



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.397 - RJ (2010/0196664-3)

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ
AGRAVANTE : MORRO DO CONSELHO PARTICIPAÇÕES LTDA E OUTRO
ADVOGADO : GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : INDIRA ERNESTO S QUARESMA E OUTRO(S)
REQUERIDO : DESEMBARGADOR RELATOR DA APELAÇÃO EM MANDADO DE
SEGURANÇA NR 200651010124354 DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

EMENTA

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA SUPRIDA POR LEILÕES SUPERVENIENTES. GRAVE LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA. Presumem-se legítimas as razões articuladas pela agência encarregada de regular o mercado de energia elétrica quanto ao alto custo do empreendimento, bem assim do suprimento da demanda pelos leilões supervenientes para a compra de energia elétrica. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha. Convocado o Sr. Ministro Herman Benjamin para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 18 de abril de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente

MINISTRO ARI PARGENDLER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.397 - RJ (2010/0196664-3)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O agravo regimental ataca a seguinte decisão:

"1. Os autos dão conta de que Morro do Conselho Participações Ltda. e Enatec Engenharia Ltda. impetraram mandado de segurança contra ato do Presidente da Empresa de Pesquisa Energética - EPE e do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, objetivando assegurar a sua participação no Leilão A-3, conforme o Edital de Licitação nº 002/2006, destinado à contratação de energia proveniente de novos empreendimentos (fl. 72/92).

Alegaram, em síntese, que 'a ausência de notificação e a utilização de critérios não previstos no edital de licitação para justificar a não habilitação dos empreendimentos das Impetradas, configura flagrante violação de diversos princípios e regras atinentes a qualquer processo licitatório' (fl. 82).

O MM. Juiz Federal Substituto Dr. Érico Teixeira Vinhosa Pinto deferiu a medida liminar, autorizando a participação das impetrantes no certame (fl. 232/233).

Em seguida, considerando que as impetrantes demonstraram que os seus empreendimentos foram vencedores do leilão, o MM. Juiz Federal Substituto determinou que as autoridades impetradas possibilitassem, de imediato, a participação das empresas na fase de pós-qualificação, fornecendo-lhes a documentação necessária. Ressaltou, contudo, que a homologação do resultado final e a adjudicação do resultado do certame ficariam condicionadas à convalidação da decisão liminar (fl. 250/251).

Sobreveio, ao final, a sentença que julgou 'improcedente o pedido, denegando a segurança, para, revogando a liminar anteriormente deferida, excluir as impetrantes do certame, autorizando, de imediato, a homologação e adjudicação do resultado final do Leilão nº 002/2006 promovido pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL' (fl. 493).

Morro do Conselho Participações Ltda. e Enatec Engenharia Ltda. interuseram apelação (fl. 504/519), a que o Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regional Federal da 2ª Região, relatora a Desembargadora Federal Salete Maria Polita Maccalóz, deu provimento 'para determinar aos impetrados a concessão de novo prazo para apresentação de recurso administrativo por parte das impetrantes, a contar do recebimento do laudo técnico previsto no parágrafo único do artigo 10 da Portaria nº 328/2005, com o refazimento do leilão em nova data a ser designada pelas autoridades impetradas' (fl. 699).

Lê-se no acórdão impugnado:

'No caso em exame, o critério utilizado pela EPE para fundamentar a desabilitação dos empreendimentos das apelantes, segundo decisão proferida em razão de oferecimento de recursos administrativos, foi extraído do informe técnico nº EPE-DEE-001/06, norma técnica expedida em data posterior a entrega dos projetos e de duas especificações técnicas para a EPE.

Deflui-se, pois, que as regras visando a qualificação dos empreendimentos foram modificadas no curso do procedimento licitatório. A Administração se valeu de critério técnico não previsto no Edital nº 002/2006 para fundamentar a não habilitação das apelantes.

Verifica-se também que a parte-ré desprestigiou os postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório positivados no artigo 5º, inciso LV, da nossa atual Carta Magna. Nesse contexto, urge transcrever o disposto no artigo 8º da Portaria nº 328 de 29.07.2005...

.....

Como visto, o artigo em destaque prevê que as empresas licitantes tenham conhecimento da habilitação do empreendimento respectivo, mediante notificação. Não foi o que ocorreu no caso em exame pois a impetrada deixou de proceder à notificação da apelante.

.....

No caso em tela restou maculada a garantia de defesa das impetrantes eis que as mesmas foram excluídas do certame licitatório sem que pudessem demonstrar a ilegalidade do ato do poder público.

A questão pertinente à habilitação dos empreendimentos dos apelantes, nos termos da Portaria MME nº 112, de 16 de maio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2006, visando a participação do Leilão A-3, ressalte-se que jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm firmando entendimento de que o controle judicial dos autos emanados pela Administração Pública não se presta apenas a aferir se foram respeitados os requisitos da legalidade e legitimidade mas também se dirige à própria natureza dos atos administrativos' (fl. 696/698).

As partes opuseram embargos de declaração (fl. 703/706, 708/712 e 717/722), que foram parcialmente acolhidos nestes termos:

'Aqui cabe acolher-se os embargos de ambas as partes por ser o recurso administrativo objeto superado, mediante a ordem liminar de participação no certame, assim como não tem sentido, por bem apresentado pela ANEEL, a participação em novo leilão.

A licitação em exame, neste longo período de tramitação recursal, foi homologada, para todos os demais participantes, as suas UTEs já estão em operação, fornecendo energia, bem como a habilitação técnica foi encerrada em 10 de abril de 2006, não podendo gerar efeitos e prejuízos para as apelantes.

O dispositivo do v. acórdão deve ser adequado aos termos e objeto desta ação, limitados e estabelecidos na decisão liminar. Ali ficou determinado que o pleito das apelantes seria homologado e adjudicado na consolidação da liminar em sentença. Essa conclusão foi repetida quando o MM. Juízo a quo atendeu ao pedido interlocutório da União, já mencionado acima. Ora, reformada a sentença, a conclusão é a confirmação judicial das etapas já realizadas - participação no Leilão A-3; vencedoras as UTEs Camaçari-Muricy II e Pecem II, de propriedade de Morro do Conselho, cujas apontadas inabilidades técnicas foram superadas na etapa pós-qualificação.

Assim, a reforma da sentença, repita-se, significa a homologação do resultado final do Leilão A-3, também para as impetrantes/apelantes, assim como a adjudicação dos serviços de fornecimento de energia' (fl. 814/815).

Opostos novos embargos de declaração pela ANEEL (fl. 842/848), foram rejeitados (fl. 928/933).

Seguiram-se recursos especiais e extraordinários interpostos pela EPE (fl. 850/896 e 901/924), pela União (fl. 944/967 e 969/988) e pela ANEEL (fl. 1.077/1.091 e 1.093/1.103) - todos inadmitidos pelo tribunal a quo (fl. 1.479/1.524).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A União também ajuizou medida cautelar para atribuir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, mas o pedido foi indeferido pelo tribunal a quo (fl. 1.458/1.468).

No dia 14 de outubro de 2010, o Presidente da Comissão Especial de Licitação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL foi intimado para dar cumprimento provisório ao acórdão proferido nos autos do MS nº 2006.51.01.012435-4/RJ, no prazo de 30 dias, ou seja, até o dia 16 de novembro de 2010 (fl. 04).

2. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL requereu, então, o presente pedido de suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, alegando grave lesão à ordem e à economia públicas (fl. 01/25).

A teor da inicial:

'Assim, tão-somente a título de juízo mínimo de delibação acerca da lesão à ordem jurídica, se buscará demonstrar que o acórdão proferido pela Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região é nulo, seja em razão da violação ao disposto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, que vedam o julgamento fora dos limites da lide, seja em razão do descumprimento dos princípios e normas que regem as licitações, previstos nos artigos 3º e 41 da Lei nº 8.666/93, e no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Por outro lado, aí sim no que tange aos pressupostos específicos do pedido de suspensão, evidenciar-se-á a presença da grave lesão à ordem administrativa, uma vez que a manutenção dos efeitos do acórdão impugnado:

(a) implicará a 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 das Impetrantes, em detrimento do interesse público;

(c) sinalizará um acentuado risco regulatório e implicará em afronta à segurança jurídica;

(d) ocasionará uma desorganização do segmento de distribuição, com reflexos para os consumidores finais de energia elétrica.

Além disso, a manutenção do acórdão impugnado caracteriza uma grave lesão à ordem e à economia públicas, eis que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme restará demonstrado:

(a) a adjudicação do objeto do Leilão A-3 de 2006 a empreendimentos que não atenderam aos requisitos de qualificação previstos no Edital, 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;

(b) os consumidores terão que arcar com o ônus de pagar a receita fixa por uma disponibilidade que não trará benefícios para o sistema, prejuízo esse que corresponderá ao montante de R\$ 76 de milhões ao ano, e R\$ 1,5 bilhão, ao longo de 15 anos;

(c) caso os empreendimentos das Impetrantes venham a ser acionados, os consumidores terão que arcar, ainda, com o altíssimo valor do custo de geração dessas empresas; e

(d) a Administração se verá obrigada a impor às distribuidoras a aquisição de uma energia de que não necessitam, sendo que os custos decorrentes dessa sobrecontratação também serão arcados pelos consumidores finais de energia elétrica' (fl. 05/06).

3. Resumidos, os fatos são os seguintes.

O mandado de segurança foi impetrado em 28 de junho de 2006, tendo a medida liminar sido originariamente deferida para o efeito de autorizar a participação das impetrantes na fase de pré-qualificação da licitação, e mais tarde ampliada para que também participassem da fase de pós-qualificação. A final, o MM. Juiz Federal Substituto denegou a ordem. Cessou, então, a eficácia da medida liminar.

A apelação interposta pelas impetrantes foi provida em 06 de maio de 2009. No interregno entre a sentença e o julgamento do recurso, foram realizados novos leilões para a compra de energia elétrica, e a demanda visada pelo Leilão A-3 de 2006, objeto do mandado de segurança, acabou suprida pelos leilões supervenientes.

O resultado disso, segundo a petição de fl. 01/25 é a de que as distribuidoras 'serão obrigadas a adquirir energia das quais já não precisam' (fl. 14), com grave dano aos consumidores que arcarão com 'os custos decorrentes dessa sobrecontratação de energia' (fl. 14).

Ainda nos termos do requerimento de suspensão dos efeitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do julgado:

'Os empreendimentos das impetrantes são usinas termelétricas movidas a combustível fóssil, com altíssimo custo de geração, e que possuem duas formas distintas de receita. A primeira decorre de sua disponibilidade. Ou seja, a termelétrica recebe uma receita fixa durante todo o período de vigência do contrato, em decorrência da disponibilidade da usina, independente de ser ela acionada ou não.

Caso a termelétrica venha a ser acionada, além da receita fixa, ela passa a receber também uma segunda forma de receita, denominada receita variável. O acionamento efetivo da termelétrica pode ocorrer em situações de escassez de energia, e obedece à ordem de mérito de custo econômico, ou seja, primeiro são acionadas as termelétricas já existentes que possuem menores preços de geração, e, por último, apenas se necessário do ponto de vista da segurança do sistema, são acionadas as termelétricas com energia mais cara.

No caso dos empreendimentos das impetrantes, devido ao altíssimo custo da energia por elas gerada, é quase nula a possibilidade de que um dia ela venha a ser acionada. Ou seja, as impetrantes celebrarão contratos que lhes garantirão receita fixa por 15 (quinze) anos, sem necessidade de gerar energia.

O custo da energia gerada pelas usinas termelétricas está atrelado ao Custo Variável Unitário - CVU, o qual, no caso dos empreendimentos das impetrantes, considerando-se os termos do acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, seria de R\$ 295,09/MWh, valor muito superior ao CVU médio das 151 termelétricas incluídas no Programa Mensal de Operação - PMO de novembro de 2010, correspondente a R\$ 280,08/MWh.

Com o referido valor de CVU, os empreendimentos das impetrantes não teriam sido acionados uma vez sequer desde 2009 - data de início de entrega da energia gerada pelas termelétricas que venderam energia no Leilão A-3 de 2006 - até a presente data. Ou seja, se construídas e disponíveis, teriam custado às distribuidoras, e consequentemente, aos consumidores o valor de R\$ 154.336.395,24, ao longo dos anos de 2009 e 2010, sem a geração de um único MWh de energia.

Caso a execução do acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região não seja suspensa, os consumidores de energia elétrica terão que arcar com um custo adicional de R\$ 76,717.080,13 ao ano, o que, ao longo do período de vigência do contrato, que é de 15 anos, corresponderá à despesa total de R\$



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.150.756.201,95 ! Tudo isso, repita-se, sem que as impetrantes tenham que gerar um único Mwh de energia !' (fl. 19/20).

Os fatos narrados caracterizam, salvo melhor juízo, grave lesão à ordem administrativa.

Defiro, por isso, o pedido de suspensão" (fl. 1.636/1.637).

A teor do recurso:

"Objetivamente, portanto, não procede a alegação da Aneel de que os consumidores seriam onerados em mais de 150 milhões nos anos de 2009 e 2010 e teriam de arcar com R\$ 1,5 bilhão ao longo de quinze anos se as impetrantes tivessem sido contratadas. Admitir a sua validade importaria em reconhecer - contra a lei, o edital e os contratos por disponibilidade - que a Aneel homologou diversos outros contratos em prejuízo dos consumidores. Esse raciocínio é simplesmente ilógico e poderia culminar na responsabilização da própria Agência Reguladora" (fl. 1.679).

"Cumprir o edital de licitação homologando o resultado regular é preservar a ordem administrativa e afirmar a segurança jurídica. A toda evidência, é a conduta da Aneel que causa insegurança e pode afastar investimentos em geração de energia, especialmente quando decorrente de ardiloso embaraço ao cumprimento de decisão judicial. Isso, sim, sem dúvida, é suficiente para amedrontar os empreendedores" (fl. 1.685).

"Em outras palavras, essa eventual sobrecontratação, além de mínima (58 MW médios para cada empreendimento), será imediatamente absorvida na expansão da geração, necessária para atendimento ao mercado das distribuidoras.

Isso significa que a alegação de sobrecontratação não passa de uma verdadeira balela, considerando que as distribuidoras estão obrigadas a contratar energia para atender seu mercado de referência, que não para de crescer" (fl. 1.686).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.397 - RJ (2010/0196664-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

1. Morro do Conselho Participações Ltda. e outra requereram, supervenientemente à interposição do agravo regimental, seja declarada a perda de objeto do pedido de suspensão de liminar *"diante do julgamento e trânsito em julgado de todos os recursos interpostos junto a este tribunal, sem que a decisão combatida tenha sido reformada em nenhum aspecto"* (fl. 1.916).

No entanto, a decisão que defere o pedido de suspensão de liminar tem eficácia até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal - circunstância que não ocorreu na espécie, porque pendentes de julgamento recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal (AI nº 833.665, RJ; 833.703, RJ; 834.402, RJ).

2. No contexto dos autos, presumem-se legítimas as alegações articuladas pela autarquia federal encarregada de regulamentar o mercado de energia elétrica. A motivação da Agência Nacional de Energia Elétrica para o ajuizamento do pedido de suspensão está na circunstância de que *"caso a execução do acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região não seja suspensa, os consumidores de energia elétrica terão que arcar com um custo adicional de R\$ 76.717.080,13 ao ano, o que, ao longo do período de vigência do contrato, que é de 15 anos, corresponderá à despesa total de R\$ 1.150.756.201,95 ! Tudo isso, repita-se, sem que as impetrantes tenham que gerar um único MWh de energia"* (fl. 20) .

Nessa linha, salvo melhor juízo, está caracterizada a grave lesão à ordem administrativa.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2010/0196664-3 PROCESSO ELETRÔNICO SS **AgRg na 2.397 / RJ**

Número Origem: 200651010124354

EM MESA

JULGADO: 18/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PRESIDENTE DO STJ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WAGNER NATAL BATISTA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : INDIRA ERNESTO S QUARESMA E OUTRO(S)
REQUERIDO : DESEMBARGADOR RELATOR DA APELAÇÃO EM MANDADO DE
SEGURANÇA NR 200651010124354 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA
2A REGIÃO
IMPETRANTE : MORRO DO CONSELHO PARTICIPAÇÕES LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MORRO DO CONSELHO PARTICIPAÇÕES LTDA E OUTRO
ADVOGADO : GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : INDIRA ERNESTO S QUARESMA E OUTRO(S)
REQUERIDO : DESEMBARGADOR RELATOR DA APELAÇÃO EM MANDADO DE
SEGURANÇA NR 200651010124354 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA
2A REGIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Assis Moura e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha.

Convocado o Sr. Ministro Herman Benjamin para compor quórum.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.