



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

PROCESSO Nº 30460-33.2013.4.01.3400

CLASSE: 1300 – AÇÃO ORDINÁRIA / SERVIÇOS PÚBLICOS

**AUTOR: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERADORAS TERMELÉTRICAS -
ABRAGET**

RÉ: UNIÃO



Preteriu a autora, na condição de substituta processual, a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos dos arts. 2º e 3º da Resolução CNPE nº 03/2013, que determinam que os agentes de mercado, aí incluídas as empresas geradoras de energia elétrica ora substituídas, arquem com os custos extras do comércio de energia elétrica para o aumento da segurança energética.

Declarou que o beneficiário da segurança energética é o consumidor, devendo ser mantido o encargo com esse encargo, como vinha sendo realizado na forma da Resolução CNPE nº 03/2007, revogada pela referida Resolução CNPE 03/2013.

Alega que o dito encargo ora imposto às geradoras constitui um subsídio aos consumidores e, por alterar a política tarifária, somente poderia ser imposto por lei. Assim, teria havido usurpação da competência do Congresso Nacional.



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

Além disso, sustenta que a norma atacada não previu a necessária compensação financeira aos agentes que passaram a arcar com o subsídio, violando o equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

Aduz, ainda, à violação aos princípios da proporcionalidade, racionalidade, intangibilidade do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, e confiabilidade do fornecimento de energia.

Informa a concessão de decisões favoráveis por outros juízos sobre a mesma matéria.

É o relatório. Decido.

Observe, inicialmente, que as decisões de outros juízos que entenderam pela ocorrência da antecipação de tutela basearam-se na suposta violação da lei nº 10.172/2001, ora impugnada.

A lei nº 10.172/2001 foi criada para regulamentar a aquisição de energia elétrica e a contratação de capacidade de geração ou transmissão para a Comercializadora Brasileira de Energia Emergente (CBEE).

Essa empresa pública foi criada pelo Decreto 3.900/2001, conforme autorizado pela MP 2.209/2001, para enfrentar o racionamento de energia que ocorreu em 2001. A própria medida provisória estabeleceu que a CBEE se extinguiria em 30/06/2006, o que efetivamente ocorreu, tendo seus bens sido transferidos para a União (vide Decreto 5.826/2006 que disciplinou a inventariança).



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

Assim, a matéria regulada pela Lei 10.438/2002 não tem nenhuma relação com o encargo setorial disciplinado pela Resolução CNPE 03/2013.

Equivocadas, portanto, tais decisões.

Anoto, desde logo, que o Encargo de Serviços do Sistema – ESS, que a Resolução CNPE 03/2013 objetivava disciplinar, **não foi instituído por lei.**

A possibilidade de cobertura desse encargo está prevista no art. 59 do Decreto 5.633/2004. No entanto, pelo o se verifica do texto transcrito a seguir, a norma não estabeleceu quem seria responsável pelo pagamento, *in verbis*:

Art. 59. As atividades de comercialização da CCBE poderão ser realizadas por um encargo destinado à cobertura dos custos do sistema, inclusive os serviços auxiliares prestados pelo S/N, que terão caráter oneroso, dentre outros:

I - as atividades decorrentes da operação de despacho independente da ordem de despacho por restrições de transmissão de energia de curta duração;

II - a reserva de capacidade em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da tensão do sistema e sua capacidade de partida autônoma;

III - a reserva de capacidade, em MVAr, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador em Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; e

IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e alívio de cargas.



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

O encargo de que trata a Resolução CNPE 03/2013 destina-se justamente a cobrir os custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, nos termos do art. 59, inciso I.

Nesse ponto, é necessária uma explicação resumida do funcionamento do Sistema Interligado de Energia Elétrica para melhor compreensão da questão.

Em termos sistêmicos, o Sistema Interligado Nacional de energia elétrica é gerenciado por um sistema que otimiza o custo de geração das usinas, obedecendo à ordem de mérito. Isto é, a não ser por limitações operacionais (somente são despachadas as usinas com custos de geração mais baixos).

Foi percebido que alguns modelos computacionais apresentavam ineficiência em situações em que as condições hidrológicas de determinado período não permitiam o funcionamento de energia por conta da baixa precipitação hídrica, devido ao rápido crescimento do consumo e, por consequência, ao cancelamento dos investimentos.

Por isso, foi criado o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), formado por representantes do Ministério de Minas e Energia e de outros órgãos do setor, e dada permissão para esse comitê, extraordinariamente, solicitar o despacho de usinas fora da ordem de mérito de custo econômico.

Nesse sentido, dado o temor do racionamento, o comitê autoriza o despacho de usinas térmicas com elevados custos de geração, a fim de preservar o nível dos reservatórios, restringindo, conseqüentemente,



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

a geração das usinas hidrelétricas, cujo custo é inferior a todas as outras fontes, a fim de que essas usinas possam continuar operando nas épocas de estiagem, evitando o risco do racionamento.

Todavia, essa decisão implica um elevado custo financeiro, pois o valor do encargo corresponde à diferença entre o custo de produção da energia termelétrica, denominado Custo Variável Unitário – CVU, e o preço da energia cotado no mercado spot, denominado Preço de Liquidação da Diferença – PLD.

Assim, quanto mais barata a energia no mercado spot maior o custo financeiro de despachar a usina termelétrica, pois maior a diferença entre o custo da energia por ela gerada e o preço corrente praticado no mercado. Saliento que o custo da energia gerada por usina termelétrica é fixo, sendo seu principal custo os insumos naturais, carvão mineral, óleo diesel ou gás natural. Já o preço da energia no mercado spot oscila fortemente de acordo com as condições hidroclimáticas. Frequentemente, com o nível dos reservatórios baixos, o preço da energia no mercado spot

Por exemplo, se em um determinado período hidrológico favorável fazendo com que o preço da energia no mercado spot seja de R\$ 100,00/megawatt-hora, e o custo da energia gerada por uma termelétrica seja de R\$ 400,00/MWh, que será pago à empresa proprietária da termelétrica, a diferença de R\$ 300,00/MWh representará o Encargo de Serviços do Sistema.

A questão que se coloca, então, é quem irá arcar com esse custo?



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

A preocupação com o risco de racionamento teve início em fins de 2007, quando foi editada a Resolução CNPE 8/2007.

Nessa norma foi fixado que o custo do despacho de usina acionada por decisão do CMSE seria rateado proporcionalmente ao consumo médio de energia nos últimos doze meses por todos os agentes com medição de consumo do Sistema Interligado Nacional (art. 3º, § 3º). Posteriormente, esse dispositivo foi alterado pela Resolução CNPE 11/2009, determinando-se que o rateio seria proporcional à demanda, não mais anual.

Assim, de então, com base nessas resoluções, o custo dos despachos por ordem do CMSE foi integralmente repassado aos consumidores.

No entanto, não houve qualquer lei que autorizasse a cobrança dos consumidores. Aliás, diferentemente dos Encargos de Operação do Sistema – ESS, sob análise, os demais encargos regionais – RGR, Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, taxa de fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TSEE, programa de Incentivo aos Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, Programa de Desenvolvimento Energético – CDE, Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH) foram todos criados por lei.

Assim, uma primeira conclusão é inafastável: **a quem quer que seja atribuído o custo do pagamento do ESS, essa medida é inteiramente irregular, pois afronta o princípio da reserva legal.** Com efeito, o art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição preconiza que a lei (em sentido formal) disporá sobre política tarifária.



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

Essa inconstitucionalidade já é bastante para autorizar o deferimento da antecipação de tutela.

Destaco, porém, que com a conseqüente suspensão dos efeitos da Resolução CNPE 03/2013 a inconstitucionalidade da cobrança permanecerá, apenas o destinatário irá alterar-se, voltando o encargo a ser suportado pelos consumidores, conforme definido na Resolução CNPE 8/2007, com a redação dada pela Resolução CNPE 1/2009.

Como antes, a carga será rateada entre todos os consumidores, que não possuem conhecimento técnico das regras e dos encargos que incidem na tarifa, sendo o valor individual baixo, pois diluído pela enorme massa de consumidores, além de incidir na conta de luz sem discriminação e sem a alegada inconstitucionalidade não foi reclamada.

No entanto, não se pode ignorar que o custo desse encargo foi transferido aos agentes econômicos conhecidos, que detêm pleno conhecimento da situação, o que não será individualmente relevante, rapidamente se insurgiram e demonstram as ações ajuizadas pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE (20000-84.2013), pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia Elétrica – ABRACEL (20000-84.2013), e pela Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas – ABRAGET, ora autora.

Assim, é conveniente comunicar essa situação ao Ministério Público Federal.

A situação analisada neste processo retrata a forma atabalhoada que tem pautado as ações governamentais no setor de energia elétrica.



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

Com efeito, afora a questão de a cobrança ter sido prevista em decreto e instituída por resolução, infringindo o princípio da reserva legal, a ausência de razoabilidade e de critério técnico é patente.

Ora, a cobrança desse encargo deveria ser suportada pelos seus beneficiários, mais especificamente pelos consumidores, que se beneficiam da segurança energética proporcionada, e pelas geradoras de energia hidrelétrica, que se desoneram do custo financeiro com a compra de energia no mercado spot.

Exponho, pois, que:

Como regra, as distribuidoras de energia elétrica e os grandes consumidores fazem contratações de longo prazo com as geradoras de energia hidrelétrica, com o fim de assegurar o fornecimento contínuo de energia.

Entanto, já que as geradoras de energia hidrelétrica, em determinado momento, por razões técnicas, não conseguem entregar a energia contratada, elas necessitam recorrer ao mercado spot para comprar a energia que não conseguem produzir para honrar tais contratos.

Com as decisões do CMSE, antecipando provável insuficiência de água para gerar energia no período de estiagem e autorizando o despacho de usinas térmicas, as geradoras hidrelétricas têm preservado o nível dos seus reservatórios, permitindo que elas entreguem a energia contratada sem que tenham que arcar com o custo da compra de energia no mercado spot em período de estiagem. E mais, com o diferencial entre o custo da geração termelétrica e o preço do mercado spot sendo todo



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

arcado pelos consumidores.

Ora, a responsabilidade pela entrega da energia é exclusiva das empresas geradoras de energia hidrelétrica, e a possibilidade de período hidrológico desfavorável é fato totalmente previsível. Por isso, deveriam elas realizar os investimentos para precaver-se de eventual período hidrológico desfavorável e/ou utilizar mecanismos financeiros (hedge) para tanto.

Não o fazendo, as geradoras de energia hidrelétrica imprevidentes deveriam arcar com o custo financeiro de ter que ir ao mercado spot para adquirir energia mais cara.

No entanto, de acordo com a legislação vigente, fixada na Resolução CNPE 3/2007 e redação dada pela Resolução CNPE 1/2009, a responsabilização pela entrega de energia sem descaso das geradoras de energia hidrelétrica é transferida inteiramente para os consumidores.

Resolução CNPE 1/2013, no âmbito em que desonera os consumidores, transferiu o encargo para os agentes que nada tem que ver com a situação de escassez de energia, como é o caso das geradoras termelétricas.

Chega a ser paradoxal que as geradoras termelétricas, que são justamente as empresas a quem o governo está recorrendo para evitar o racionamento causado pela ausência de investimento em usinas hidrelétricas, sejam responsabilizadas por esse descaso, com a imposição de encargo por terem sido elas acionadas. Elas serão penalizadas por estarem sendo contratadas!



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

A ausência de razoabilidade da medida é evidente, pois contraria a lógica mais elementar imputar o ônus do benefício ao seu provedor, e não aos seus beneficiários.

Outrossim, é patente a violação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão celebrados, com a imposição desse encargo às geradoras termelétricas, que reforça a necessidade de concessão da antecipação da tutela.

De fato, a energia produzida termelétrica for onerada com o referido Encargo de Serviços do Sistema – ESS, logicamente que ela receberá pela energia gerada menos do que o Custo Variável Unitário – CVU, que é o preço fixado para o megawatt-hora por ela produzido a fim de cobrir seus custos.

Assim, a medida ora proposta mostra-se completamente equivocada a aplicação da Resolução nº 2/13, pois viola o princípio da reserva legal, afeta o princípio da razoabilidade, pois onera quem proporciona o benefício a quem dele se beneficia; e institui um encargo sem a necessária compensação financeira, infringindo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão celebrados.

Ante o exposto, **CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA** para suspender os efeitos dos arts. 2º e 3º da Resolução CNPE nº 03/2013 relativamente aos substituídos da autora, até ulterior deliberação deste juízo.

Intime-se a União para imediato cumprimento e cite-se para contestar. Publique-se. Remeta-se cópia desta decisão ao MPF.

Brasília, 6 de junho de 2013.



Fl. _____

Rubrica _____

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – 7ª VARA

JOSÉ MÁRCIO DA SILVEIRA E SILVA
Juiz Federal Substituto na titularidade da 7ª Vara/SJ-DF

