que:

a) Cumpra os comandos da decisão liminar de fls. 215/220 e dos itens “b” e “c” da sentença de fls. 612/640 e, conseqüentemente, revise imediatamente o cronograma das obras da UHE Jirau constante do inciso XIV, da subcláusula primeira da cláusula sétima do contrato de Concessão n. 002/2008) (fls. 106/129), para acrescentar os 535 dias apurados pela perícia sobre as datas do início de geração de cada Unidade Geradora estabelecidas no Contrato de Concessão — e, no caso específico das Unidades Geradoras 28 a 33, sobre as datas estabelecidas no Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que promoveu a expansão da UHE Jirau — e não sobre as datas previstas no cronograma interno da Requerente ESBR, de março de 2011, respeitando-se os comandos da decisão proferida em 09/02/2015 nos autos da Ação Cautelar n. 9500-90.2013.4.01.4100 (fls. 3696/3699);

b) se abstenha de exigir da Requerente ESBR o registro de montantes de energia com base no acréscimo dos 535 dias apurados pela perícia sobre as datas de início de geração previstas no cronograma interno de março de 2011 da Requerente ESBR e, sim, com base no acréscimo dos 535 dias sobre as datas previstas no cronograma original do Contrato de Concessão;

c) reverta a(s) liquidação(ções) promovida(s) em desatendimento ao item “a” anterior e sejam excluídos os débitos inscritos em face da Requerente



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

ESBR por conta da incorreta aplicação sobre o cronograma interno de 01/03/2011, posto que declaro inexigíveis quaisquer obrigações, penalidades e custos decorrentes daquela aplicação incorreta dos dias de atraso sobre o cronograma interno em vez do cronograma original do Contrato de Concessão;

d) ainda, nos termos da decisão que reconheceu em uma oportunidade anterior o descumprimento da decisão liminar (fls. 810/813), proferida em 09/02/2015 nos autos da Ação Cautelar n. 9500-90.2013.4.01.4100 preparatória deste processo (fls.3696/3699), deverá a ANEEL determinar à CCEE que, a partir de novembro de 2014 — quando a Requerente ESBR recuperou o atraso até então existente em relação aos seus compromissos nos CCEARs do leilão A-5 —, limite o registro mensal de tais CCEARs ao volume anual originalmente contratado e sazonalizado conforme o perfil de motorização do empreendimento originalmente estabelecido no Contrato de Concessão; e

e) se abstenha de aplicar sanções à Requerente ESBR, cancelando imediatamente o procedimento de desligamento da autora do rol de agentes atuantes na CCEE.

Em relação à aplicação da multa, indefiro, por ora, os pedidos indicados nos itens “a” e “b” do parágrafo 81 da petição de fls. 952/972, deixando evidente que somente aplicarei tais sanções pecuniárias caso ocorra novo descumprimento. Portanto, em caso de novo descumprimento, caracterizada a recalcitrância da Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, remeta-se cópia destes autos ao Ministério Público Federal, independentemente de nova conclusão para responsabilização por crime de desobediência e para apuração de eventual crime de prevaricação por parte do agente público que estiver dando causa ao descumprimento da decisão judicial, sem prejuízo de ser-lhe imputada multa pessoal em virtude de ato atentatório ao exercício da jurisdição, conforme preceitua o art. 14, V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação das sanções pecuniárias já estabelecidas nas decisões anteriores.

Ciente do agravo retido apresentado pela ANEEL às fls. 100/1013, considero-o prejudicado em razão da presente decisão. Até porque, entendo que o caso seria de coibir quaisquer medidas de caráter sancionatório e não apenas àquelas de caráter irreversível como restou amparada na decisão de fls. 824/827. Com efeito, mais uma vez, reafirma o entendimento que não somente estava na iminência do descumprimento da decisão judicial, como de fato houve a inobservância dos comandos da sentença pela ANEEL para o estabelecimento do marco referencial para a contabilização dos 535 (quinhentos e trinta e cinco) dias de atraso, a partir do contrato de concessão, e a aplicação de medidas sancionatória pela CCEE em desfavor do UHE Jirau, configurando flagrante desrespeito a decisão liminar proferida nos autos 9500-90.2013.4.01.4100 e posteriormente a sentença que ratificou in totum a medida acautelatória.

Considerando as peculiaridades do caso, admito excepcionalmente o aditamento as razões do recurso de apelação apresentado pela ANEEL, mesmo porque, tal recurso ainda não foi sequer recebido.

Recebo a apelação de fls. 886/992, bem como o aditamento de fls. 1014/1028, tão-somente, no efeito devolutivo, em razão da tutela de urgência concedida e ratificada na sentença recorrida.

(...).



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

A requerente afirma que a urgência na concessão da medida ora requerida deve-se ao fato de que a ANEEL foi intimada no último dia 20 de agosto acerca das diretrizes/esclarecimentos da decisão proferida pelo Juízo *a quo*, cabendo à CCEE, já no mês de outubro, “quando será realizada a liquidação mensal dos créditos e débitos dos agentes que atuam no mercado de energia, adotar as medidas necessárias ao seu efetivo e integral cumprimento com gravíssimos prejuízos à ordem administrativa e econômicos” (fl. 9).

Esclarece que, não obstante o provimento liminar tenha sido deferido em setembro de 2013 e renovado em outubro de 2013, “durante todo esse período, também esteve em vigor na esfera administrativa, decisão cautelar de semelhante teor, em razão da interposição de pedido de reconsideração contra os termos do Despacho n. 1.732/2013, da ANEEL, que afastou as excludentes apontadas pela Autora/Interessada” (fl. 10). Assim, decidido em última instância administrativa, a Diretoria da ANEEL revogou o Despacho 3.588/2013, mantendo o entendimento do Despacho 1.732/2013, em que “reconheceu como excludente de responsabilidade exclusivamente o atraso de 52 dias” (fl. 10).

Sustenta que a manutenção da execução da sentença “(a) implicará **interferência do Judiciário na definição das políticas para o setor elétrico**, em prejuízo à competência conferida por lei ao Poder Executivo; (b) dará ensejo à **prevalência dos interesses particulares da Autora/Interessada, em detrimento do interesse público** (c) sinalizará um **acentuado risco regulatório** e implicará em afronta à **segurança jurídica**; (d) ocasionará uma **desorganização dos seguimentos de distribuição e transmissão com reflexos para os consumidores finais de energia elétrica**” (fl. 12).

Além disso — aduz — a manutenção da sentença caracteriza grave lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que “(a) a Administração se verá obrigada a **impor às distribuidoras a aquisição de energia mais cara no mercado de Curto Prazo – MCP**, sendo que os custos decorrentes dessa aquisição serão arcados pelos consumidores, prejuízo esse que corresponderá ao



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

montante de **R\$ 5,2 BILHÕES**, com **impacto médio nas tarifas de aproximadamente 5,2%**; (b) ocasionará a necessidade de **devolução dos valores referentes à obrigação de entrega de energia pretérita**, já consumada, faturada entre a Autora/interessada e paga pelas compradoras, correspondente a cerca de **R\$2,2 BILHÕES**; (c) o afastamento da decisão proferida pela Diretoria da ANEEL acabará por **destruir toda a credibilidade que o Governo tem tentado conquistar perante os investidores ao longo de vários anos, com o perigo de nova crise no setor elétrico**” (fls. 12/13).

Argumenta que as paralisações de 2011 e 2012, bem como seus reflexos, não podem ser reconhecidas como causas excludentes de responsabilidade pelos atrasos no cronograma da UHE Jirau, pois tais fatos já eram de seu conhecimento quando da deliberação pela Diretoria da ANEEL acerca do pedido de antecipação do cronograma por ela própria formulado, não se manifestando sobre eventuais impactos daqueles eventos. Pelo contrário, em 18/06/2012, ratificou o cronograma proposto apresentando estratégias para cumprir as datas estabelecidas. Desse modo, o Primeiro Termo Aditivo do Contrato aprovado foi assinado, em 17/09/2012, pela autora sem nenhuma ressalva, **“quando já decorridos 525 dias do evento de março de 2011, e 167 dias do evento de abril de 2012”** (fl. 14), agindo, pois, de forma contraditória com o alegado na ação principal.

Assevera que as conclusões do laudo pericial resultam de adoção de premissas equivocadas, utilizando-se de cronograma de obras quadrimestral, elaborado **unilateralmente** pela autora, e não do **cronograma oficial** aprovado no Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão 002/2008.

Sustenta que a ***“a consequência prática da sentença é que, ao tempo em que isenta a Autora/Interessada da obrigação de comprar energia no curso prazo, onde custa mais caro, obrigou as distribuidoras compradoras da energia nos leilões a fazê-lo”***, já que elas ficaram ***“sem lastro comercial, e o sistema de comercialização de energia elétrica impõe que haja um acerto total do ponto de vista contábil, de modo que toda energia consumida tenha a correspondente***



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

cobertura contratual” (fl. 27), aduzindo que a decisão acarreta grave lesão à ordem pública, afastando os atos administrativos praticados pela ANEEL, no exercício de sua competência legal, pois inviabiliza a implementação de política pública instituída pela Lei n. 10.848/2004; dá prevalência aos interesses particulares da requerida em detrimento do interesse público, provoca tumulto nos segmentos de distribuição e transmissão de energia elétrica; sinaliza acentuado risco regulatório, afronta a segurança jurídica e afeta a credibilidade do Brasil como país capaz de atrair investimentos em infraestrutura necessários à sustentação do crescimento de sua economia.

Aduz que o montante representado por 70% do recurso que a ESBR dispõe supera o montante de obrigação de entrega relacionada ao cronograma com excludente de responsabilidade de 535 dias no leilão A-5, de 2008, para o período de setembro de 2013 a agosto de 2014, ou seja, **“a manutenção da decisão judicial, ao alterar a obrigação de entrega pretérita, já consumada, faturada entre Autora/Interessada e compradores e paga por esses últimos demandará uma recontabilização”**, cujo efeito prático é o seguinte: *“Dispondo de recursos suficientes para honrar sua obrigação bilateral com os compradores do leilão A-5, de 2008, a Autora/Interessada será isentada dessa obrigação e passará a comercializar sua energia no ambiente multilateral no Mercado de Curto Prazo – MCP”* (fl. 39), ao valor do Preço de Liquidação e Diferenças – PLD, no ambiente multilateral, equivalendo a R\$ 2,2 bilhões já no próximo processo de contabilização.

Assim — prossegue — apesar de reconhecida na sentença impugnada a presença de excludentes de responsabilidade pelo atraso de 535 dias, a entrada em operação comercial das unidades geradoras acabou ocorrendo, para as primeiras unidades geradoras, antes do cronograma descolado pelo período de excludente reconhecido em decisão judicial.

Argumenta que, além *“dos efeitos econômicos decorrentes do comprometimento dos contratos firmados pelas distribuidoras de todo o país por ocasião do leilão da UHE Jirau, da transferência de ônus pelo pagamento dos*



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

encargos de uso do sistema de transmissão, e conseqüente aumento das tarifas pagas pelos consumidores finais de energia elétrica, não se pode olvidar que a manutenção da sentença impugnada produzirá efeitos igualmente nefastos sobre a economia do setor elétrico como um todo” (fl. 41).

Alega, ainda, efeito multiplicador de demandas idênticas, considerando o número de projetos hidrelétricos que enfrentam movimentos grevistas e sociais, e grave lesão à ordem econômica, decorrentes da aquisição de energia no Mercado de Curto Prazo pelas distribuidoras e do pagamento dos Encargos de Uso do Sistema de Transmissão (EUST) pelos usuários do Sistema Interligado Nacional (SIN), e tendo em vista o montante de energia que a requerida comprometeu-se a entregar, no prazo estipulado no cronograma original para operação comercial das Unidades Geradoras da UHE Jirau.

A Energia Sustentável do Brasil S/A – ESBR manifestou-se nos autos, de forma espontânea, contestando os argumentos da ANEEL, alegando, em apertada síntese, que não estão presentes os pressupostos para a suspensão da decisão e que os prejuízos decorrentes de uma suposta suspensão das decisões, teriam conseqüências ainda mais severas, não somente à petionante, mas a todo o sistema energético, em nítido risco de dano inverso.

Decido.

Para o deferimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 é necessário que se comprove a existência de potencial risco de grave lesão à ordem à saúde, à economia e à segurança pública advinda da execução da decisão *a quo*. Para que se verifique a presença desses pressupostos, não é vedado ao Presidente do Tribunal proferir um juízo mínimo de delibação da controvérsia subjacente à ação principal, consoante tem entendido a jurisprudência do STF, do STJ e desta Corte.

Na hipótese em exame, o juízo *a quo* homologou o laudo pericial produzido por força de decisão em cautelar de produção de provas, acolhendo, com base nele, as alegadas causas excludentes de responsabilidade relativas a



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

diversos eventos que gerou atraso no cronograma de entrega de energia elétrica da UHE Jirau, afastando quaisquer sanções ou consequências decorrentes desse atraso.

Segundo o magistrado, “(...) os atos praticados por grande parte dos grevistas extrapolou o direito de reivindicar as melhorias trabalhistas almejadas. Os grevistas começaram a praticar atos de vandalismo contra o empreendimento, destruindo bens, ateando fogo nos ônibus, alojamentos e em outros setores da obra (..)”, demandando “o uso de força policial para conter os ânimos dos exaltados” não se tratando, pois, “de uma greve previsível e muito menos os empregadores deram ensejo à situação de calamidade que assolou grande parte da obra” (fl. 75).

Quanto à alegação de que, quando do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, assinado em 17/09/2012, a ESBR já tinha conhecimento das ocorrências de março/2011, abril/2012, bem como dos atos ilícitos em maio/2012 e respectivos reflexos, o magistrado entendeu ter ficado evidenciado no laudo pericial que, embora a ESBR tivesse conhecimento dos eventos quando da assinatura do termo aditivo, ela não tinha cognição acerca da extensão dos danos e da necessidade de um lapso maior de tempo para o cumprimento do cronograma, mencionando que no “*parecer elaborado pela PGF (Parecer n. 0136/2013-PGE/ANEEL/PGF/AGU) ficou constatado a impossibilidade da ESBR de mensurar os efeitos dos atos no momento da aprovação do 1º Termo Aditivo*” (fl. 98).

Acrescentou, ainda, que “a aprovação do termo aditivo ocorreu durante os eventos do segundo ato de vandalismo, sendo que entre a apresentação da solicitação da celebração do aditivo (12/12/2011) e a sua aprovação na reunião de diretoria da ANEEL (24/04/2012) transcorreram 134 dias, circunstâncias que impossibilitam o conhecimento da influência dos atos sobre a execução do avençado” (fl. 98).

Segundo consta dos autos, o primeiro evento a ser considerado iniciou em 08/03/2011 e o segundo em 03/04/2012, ocasiões em que foram incendiadas



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

inúmeras instalações do canteiro de obras do empreendimento. Para agravar, uma operação padrão realizada pela Receita Federal, Polícias Federal e Rodoviária Federal teria ocasionado o atraso no recebimento de peças de equipamentos necessários à obra, retidos por 105 (cento e cinco) dias nas instalações aduaneiras, em especial equipamento de usinagem capaz de reduzir em cerca de dois meses o prazo para a usinagem das máquinas geradoras, situação que acabou por frustrar a esperada recuperação do atraso provocado pelos eventos anteriores.

Esses acontecimentos estão descritos em vários documentos juntados aos autos, sendo que a Nota Técnica n. 30/2013-SCG/ANEEL, de 25/01/2013 é conclusiva no sentido de atender ao pedido de alteração do cronograma de obras da UHE Jirau (fls. 342/345), enquanto que a Nota Técnica 005/2013-SFG/ANEEL, recomendou a não aprovação da alteração do cronograma, pois os eventos ocorreram antes da assinatura do 1º termo Aditivo, aconselhando, no entanto, a consideração de 42 (quarenta e dois dias) como excludente, em razão da retenção dos equipamentos pela Delegacia da Receita Federal.

No Despacho 1.732, de 04/06/2013, a Diretoria da ANEEL acolheu em parte o requerimento administrativo da autora, reconhecendo o atraso de 52 dias no cronograma de implantação como excludente de responsabilidade motivado por ato do Poder Público.

No entanto, em 22/10/2013, por meio do Despacho 3.588, a ANEEL deu parcial provimento à cautelar apresentada para, sem prejuízo de reexaminar o mérito da questão, **suspender por 239 (duzentos e trinta e nove) dias**, contados a partir de 1º de janeiro de 2013, a exigibilidade do registro dos montantes de energia dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEARs) para as Unidades Geradoras em atraso, *“devido aos eventos que alegadamente caracterizariam excludentes de responsabilidade”* (fl. 358), bem como a cobrança da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST sobre os montantes de uso da transmissão relativos aos períodos em que a UHE Jirau deixou de gerar energia, reconhecendo *“a exposição involuntária das*



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica adquirentes da energia elétrica comercializado no Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da UHE Jirau (Leilão n. 5/2008)” (fl. 358).

Ora, ainda que se diga que tais discussões devem restringir-se às vias ordinárias, o fato é que embora não seja possível examinar com profundidade o mérito da ação principal nesta via jurídico-processual, tais considerações são relevantes, pois a ponderação quanto à existência dos pressupostos para o deferimento da suspensão, neste caso, não pode estar totalmente divorciada das questões jurídicas envolvidas na lide e que resultaram nas decisões ora impugnadas.

De fato, não se pode conceber a utilização deste instrumento jurídico-processual, vocacionado a proteger interesses públicos de maior grandeza, como carta em branco para que a Administração Pública atue como bem lhe aprouver, é preciso ponderar os fundamentos da decisão impugnada, para que não se cause um prejuízo ainda maior do que aquele que a medida de contracautela busca evitar.

As matérias relacionadas ao setor energético são, regra geral, bastantes complexas e sensíveis e, tendo em vista a grave crise energética, que vem onerando todos os consumidores com altos reajustes tarifários, associada à crise política e econômica, decisões proferidas em ações que envolvam o setor ganham maior relevo do que aufeririam em situação de normalidade.

No caso, a sentença está fundada em laudo pericial produzido em ação cautelar de produção de provas. A seu turno, a ANEEL, tem se valido de pareceres e notas técnicas com conclusões variadas, produzindo, em consequência, decisões diversas, o que ocasiona um grau de incerteza quanto ao acerto da decisão administrativa final.

O argumento da ANEEL, tantas vezes ressaltado nos autos, de que o conhecimento dos eventos antes da convocação para assinatura do primeiro termo aditivo do contrato ensejaria o afastamento das causas excludentes de



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

responsabilidade decorrentes de caso fortuito ou força maior, foi também objeto de análise pericial, bem como pelos órgãos técnicos da ANEEL.

Não se pode afirmar de que o reconhecimento de causas excludente de responsabilidade decorrentes de casos fortuitos e força maior, termos jurídicos por excelência, implica em interferência nas atribuições da Administração Pública.

Com efeito, a decisão baseia-se em fatos analisados por peritos (eventos considerados extraordinários e imprevisíveis) e no direito (caso fortuito e força maior, definidos no art. 393 do CC), que, uma vez reconhecidos pelo Poder Judiciário, refletem na devida aplicação das normas que regulam o setor pela Administração Pública, consoante estabelece os parágrafos 16 e 17 do art. 2º da Lei 10.848/2004¹, não havendo que se falar em intervenção judicial nas políticas públicas do setor.

As atribuições precípua da ANEEL estão voltadas à regulação da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; à fiscalização das concessões, permissões e os serviços de energia elétrica; à implementação de políticas e diretrizes do governo federal relativas à exploração da energia elétrica e ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos; ao estabelecimento de tarifas para o suprimento de energia elétrica; à mediação, na esfera administrativa, os conflitos entre os agentes e entre esses agentes e consumidores; e, por delegação do governo federal, à promoção das atividades relativas às outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica².

¹ Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

(...)

§ 16. Caberá à Aneel dirimir conflitos entre compradores e vendedores de energia elétrica, que tenham celebrado CCEARs, utilizando lastro em contratos de importação de energia elétrica ou à base de gás natural, cujas obrigações tenham sido alteradas em face de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, decorrentes de eventos alheios à vontade do vendedor, nos termos do inciso V do art. 3º da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

§ 17. No exercício da competência de que trata o § 16 deste artigo, a Aneel, reconhecendo a extraordinariedade e a imprevisibilidade dos acontecimentos, poderá garantir neutralidade aos agentes envolvidos, no limite de suas responsabilidades.

(...)

² www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/release_atividades_da_ANEEL.pdf



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

Na hipótese, não se pode olvidar que a própria ANEEL outrora reconheceu, durante a 9ª Reunião Pública Extraordinária de 2013, a natureza extraordinária dos eventos, manifestado no Despacho 3.588/2013, suspendendo por 239 (duzentos e trinta e nove) dias a exigibilidade do registro dos montantes de energia dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado, a aplicação de quaisquer penalidades à Energia Sustentável do Brasil S/A e a cobrança da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão, decorrentes do atraso no cronograma.

Assim, não há dúvida, de que no decorrer do empreendimento vários eventos acabaram por acarretar prejuízos e atrasos no cronograma de entrega de energia elétrica e que já vinham sendo materializados e universalizados entre os diversos agentes do setor, de acordo com as normas aplicáveis à espécie.

Evidencia-se, no caso, a existência de interesses públicos contrapostos e que devem ser ponderados.

É que, de um lado, a manutenção das decisões representa a transferência das consequências dos eventos aos compradores e aos consumidores cativos por eles supridos, inviabilizado o atendimento à obrigação de contratação de energia suficiente para atender 100% do seu mercado, de que trata o Decreto 5.163/2004. Para cumprir essa obrigação, os distribuidores/compradores de energia terão de buscar o suprimento de energia no Mercado de Curto Prazo em valor mais elevado.

De outro, a suspensão dos atos judiciais, em sua totalidade, implica em impingir à ESBR essa obrigação de comprar a energia que deixou de ser produzida pela UHE Jirau e entregue no prazo originariamente previsto, ficando, ainda, sujeita às penalidades do setor pelo inadimplemento do cronograma, o que pode representar a inviabilidade financeira do empreendedor e, portanto, o comprometimento da conclusão das obras da UHE Jirau, com novos impactos negativos ao setor elétrico.



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

Diante desse contexto, não se pode deixar de levar em consideração a afirmação da ANEEL e trazido pela Nota Técnica 84/2025-SRM/ANEEL, de que o magistrado de piso deixou de considerar que “*o atraso efetivamente verificado (diferença entre o cronograma constante do edital e aquele que vem sendo efetivamente realizado pela ESBR) foi significativamente inferior ao atraso esperado com o excludente de responsabilidade de 535 dias*”. Com isso, “*Mesmo com condições físicas de atender ao compromisso contratual (unidades geradoras liberadas para operação comercial e produzir energia), a decisão posterga a obrigação de entregar para além do período do excludente, permitindo a ESBR deixar de atender seus contratos e liquidar a energia no MCP, em prejuízo aos compradores*” (fl. 52).

Consequência disso: (1) os compradores/distribuidores terão de suportar com todos os ônus do atraso (segundo a ANEEL, resultando um aumento médio nas tarifas dos consumidores cativos das concessionárias de distribuição de 5,5%); (2) atinge as relações bilaterais já consumadas e faturadas entre o empreendedor e os compradores e pagas por estes últimos. Com isso a ESBR não mais entregará parte do seu recurso aos compradores ao preço contratual, mas ao valor do PLD, no ambiente multilateral, já que os compradores do CCEARS assumirão, em sua totalidade, a exposição negativa no Mercado de Curto Prazo, resultando na recontabilização, segundo a mencionada Nota Técnica, na recontabilização do montante da obrigação, que representa em torno de 2,2 bilhões de reais já no próximo processo de contabilização, envolvendo o valor que será transferido no MCP.

Importante, em relação ao ponto 2, registrar os seguintes termos da aludida Nota Técnica 84/2015:

(...)

52. Tudo isso também ocorre pela situação curiosa de que, apesar de atestado um excludente de responsabilidade de 535 dias pelo perito e, por consequência, pelo juízo, a entrada em operação comercial das unidades geradoras acabou ocorrendo muito antes do cronograma deslocado pelo período de excludente reconhecido em decisão judicial.

53. Como exemplo, apesar de a excludente de responsabilidade garantir que a ESBR somente teria responsabilidade de colocar unidade geradora n.



SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

1 a partir de 20/7/2014, ela o fez em 6/9/2013, ou seja, com 10,5 meses de antecedência. Em outras palavras, houve antecipação da entrada em operação comercial das unidades geradoras da usina, relativamente ao atraso alegado na ação judicial.

As decisões, a meu ver, mantidas a eficácia *in totum*, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem e à economia, na medida em que o Juízo *a quo* não levou em consideração o cronograma oficial nem a data em que, apesar de todos os eventos, a usina entrou em operação comercial, permitindo, com isso, que a ESBR ofereça a energia produzida no Mercado de Curto Prazo, em vez de entregá-la no Mercado Regulado, adimplindo, na medida do possível, os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado – CCEAR, firmados a partir do leilão regulado.

Acrescento que, não obstante haja a possibilidade de se considerar os eventos discutidos na ação principal como excludentes de responsabilidade, sem que isso implique potencial efeito multiplicador, visto que os acontecimentos devem ser vistos a partir do caso concreto, de forma objetiva, o mesmo não se pode dizer, quando, apesar desses eventos, os dias considerados retroagem para atingir contratos já consumados e liquidados.

Ante o exposto, **defiro, em parte**, o pedido da ANEEL, para suspender a decisão prolatada em 19/08/2015, devendo ser mantida a deliberação do Conselho de Administração da CCEE, decorrente da 813ª reunião de 21/07/2015, que considerou, a partir da decisão judicial no âmbito da Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100 *“como obrigação de entrega 70% da garantia física proporcionada pela efetiva entrada em operação comercial das unidades geradoras da UHE Jirau até que esse montante seja equivalente à obrigação de entrega original”* (fl. 55).

Fica suspenso, por conseguinte, os efeitos da decisão sobre a entrega pretérita de energia já consumada, faturada e paga, sem prejuízo, no entanto, de manter os efeitos das decisões no que se refere às consequências imputadas à ESBR pelo atraso no cronograma decorrente das causas excludentes de

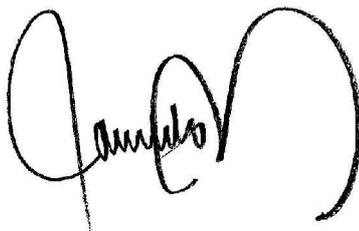


SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 0050083-30.2015.4.01.0000/RO (d)

responsabilidade, considerando-se o cronograma oficial e não o cronograma interno da empreendedora.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência o Juízo *a quo*.

Brasília, 30 de novembro de 2015.



Desembargador Federal CÂNDIDO RIBEIRO
Presidente



Documento contendo 16 páginas assinado digitalmente pelo(a) DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001, que instituiu a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil e Res. nº 397, de 18/10/2004, do Conselho da Justiça Federal. A autenticidade do documento pode ser verificada no site www.trf1.jus.br/autenticidade, informando o código verificador 15.760.088.0100.2-33.

