



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28283 - DF (2021/0397306-1)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : TERMELETRICA VIANA S/A
ADVOGADOS : GILSON LANGARO DIPP E OUTRO(S) - RS005112
JOÃO CARLOS ZANON - SP163266
RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120
THIAGO SILVEIRA ANTUNES - SP271298
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958
LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731
RAFAEL FABBRI D AVILA - SP173486
AGRAVADO : UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DAS MINAS E ENERGIA
IMPETRADO : EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA FERREIRA - RJ138331
BRUNO ABREU BASTOS - RJ138772

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. LEILÃO DE RESERVA DE CAPACIDADE. LIMITE DE CUSTO VARIÁVEL UNITÁRIO - CVU PREVISTO NO EDITAL. LIMITAÇÃO AFASTADA PARA DETERMINADOS PARTICIPANTES POR FORÇA DE DECISÕES JUDICIAIS. ATO COATOR: NÃO AFASTAMENTO DA RESTRIÇÃO DO CVU À IMPETRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AS AUTORIDADES COATORAS NÃO ESTAVAM OBRIGADAS A AFASTAR A RESTRIÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS PARTICIPANTES, QUE NÃO FORAM BENEFICIADAS POR DECISÕES JUDICIAIS PRECÁRIAS (POSTERIORMENTE REVOGADAS). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A Termelétrica Viana S.A. impetrou mandado de segurança em face do Ministro de Estado das Minas e Energia e da Empresa de Pesquisa Energética, em que se busca "*assegurar o direito de (...) promover novo cadastro no '1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021', sem limitação de CVU, respeitando o mesmo combustível das demais licitantes que obtiveram (...) liminares (...), e podendo realizar adequações daí resultantes, de modo a assegurar [à Impetrante] apresentar sua proposta de preço em paridade concorrencial e igualdade de condições com as demais concorrentes*".

2. Sustenta a impetrante, essencialmente, que a participação de outras empresas, que puderam apresentar projetos sem limitação de CVU por força de liminares deferidas em mandados de segurança impetrados nesta Corte, implica grave violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que estava obrigada a concorrer com trava ilegal de CVU, em evidente situação de disparidade de competição.

3. Inexistente violação a direito líquido e certo na hipótese dos autos, pois, conforme se extrai da inicial, a impetrante labora com a premissa de que as autoridades coatoras, a título de isonomia, deveriam ter autorizado a sua participação nas mesmas condições das empresas que obtiveram liminares em ações mandamentais ajuizadas nesta Corte.

4. Ocorre que o ingresso das licitantes sem a limitação do CVU se deu por força de decisões judiciais precárias tomadas nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, ou seja, as autoridades impetradas não tinham a obrigação de afastar a limitação em relação aos licitantes não são partes nos mandados de segurança. Ao contrário, o acolhimento da pretensão da impetrante é que violaria o direito à isonomia das concorrentes que optaram por se sujeitar à limitação do CVU, cumprindo regularmente as regras do edital do Leilão de Reserva de Capacidade.

5. Ademais, a própria impetrante informou que iria participar do certame com apresentação de proposta que respeitava a limitação no CVU imposta no edital do leilão, todavia, assumiu por sua própria conta o risco de realizar nova proposta com base em liminar requerida presente via, impetração feita a poucos dias da data do leilão.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/09/2022 a 20/09/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília, 20 de setembro de 2022.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

AgInt no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.283 - DF (2021/0397306-1)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : TERMELETRICA VIANA S/A
ADVOGADOS : GILSON LANGARO DIPP E OUTRO(S) - RS005112
JOÃO CARLOS ZANON - SP163266
RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120
THIAGO SILVEIRA ANTUNES - SP271298
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958
LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731
RAFAEL FABBRI D AVILA - SP173486
AGRAVADO : UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DAS MINAS E ENERGIA
IMPETRADO : EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA FERREIRA - RJ138331
BRUNO ABREU BASTOS - RJ138772

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo interno da Termelétrica Viana S/A contra decisão de minha relatoria em que denegada a segurança, pois inexistente violação a direito líquido e certo da impetrante de prosseguir no certame, tendo em vista que a autoridade impetrada não violou o princípio da isonomia ao permitir o ingresso de outras licitantes, cujos projetos preveem Custo Variável Unitário (CVU) superior aos limites previstos no edital, uma vez que tal se deu por força de decisões judiciais precárias.

Repisa a agravante os argumentos da inicial, nos termos seguintes: (a) as liminares concedidas nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF agravaram os efeitos do ato coator, tornando a licitação em comento inviável no seu critério de julgamento; (b) a inviabilidade da licitação surgiu na medida em que foi obrigada a observar a limitação ilegal de CVU e, em razão disso, promover cadastro perante a EPE com premissas técnicas distintas das demais licitantes, o que a impediam de ofertar, subsequentemente, sua melhor proposta; (c) sem a ilegal limitação do CVU as demais licitantes puderam adotar premissas técnicas distintas, de modo que conseguiram ofertar proposta muito mais vantajosa no leilão; (d) embora esse Eg. STJ tenha denegado a segurança nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, esses mesmos licitantes obtiveram novas tutelas de urgência nos autos de seus recursos ordinários, concedidas pelo eminente Ministro Nunes Marques, por meio das

Superior Tribunal de Justiça

quais se afastou o ilegal limite de CVU imposto pelas Autoridades Coatoras; e, (e) à luz do princípio da legalidade, observando situação de flagrante isonomia, era dever das Autoridades Coatoras corrigir a condição de desigualdade, a fim de tratar todos os licitantes da mesma forma.

No mais, traz argumentos voltados a sustentar a tese de ilegalidade da limitação do CVU no edital do leilão; além de refutar os fundamentos de que a concessão da segurança que implicaria ofensa ao princípio da isonomia e de que a apresentação de projeto sem limitação do CVU, por força de liminar, se deu por conta e risco da impetrante.

Houve impugnação pela União e pela Empresa de Pesquisa Energética.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. LEILÃO DE RESERVA DE CAPACIDADE. LIMITE DE CUSTO VARIÁVEL UNITÁRIO - CVU PREVISTO NO EDITAL. LIMITAÇÃO AFASTADA PARA DETERMINADOS PARTICIPANTES POR FORÇA DE DECISÕES JUDICIAIS. ATO COATOR: NÃO AFASTAMENTO DA RESTRIÇÃO DO CVU À IMPETRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AS AUTORIDADES COATORAS NÃO ESTAVAM OBRIGADAS A AFASTAR A RESTRIÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS PARTICIPANTES, QUE NÃO FORAM BENEFICIADAS POR DECISÕES JUDICIAIS PRECÁRIAS (POSTERIORMENTE REVOGADAS). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A Termelétrica Viana S.A. impetrou mandado de segurança em face do Ministro de Estado das Minas e Energia e da Empresa de Pesquisa Energética, em que se busca *"assegurar o direito de (...) promover novo cadastro no '1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021', sem limitação de CVU, respeitando o mesmo combustível das demais licitantes que obtiveram (...) liminares (...), e podendo realizar adequações daí resultantes, de modo a assegurar [à Impetrante] apresentar sua proposta de preço em paridade concorrencial e igualdade de condições com as demais concorrentes"*.

2. Sustenta a impetrante, essencialmente, que a participação de outras empresas, que puderam apresentar projetos sem limitação de CVU por força de liminares deferidas em mandados de segurança impetrados nesta Corte, implica grave violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que estava obrigada a concorrer com trava ilegal de CVU, em evidente situação de disparidade de competição.

3. Inexistente violação a direito líquido e certo na hipótese dos autos, pois, conforme se extrai da inicial, a impetrante labora com a premissa de que as autoridades coatoras, a título de isonomia, deveriam ter autorizado a sua participação nas mesmas condições das empresas que obtiveram liminares em ações mandamentais ajuizadas nesta Corte.

4. Ocorre que o ingresso das licitantes sem a limitação do CVU se deu por força de decisões judiciais precárias tomadas nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, ou seja, as autoridades impetradas não tinham a obrigação de afastar a limitação em relação aos licitantes não são partes nos mandados de segurança. Ao contrário, o acolhimento da pretensão da impetrante é que violaria o direito à isonomia das concorrentes que optaram por se sujeitar à limitação do CVU, cumprindo regularmente as regras do edital do Leilão de Reserva de Capacidade.

5. Ademais, que a própria impetrante informou que iria participar do certame com apresentação de proposta que respeitava a limitação no CVU imposta no edital do leilão, todavia, assumiu por sua própria conta o risco de realizar nova proposta com base em liminar requerida presente via, impetração feita a poucos dias da data do

leilão.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

A insurgência não prospera.

Na hipótese dos autos, a Termelétrica Viana S.A. impetrou mandado de segurança em face do Ministro de Estado das Minas e Energia e da Empresa de Pesquisa Energética, em que se busca *"assegurar o direito de (...) promover novo cadastro no '1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021', sem limitação de CVU, respeitando o mesmo combustível das demais licitantes que obtiveram (...) liminares (...), e podendo realizar adequações daí resultantes, de modo a assegurar [à Impetrante] apresentar sua proposta de preço em paridade concorrencial e igualdade de condições com as demais concorrentes"* (fl. 3170-e, destaqui).

Quanto ao mérito da impetração, a impetrante sustenta, essencialmente, que

(...)

53.) A inviabilidade da licitação surgiu na medida em que a Impetrante foi obrigada a observar a limitação ilegal de CVU e, em razão disso, promover cadastro perante a EPE com premissas técnicas distintas das demais licitantes, o que a impedirá de ofertar, subsequentemente, sua melhor proposta.

54.) E, de outro lado, sem a ilegal limitação do CVU as demais licitantes puderam adotar premissas técnicas distintas, de modo que conseguirão ofertar proposta muito mais vantajosa no leilão que será realizado no dia 21.12.2021.

55.) Essa grave e ilegal situação levará a Administração Pública a ter que avaliar premissas técnicas e estruturas de preço totalmente díspares, que indicarão “menores preços” que não serão comparáveis entre si.

56.) Essa situação implica grave violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que a Impetrante foi obrigada a concorrer com trava ilegal de CVU, em evidente situação de disparidade de competição.

57.) E essa situação se agravou na medida em que as licitantes concorrentes da TEVISA no certame em comento poderão ofertar proposta sem observar a referida limitação ilegal.

58.) Nesse passo, a imposição que recai sobre a ora impetrante, de concorrer com requisito distinto, viola frontal e diretamente o princípio da isonomia, além de impedir que a Administração Pública tenha condições de analisar, de forma isonômica, todas as premissas técnicas e propostas que serão apresentadas (fls. 14/15-e, destaqui).

Superior Tribunal de Justiça

Ao final, pede a impetrante concessão da segurança, ratificando-se os termos da liminar deferida para assegurar o direito de promover o cadastro no Leilão de Reserva de Capacidade, sem a limitação de CVU, "respeitando o mesmo combustível das demais licitantes que obtiveram as liminares mencionadas, e podendo realizar adequações daí resultantes, de modo a assegurar à Impetrante apresentar sua proposta de preço em paridade concorrencial e igualdade de condições com as demais concorrentes" (fl. 20-e).

Pois bem.

Preambularmente, cumpre esclarecer que **não serão considerados os argumentos voltados à questionar a legalidade da limitação do Custo Variável Unitário (CVU), pois tal matéria está em discussão em ação ordinária em curso na Justiça Federal, conforme esclarecido na petição em que a própria impetrante refuta a preliminar de litispendência** (Petição 1156999/2021, fls. 3353/3361-e).

Na oportunidade, reforçou a impetrante que o presente mandado de segurança foi impetrado para discutir violação ao princípio da isonomia, que entende ter ocorrido em razão da participação de empresas que obtiveram liminares para que pudessem apresentar projetos sem limitação de CVU.

Quanto ao mais, a ora agravante, a despeito do louvável esforço argumentativo, não demonstrou a ocorrência de violação ao princípio da isonomia, pois as autoridades impetradas permitiram apresentação de determinados projetos sem limitação de CVU no certame **em razão de decisões judiciais – ou seja, o estrito cumprimento de decisões judiciais, sem retirada do obstáculo em questão às demais empresas interessadas, por si só, não implica violação ao princípio da isonomia.**

Ao contrário, haveria ofensa à isonomia o deferimento da participação da impetrante no certame, sem limitação de CVU, em relação às demais concorrentes, que cumpriram regularmente as regras previstas no edital.

Em suma, a postura questionada pela impetrante é que respeitou os princípio da isonomia (e também o da impessoalidade), conforme bem argumentado pela Empresa de

Pesquisa Energética (EPE) nas informações juntadas aos autos, trecho reproduzido mais adiante.

Não é demais lembrar que a própria impetrante assumiu que iria apresentar projeto respeitando a limitação de CVU, mas que optou por sua própria conta e risco concorrer com base em decisão precária, apresentando projeto sem tal limitação.

Por fim, não socorre a agravante a invocação de decisões proferidas pelo Ministro Nunes Marques, **pois ainda não há falar em juízo definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema discutido nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF**, julgados pela Primeira Seção desta Corte.

Como a agravante não trouxe argumentos suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada, o seu teor deve ser reiterado:

(...)

É caso de denegar a segurança, pois inexistente violação a direito líquido e certo.

Conforme se extrai da inicial, a impetrante labora com a premissa de que as autoridades coatoras, a título de isonomia, deveriam ter autorizado a sua participação nas mesmas condições das empresas que obtiveram liminares em ações mandamentais ajuizadas nesta Corte.

Quanto às demais questões - especificamente relacionadas à (i)legalidade da limitação da CVU -, a própria impetrante esclarece que não está discutindo na presente via, e sim em sede de ação ordinária, o que foi reiterado quando refutada a preliminar de litispendência invocada pela EPE.

Ocorre que o ingresso das licitantes sem a limitação do CVU se deu por força de decisões judiciais precárias tomadas nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, ou seja, **as autoridades impetradas não tinham a obrigação de afastar a limitação em relação aos licitantes não são partes nos mandados de segurança.**

Ademais, o acolhimento da pretensão da impetrante é que violaria o direito à isonomia dos licitantes que optaram por se sujeitar à limitação do CVU, cumprimento das regras do edital do Leilão de Reserva de Capacidade.

Na mesma conclusão chegou a EPE em suas informações (fls. 3392/3394-e):

(...) 36. Ao contrário do que tenta fazer crer a Impetrante, a conduta da EPE no sentido de fazer todos os inscritos no 1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 observarem o disposto no art. 7º, inciso III da Portaria Normativa nº 20/GM/MME/2021 não viola a isonomia entre os participantes do certame, mas sim prestigia o referido princípio.

37. O requerimento formulado pela demandante, por outro lado, para que se seja assegurado a ela o direito de promover novo cadastro no 1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 sem limitação de CVU, respeitando o mesmo combustível das licitantes que obtiveram decisões liminares favoráveis nos MS nº 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, e podendo realizar adequações daí resultantes (item d do parágrafo 86 da inicial c/c emenda solicitada por meio da petição de fls. 3.169/3.172), **este sim, viola os princípios licitatórios da impessoalidade e da isonomia.**

38. Sobre tais princípios, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

O (princípio) da impessoalidade indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica. (...) O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.

Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar 'igualdade de condições a todos os concorrentes'. Portanto, as linhas marcantes do princípio são de índole constitucional. A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes está oferecendo também tratamento impessoal. (...)

39. Com efeito, a busca pela melhor proposta para a Administração Pública deve se dar em um ambiente em que os licitantes disputem em igualdade de condições (art. 3º, § 1º, inciso II da Lei nº 8.666/93).

40. Nessa esteira, a pretensão da demandante viola a impessoalidade e a isonomia, na medida em que objetiva conseguir que lhe seja dispensado tratamento diferente daquele dado aos demais empreendimentos interessados em participar do 1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021, que observaram os parâmetros técnicos estabelecidos pela Portaria Normativa nº 20/GM/MME/2021 para habilitação de empreendimentos neste Leilão.

41. Importante ressaltar que a própria Impetrante reconhece este fato ao alegar que “sobreveio fato novo que implicou agravamentos dos efeitos do ato coator e majoração do dano suportado pela Impetrante, impedindo-a de participar, de forma isonômica, no Leilão de Capacidade frente a seus concorrentes.

Com efeito, as liminares concedidas nos mandados de segurança de número 28.123- DF, 28.124-DF e outras (Docs. 04 e 05), agravaram os efeitos do ato coator, na medida em que tornaram a licitação em comento inviável no seu critério de julgamento. Em outras palavras, a situação ilegal criada pelo ato coator, agravada pelas referidas liminares concedidas por esse Eg. STJ, inviabilizam o exame das propostas que serão apresentadas pelos licitantes no dia 21.12.2021, porquanto fundadas em premissas e pressupostos absolutamente distintos” (parágrafos nº 47/49 da inicial).

42. Como bem reconheceu a própria Impetrante, as liminares concedidas por esse Eg. STJ no bojo do MS nº 28.120/DF, do MS nº 28.123/DF e do MS nº 28.124/DF macularam a isonomia antes existente entre os participantes do 1º Leilão de Reserva de Capacidade de 2021, pois inviabilizaram o exame equânime das propostas apresentadas pelos licitantes no dia 21.12.2021, porquanto fundadas em premissas e pressupostos, nas palavras da própria Impetrante, absolutamente distintos. **Justamente por esta razão, a pretensão deduzida pela Impetrante na presente demanda não merece acolhida, pois ela nada mais deseja do que ver a situação de desigualdade criada pelo Judiciário (não pela EPE, que sempre zelou pela observância das regras do leilão por todos os seus participantes) estendida a ela mesma, em seu favor.**

43. A pretensão da Impetrante na presente demanda, nessa esteira, se revela desarrazoada e até mesmo imoral, na medida em que a Impetrante relata e reconhece a existência de uma situação de violação ao princípio da isonomia em uma licitação e, ao invés de pleitear a observância do princípio no certame, pleiteia que ela também seja beneficiada pela violação à isonomia (destaquei).

Nessas circunstâncias, é manifesta a ausência do alegado direito líquido e certo afirmado na inicial.

Ademais, as referidas liminares foram revogadas, pois denegada a segurança nos Mandados de Segurança 28.120/DF, 28.123/DF e 28.124/DF, assim ementados:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO IMPETRADO: FIXAÇÃO DE LIMITE AO CUSTO VARIÁVEL UNITÁRIO (CVU) DE EMPREENDIMENTOS TERMELÉTRICOS PARA FINS DE PARTICIPAÇÃO EM LEILÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DO VALOR QUE SE DEU DE MODO FUNDAMENTADO E EM OBSERVÂNCIA À ATUAL POLÍTICA ENERGÉTICA DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA, QUE CONSIDERA OS COMPROMISSOS AMBIENTAIS FIRMADOS PELO BRASIL DE REDUÇÃO DE EMISSÃO DE GASES DE EFEITO ESTUFA. ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Companhia Energética Potiguar em face do Ministro de Estado das Minas e Energia, em que se requer o afastamento da limitação prevista no art. 7º, III, da Portaria Normativa GM/MME nº 20/2021, que impede a participação no Leilão de Reserva de Capacidade de 2021 de empreendimento cujo Custo Variável Unitário - CVU seja superior a R\$600,00/MWh (seiscentos reais por megawatt-hora).
2. Não prospera a alegação de nulidade consistente na falta de apreciação específica do valor do CVU em audiência pública, pois o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.707/2021, dispõe que os estudos que subsidiam a metodologia de definição do montante total da reserva de capacidade a ser contratada que serão submetidos à consulta pública, e não propriamente o valor máximo do CVU.
3. De qualquer forma, a formalidade da realização da audiência pública foi cumprida e, conforme bem observado pela autoridade impetrada, "a consulta não tem por fim causar a submissão das decisões político-administrativas à vontade popular, ou sequer a sua substituição, até mesmo pela dificuldade de obtenção de consenso diante da heterogeneidade dos diversos interesses em jogo, mas sim possibilitar que a sociedade que participe ativamente do processo decisório e da elaboração de políticas públicas, em legítimo exercício de cidadania".
4. Também não é caso de acolher a nulidade fundada na ausência de fundamentação na fixação do valor do CVU. Sobre a matéria, a autoridade impetrada invocou o item 4.21 da Nota Técnica 093/2021/DPE/SPE, de 10/8/2021, emitida no âmbito da Consulta Pública 108/2021, segundo o qual "A fixação de um limite máximo para fins de habilitação técnica se faz necessária, de modo a impedir declarações desarrazoadas, bem como restringir a participação de empreendimentos que utilizem combustíveis em desacordo com os compromissos ambientais assumidos pelo país".
5. Ainda, a limitação do CVU se deu com o escopo de observar o princípio da modicidade tarifária - sob as premissas de que, quanto maior o CVU, maior o custo de geração e, por conseguinte, o custo total do sistema -, sendo o seu valor fixado por meio de avaliação técnica específica realizada pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE que, "para estimar os valores para os custos variáveis, considerou o histórico de preços dos combustíveis, realizou estimativas de preços futuros para cada um dos indexadores (...) Henry Hub, Brent e JKM, bem como utilizou a taxa de câmbio média do dólar nos últimos doze meses".
6. Na realidade, o que foi evidenciado no ato impetrado é o regular exercício da competência do Ministro de Estado de formular a política pública a ser adotada em sua área de atuação, atualmente prevista na Lei 13.844/2019, art. 41.
7. Ademais, mostram-se relevantes os argumentos da União de que, "após longos estudos e avaliações técnicas dos órgãos e instituições públicas, que a contratação de usinas a óleo para o atendimento a

requisitos sistêmicos estruturais e com contratos de longo prazo está descolada com as diretrizes de política pública, bem como com os movimentos e agendas internacionais que apontam para a transição energética".

8. Ora, se a política energética objetiva conciliar a disponibilização de energia elétrica extra em períodos críticos com o dever de proteção ao meio ambiente (reiterando compromissos do País no plano internacional, notadamente o da redução da emissão de gases de efeito estufa), é perfeitamente legítima a limitação da participação de empreendimentos que a autoridade coatora considera poluentes, ainda que no âmbito residual da energia de reserva, que estaria limitada a 2% da capacidade total de geração no País - daí porque também não se vislumbra ofensa ao princípio da competitividade.

9. Ainda sobre o tema da competitividade, a manifestação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE demonstra que a limitação da CVU não restringiu a participação no certame, tendo em vista a expressiva quantidade de novos empreendimentos cadastrados, que representariam 41.254 MW do total de 50.691 MW - considerando-se os 132 projetos cadastrados no leilão - , sendo que a oferta desses novos empreendimentos equivale a 76% do atual parque termelétrico brasileiro.

10. Não se evidenciando nenhuma ilegalidade na edição do ato impetrado, de alta densidade técnica e elaborado no contexto da política energética cuja elaboração é da competência da autoridade impetrada, com a participação de órgãos diversos da Administração Pública, não há razão para intervenção do Poder Judiciário no caso concreto.

11. Segurança denegada.

(MS 28.120/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2022, DJe 29/03/2022; no mesmo sentido: MS 28.124/DF, também de minha relatoria)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREVENÇÃO. REJEIÇÃO. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. LEILÃO DE RESERVA DE CAPACIDADE DE ENERGIA ELÉTRICA. HABILITAÇÃO TÉCNICA. CUSTO VARIÁVEL UNITÁRIO (CVU). LIMITE FIXADO EM PORTARIA. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. COMPETITIVIDADE. RESTRIÇÃO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. COMPROMISSOS AMBIENTAIS E MODICIDADE TARIFÁRIA. ATENDIMENTO. NECESSIDADE. REQUISITO. LEGALIDADE. CONSTATAÇÃO.

1. O mandado de segurança constitui ação constitucional de rito especial que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ilegalidade ou abuso de poder emanados de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no

exercício de atribuições do Poder Público.

2. Rejeitada a prevenção do em. Ministro Mauro Campbell para o julgamento do presente writ, em razão da anterior distribuição à Sua Excelência do MS 28.120/DF, porquanto não identificada nenhuma das situações descritas no art. 71, caput, do RISTJ, sendo que a mera circunstância de identidade de matéria não enseja a distribuição por prevenção.

3. Afastada a preliminar de litispendência do presente mandamus com outro impetrado no primeiro grau de jurisdição, em face da ausência da tríplice identidade entre os feitos, sendo válido destacar que, como o ato questionado em ambas as ações mandamentais emana de Ministro de Estado, não há como cogitar da competência do magistrado singular para processar e julgar o feito, em face do comando contido no art. 105, I, "b", da CF/1988.

4. Caso em que o ato coator refere-se à fixação do limite máximo de R\$ 600,00/MWh (seiscentos reais por megawatt-hora) para o Custo Variável Unitário - CVU, como requisito para habilitação técnica em leilão a ser efetivado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), para contratação de potência elétrica e de energia associada, denominado "Leilão de Reserva de Capacidade, de 2021", conforme previsto no art. 7º, III, da Portaria Normativa MME n. 20/2021.

5. Busca a impetrante, que detém usinas termelétricas a óleo diesel ou óleo combustível e com CVU maior que o previsto no edital, participar do leilão, afastada aquela exigência.

6. O Decreto n. 10.707/2021, que regulamenta a contratação de reserva de capacidade, na forma de potência, em seu art. 4º, determina que os estudos elaborados para subsidiar a metodologia de definição do montante total de reserva de capacidade serão submetidos a consulta pública realizada pelo Ministério de Minas e Energia.

7. Inexistência do vício formal concernente ao desatendimento do preceito acima citado, pois, de acordo com as Notas Técnicas n. 56/2021 e 93/2021, disponíveis no sítio eletrônico do Ministério das Minas e Energia como anexos à Consulta Pública n. 108, de 28/05/2021, o Ministério das Minas e Energia esperava as contribuições vertidas da consulta pública para "nortear a definição" do CVU, naquele momento ainda não estabelecido, para fins de habilitação de empreendimentos termelétricos no certame e, assim, suprir a lacuna da minuta da Portaria que conteria as diretrizes para a realização do leilão - ato aqui apontado como coator.

8. Segundo consta das informações trazidas aos autos, o critério de qualificação por valor de CVU não afetou a competição do certame, pois: (i) para o leilão, foram cadastrados 132 projetos, totalizando 50.691 MWh de capacidade instalada, dos quais 41.254 MWh são de novos empreendimentos de geração; (ii) a oferta de novos empreendimentos cadastrados para o leilão corresponde a 76% do atual parque termelétrico brasileiro e reflete o tamanho do interesse

de empreendimentos novos e existentes em participar do certame; (iii) das 93 usinas termelétricas listadas pelo Operador Nacional do Sistema (NOS), 56 possuem CVU menor ou igual a R\$ 600,00/MWh, cerca de 60% dos empreendimentos; (iv) embora, no parque termelétrico em operação, encontrem-se algumas usinas antigas, a maioria delas teria condições de participar do leilão, segundo o critério do CVU máximo.

9. Descabe falar em exigência desmotivada, pois, de acordo com a União, a restrição à habilitação de empreendimentos termelétricos cujo custo variável unitário (CVU) seja superior a R\$ 600,00/MWh atende a compromissos ambientais internacionais assumidos pelo País e busca "garantir a confiabilidade do suprimento de energia elétrica a mínimo custo, incorporando ainda limites para emissões de gases de efeito estufa e novas tecnologias", conforme a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), instituída pela Lei n. 12.187/2009 e regulamentada pelo Decreto n. 9.578/2018, no escopo de substituir combustíveis com maiores fatores de emissão por outros com menor emissão, o que resulta em aumento da eficiência energética e em crescente inserção de fontes renováveis.

10. A exigência questionada no presente writ acha-se fundada no art. 1º da Lei n. 9.478/1997, que estabelece, entre os objetivos da política energética nacional, a proteção dos interesses do consumidor e a proteção do meio ambiente, bem como nas disposições da Lei n. 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), na busca por garantir que o desenvolvimento econômico e social contribua para a proteção do sistema climático global.

11. O Decreto n. 9.578/2018, que atualmente regulamenta a PNMC, definiu os Planos Decenais de Expansão de Energia (PDEs) como um dos planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas (art. 17, III), cuja efetivação ocorre por meio da expansão da oferta hidrelétrica, da oferta de fontes alternativas renováveis, da oferta de biocombustíveis e do incremento da eficiência energética (art. 19, III).

12. O PDE 2030 apresenta "a redução da participação de termelétricas a diesel e óleo combustível (...) por combustíveis que emitam menos GEE, como o gás natural ou outros combustíveis renováveis, bem como medidas para se aumentar a eficiência energética dos meios de geração de energia, transporte e processos industriais".

13. Segundo a Nota Informativa nº 00050/2021/DPE/SPE, o valor do CVU corresponde ao valor a ser pago pela energia gerada, daí a necessidade de limitar o CVU das participantes com o objetivo de garantir a modicidade tarifária.

14. A autoridade impetrada informa que a participação das usinas operadas pela impetrante implicará elevado custo final na tarifa de energia elétrica a ser paga pela coletividade, em direção oposta ao interesse público.

15. De acordo com a Nota Informativa n. 70/2021/DPE/SPE, elaborada pelo MME, o consumidor terá de pagar 65,8% mais caro pela energia gerada do que o limite inicialmente estabelecido nas diretrizes do Poder Concedente, sem contar que o afastamento do limite do CVU de R\$ 600,00/MWh, escopo pretendido no presente mandamus, trará custo adicional ao consumidor de energia elétrica da ordem de R\$ 22,6 bilhões durante os 15 anos de contrato.

16. Mostrou-se inadequada e imprópria a comparação do CVU exigido para o leilão em tela (R\$ 600,00/MWh com o adotado no Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade de 2021, conforme Portaria MME nº 24/2021 (até R\$ 1.000,00/MWh), porque, segundo as informações coligidas no feito, o primeiro visa "atender aos requisitos estruturais de potência do sistema identificados nos estudos de planejamento no âmbito do PDE 2030" e contempla "contratos de longo prazo (15 anos) com vistas a remunerar e viabilizar empreendimentos que contribuirão de forma estrutural com o SIN", ao passo que o segundo objetiva "viabilizar uma contratação emergencial para endereçar a crise hídrica no país", com a celebração de contratos "de pouco mais de 3 anos, o que, por si só, já justificaria preços mais elevados", sendo o prazo de implantação dos empreendimentos "muito curto (aproximadamente 7 meses), o que contribui para a elevação dos custos da contratação".

17. Contrapor as declarações da autoridade impetrada, para concluir que a limitação do CVU nada interfere no meio ambiente e também não representa impacto na tarifa de energia, como defende a impetrante, além de militar em desfavor da presunção de legitimidade do ato administrativo, demanda necessária dilação probatória, medida inadmissível nesta via. 18.

Segurança denegada e liminar revogada. Agravo interno prejudicado.

(MS 28.123/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2022, DJe 30/03/2022)

Observo, ademais, que a própria impetrante informou que iria participar do certame com apresentação de proposta que respeitava a limitação no CVU imposta no edital do leilão, todavia, assumiu por sua própria conta o risco de realizar nova proposta com base em liminar requerida presente via, impetração feita a poucos dias da data do leilão.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

AgInt no MS 28.283 / DF
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2021/0397306-1

Número de Origem:

Sessão Virtual de 14/09/2022 a 20/09/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TERMELETRICA VIANA S/A

ADVOGADOS : GILSON LANGARO DIPP E OUTRO(S) - RS005112

JOÃO CARLOS ZANON - SP163266

RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120

THIAGO SILVEIRA ANTUNES - SP271298

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731

RAFAEL FABBRI D AVILA - SP173486

IMPETRADO : MINISTRO DAS MINAS E ENERGIA

INTERES. : UNIÃO

IMPETRADO : EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE

ADVOGADOS : ALEXANDRE DE SÁ CHIGANER - RJ143095

FERNANDA CORRÊA FERREIRA - RJ138331

BRUNO ABREU BASTOS - RJ138772

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
LICITAÇÕES - MODALIDADE / LIMITE - LEILÃO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TERMELETRICA VIANA S/A

ADVOGADOS : GILSON LANGARO DIPP E OUTRO(S) - RS005112

JOÃO CARLOS ZANON - SP163266

RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S) - DF025120

THIAGO SILVEIRA ANTUNES - SP271298

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731

RAFAEL FABBRI D AVILA - SP173486

AGRAVADO : UNIÃO

IMPETRADO : MINISTRO DAS MINAS E ENERGIA

IMPETRADO : EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE

ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA FERREIRA - RJ138331

BRUNO ABREU BASTOS - RJ138772

TERMO

A PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/09/2022 a 20/09/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília, 21 de setembro de 2022