

2

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

GRERJ ELETRÔNICA Nº 70610531570-23

ABRAGET - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERADORAS TERMELÉTRICAS, sociedade civil sem fins lucrativos, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, na Avenida Rio Branco, nº 53, sala 1301, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.045.195/0001-00, por seus advogados ao final assinados (**docs.01/02**), vem propor a presente

**AÇÃO ORDINÁRIA
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**

em face do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 42.498.600/0001-71, que deverá ser citado na pessoa de seu Procurador-Geral, no endereço da Rua do Carmo nº 27, Centro, o que faz em conformidade com as razões de fato e os fundamentos de direito a seguir aduzidos.

- I -

DA SÍNTESE DOS FATOS

A ABRAGET, como associação representativa dos interesses das geradoras termelétricas, tem como prioridade institucional a busca permanente de mecanismos que permitam a concretização da expansão térmica em benefício da ampliação consistente e confiável do Sistema Elétrico Brasileiro.

Como é notório, as Usinas Termelétricas desempenham relevante papel para a segurança e confiabilidade do parque de geração hidrotérmico, reduzindo o risco de *déficit* de energia, dada a sua maior disponibilidade para geração de energia elétrica, pois sua operação independe da conjuntura hidrológica, da intensidade de ventos ou de disponibilidade de biomassa, todas muito atreladas a fatores naturais e sazonais.

Em suma, as usinas térmicas são as únicas fontes de suprimento elétrico existentes em condições de atender a qualquer tempo às ordens de despacho pleno por parte do Operador Nacional do Sistema – ONS.

O Estado do Rio de Janeiro, em particular, historicamente sempre foi um grande incentivador da instalação e operação de termelétricas em seu território, desde os tempos do Programa Prioritário de Termelétricidade – PPT, sempre com vistas a tornar o estado autossuficiente em energia.

Não por outro motivo, frente a esse notável e robusto incentivo, o parque termelétrico do Estado do Rio de Janeiro se desenvolveu de forma segura, eficiente e sustentável.

Obviamente que, a implantação das usinas sempre esteve condicionada, a todo tempo, ao atendimento de inúmeras condicionantes e compromissos que visam prevenir, mitigar e compensar potenciais impactos ambientais, sem os quais o licenciamento não seria possível.

E assim é, sem exceções, ao longo de todo o território brasileiro.

Ocorre que, no Estado do Rio de Janeiro, além do atendimento a todas essas medidas de índole ambiental, o DECRETO Nº 41.318/2008 veio instituir, unicamente para as usinas térmicas movidas a combustíveis fósseis, o chamado Mecanismo de Compensação Energética (MCE), como parte do Plano de Abatimento de Emissão dos Gases de Efeito Estufa. **(doc. 03)**

4

O MCE, como se verifica do DECRETO Nº 41.318/2008, visa ampliar o uso de fontes de energia renovável, mediante a adoção, pelo empreendedor responsável pela implantação de uma Usina Termelétrica, de medidas que resultem na compensação e na eficiência energética.

Trata-se, a toda evidência, de um pesado ônus adicional que recai sobre os ombros das usinas existentes (no momento em que forem renovar suas licenças de operação), caso o MCE seja aplicado em sentido contrário à previsão contida no art. 4º do DECRETO Nº 41.318/2008, bem como das usinas em fase de implantação.

Para as usinas já existentes, muito embora não haja previsão expressa neste sentido no decreto, a aplicação do referido MCE implica no comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro dos empreendimentos existentes, já que os custos não podem ser repassados para as tarifas.

Para os novos empreendimentos de geração térmica, em que pese os custos do MCE possam ser incorporados e repassados ao consumidor na tarifa cobrada, desde que esta exigência seja feita ainda na fase de requisição de licença prévia, é evidente a perda de competitividade, com a provável opção dos empreendedores pela implantação das usinas em outras unidades da federação.

Note-se, Ex^ª., que o cenário fático ora relatado tende a se agravar diante da perspectiva de que novas usinas termelétricas se utilizarão do gás decorrente da exploração do Pré-Sal.

Seja lá como for, seja lá de que lado se esteja, a situação é grave.

Como se demonstrará ao longo dessa peça, se, de um bordo, a aplicação do MCE implica em indevida e ilegítima oneração das usinas térmicas, de outro, o Estado do Rio de Janeiro, afugentando e inibindo a instalação de usinas térmicas, vê-se sob o risco do comprometimento de seu desenvolvimento social e do seu crescimento econômico.

6

Por derradeiro, insta destacar que a ABRAGET, desde a edição do malsinado decreto, vem tentando obter, na via administrativa, a sua revisão/revogação em prol dos direitos de suas Associadas.

Ocorre que, não tendo nisto logrado êxito e considerando que, recentemente, uma de suas associadas (Petrobras) foi surpreendida pela imposição do mencionado MCE pelo órgão estadual do meio ambiente mesmo após já ter obtido a LI (licença de instalação) de sua usina, outra opção não resta à Autora do que socorro às vias judiciais.

- II -

DA LEGITIMIDADE ATIVA

A Autora é associação sem fins lucrativos, de âmbito nacional e que se encontra regularmente constituída desde o ano de 2001.

Seu quadro social é composto por empresas termelétricas, todas voltadas para a geração e comercialização de energia a partir de fonte térmica.

O art. 3º, alínea "b", do Estatuto Social da Autora é claro ao prever a sua prerrogativa de ingressar em juízo em nome próprio na defesa dos direitos de seus associados, decisão que, no caso em tela, foi expressamente aprovada pela sua reunião plenária de 15.05.2013. **(doc.04)**

Nesse cenário, a Autora tem legitimidade para propositura desta ação, atendendo integralmente aos requisitos impostos pelo art. 5º, LXX, alínea "b" e, ainda, pelo art. 8º, ambos da Constituição da República: é uma associação de âmbito nacional, constituída há mais de um ano, cujas associadas têm manifesto e direto interesse na solução da presente demanda.

- III -
DO DIREITO

O DECRETO Nº 41.318/2008 E SUA FLAGRANTE ILEGALIDADE

Confira-se, de plano, o que dispõe o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008:

“Art. 1º - Fica instituído o mecanismo de compensação energética (MCE), como parte do plano de abatimento de emissão dos gases de efeito estufa, para combater o aquecimento global e reforçar a oferta energética no Estado do Rio de Janeiro.”

“Art. 3º - O empreendedor, ao implantar uma usina termelétrica, aplicará o FCE à potência total instalada pelo empreendimento para obter a potência a ser compensada (PC), conforme detalhado nos parágrafos a seguir.”

“Art. 4º - Durante o processo de licenciamento ambiental do empreendimento, o mecanismo de compensação energética deverá ser detalhado, com a indicação do fator de compensação energética (FCE) nos termos de referência, durante a requisição da licença prévia (LP). A compensação deverá ser detalhada quando da solicitação da licença de instalação (LI).” (grifos nossos)

Ocorre que, como se demonstrará, tal decreto encontra-se repleto de inúmeros vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade e, assim, está a impor um injusto e ilegítimo ônus às Associadas da Autora.

Pela falta de higidez jurídica, o DECRETO Nº 41.318/2008 cai sem qualquer dificuldade, como num castelo de cartas.

O decreto não tem fundamento de validade, na medida em que expedido sem lei anterior.

7

O ART. 84 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA é claro:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. (grifos nossos)

Como não poderia deixar de ser, o ART. 145 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO segue a mesma linha:

Art. 145. Compete privativamente ao Governador do Estado:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;" (grifos nossos)

A doutrina pátria, de forma caudalosa, confirma a impossibilidade de o decreto inovar na ordem jurídica, sem fundamento em lei anterior.

Confira-se o que ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹:

"Esse decreto do inciso IV é o chamado pela doutrina de regulamento executivo. Tem como balizas a impossibilidade de 'inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medida punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II da Constituição."

E também a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²:

¹ Direito Administrativo, 19ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2006, p. 102.

² Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2012, p. 20

"Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente esse relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei." (grifos nossos)

O festejado administrativista vai além³:

"(...) Outros professam o entendimento de que, conquanto possam teoricamente existir, os regulamentos autônomos não são admitidos no ordenamento jurídico pátrio, e isso porque a Carta vigente, como visto, atribui à Chefia do Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis, razão por que só teria admitidos os regulamentos de execução.

Refletindo sobre o tema, entendemos que esta última posição é a que melhor se compatibiliza com nosso sistema jurídico. Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas." (grifos nossos)

diaria Laurence 2013/08/14 10:41:53

³ Carvalho Filho, José dos Santos, Op. cit., p. 61/62

9

Sobre a matéria CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴ também leciona com pena de mestre:

"O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Note-se que o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige a lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas." (grifos nossos)

Confira-se, pela extrema pertinência, a conclusão do ilustre professor⁵:

"Também por tudo isto se explica o redobrado cuidado do constituinte ao reiterar, no âmbito das liberdades econômicas, a absoluta inteireza e valia destas colunas mestras de nosso sistema, conforme resulta do art. 170 - encarecedor da liberdade de iniciativa -, de seu inciso IV - encarecedor da livre concorrência - e do parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual: 'É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei'. Reitera-se, pois, neste campo, a submissão total dos atos administrativos à lei, ao encarecer-se que só por lei é possível restringir a liberdade econômica.

⁴ Curso de Direito Administrativo, 28ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 344/345

⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio, Op. cit., p. 349

NO

Para vincar ainda mais reiteradamente a diretriz consagradora da subordinação da Administração à lei, a Constituição em inúmeros dispositivos atinentes a presumíveis atuações estatais, agrega cauteloso acréscimo: 'nos termos da lei'.

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula a liberdade e a propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou de não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou á propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídicos para o regulamento." (grifos nossos)

Como se pode observar, o DECRETO Nº 41.318/2008 foi editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, sem fundamento em lei anterior que lhe pudesse conferir legitimidade.

Trata-se a toda evidencia de "decreto autônomo" que ofende o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE, plasmado no art. 5º, II, da Constituição da República.

Tal constatação resta confirmada pela leitura dos pareceres SEA/ASJUR/MM nº 10/2008 e nº 104/2007, da lavra da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Ambiente – SEA, exarados no âmbito dos processos administrativos nº E-07/000107/2008 e E-07/000681/2007.

M

Em ambos os pareceres faz-se a distinção entre as duas modalidades de decreto normativo admitidas no ordenamento jurídico, nestes termos:

“No que se refere à forma do ato a ser editado, não vislumbro óbice para que a matéria em comento seja objeto de Decreto. Cumpre observar, por derradeiro, que o ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo), quais sejam, o decreto autônomo e o decreto regulamentar.

No caso em tela, infere-se que a espécie normativa adequada é o decreto autônomo. Em consonância com a doutrina do Il. Mestre Helly Lopes Meirelles¹, o decreto autônomo dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei, ressaltando aquele autor que esses provimentos administrativos são aceitos pela doutrina para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, ou seja, as matérias que só por lei podem ser reguladas.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que não se vislumbra reserva legal no que se refere à matéria ora examinada, qual seja, compensações energéticas, razão pela qual não se verifica óbice jurídico ao tratamento da matéria via decreto. **“Direito Administrativo Brasileiro. 3ª Edição. Malheiros Editores. P. 180”**

Com a devida vênia, há que se refutar o entendimento acima esposado, visto que, apesar do que leciona o mestre Hely Lopes Meirelles, a doutrina majoritária, até a edição da EMENDA CONSTITUCIONAL nº 32, em 11/09/2001, era no sentido de que a Constituição da República de 1988 operara a abolição desta modalidade de decreto em nosso ordenamento.

12

Com o advento da EC nº 32, que alterou o art. 84, VI da Constituição, a doutrina majoritária passou a admitir a edição de decretos autônomos pelo Presidente da República, independentemente de lei, mas somente para dispor sobre a organização e funcionamento da Administração e a extinção de cargos vagos. Ressalte-se que apesar do dispositivo constitucional mencionar expressamente somente o Presidente da República, tal possibilidade é estendida também aos Governadores e Prefeitos, pelo princípio da simetria, repise-se, porém, somente nos casos das alíneas "a" e "b" do art. 84, IV da Constituição.

Mesmo que se admitisse, à guisa de argumentação, a tese esposada por Hely Lopes Meirelles, no sentido da possibilidade de edição de decretos sem lei que os fundamente, estes só poderiam regular matéria não adstrita à reserva legal, como bem apontado na Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Ambiente – SEA.

Ora, o decreto em comento cria claramente obrigação oponível aos particulares, consubstanciada na adoção de Mecanismos de Compensação Energética quando da implantação de empreendimentos de geração de energia térmica por combustíveis fósseis, violando assim, frontalmente, o já citado princípio da legalidade, visto que caberia somente à lei, em sentido formal, criar obrigações aos administrados.

Nesse contexto, vale ressaltar que o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO tem declarado reiteradamente a ilegalidade dos chamados "decretos autônomos":

"Apelação cível. Ação de repetição de indébito. Tarifa de esgoto. Dejetos transportados por galerias de águas pluviais pertencentes à municipalidade. A Lei 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, não admite a cobrança por etapa do conjunto de providências considerado serviço de esgotamento sanitário. Ausência de qualquer menção na referida lei à possibilidade de cobrança decorrente da execução parcial do

10

serviço de esgotamento. Decreto executivo que extrapola o poder regulamentar, ao permitir cobrança por etapa executada isoladamente. Regulamento que deve observar estritamente os termos da lei que o originou. Inviabilidade, no direito brasileiro, da edição de decreto autônomo, assim entendido aquele que inova no ordenamento jurídico. Prevalência do princípio constitucional da legalidade. Descabimento da cobrança da taxa de esgoto pela simples coleta e transporte dos dejetos. Restituição da tarifa paga. Recurso provido em parte.”⁶ (grifos nossos)

* * *

“ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE INVALIDAR OS EFEITOS DECORRENTES DO DECRETO MUNICIPAL Nº 3.143/97, PORQUANTO SUPRIMIU DA BASE DE CÁLCULO DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DE BARRA MANSA VÁRIAS VERBAS CRIADAS PELA LEI MUNICIPAL Nº 1.718/83. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONSUBSTANCIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, PORQUANTO ENTRONIZADA NA ORDEM JURÍDICA ATRAVÉS DE REGULAMENTO AUTÔNOMO, FIGURA QUE SÓ É ADMITIDA NO DIREITO BRASILEIRO DENTRO DO CONTEXTO PREVISTO NO ART. 84, VI, DA CRFB, NO QUAL NÃO SE COMPREENDE A HIPÓTESE VERTENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, INCENSURÁVEL. REEXAME NECESSÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EX VI DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, PORQUANTO A SENTENÇA SUBMETIDA AO ÓRGÃO FRACIONÁRIO ENCONTRA-SE EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APLICAÇÃO AUTORIZADA, SEGUNDO O VERBETE DE SÚMULA 53 DESTE TRIBUNAL ESTADUAL.”⁷ (grifos nossos)

* * *

⁶ 13ª Câmara Cível, Apelação nº 0023916-40.2012.8.19.0066, Des. Rel. Agostinho Teixeira de Almeida Filho, julg. em 12.06.2013

⁷ 13ª Câmara Cível, Apelação nº 0014245-44.2010.8.19.0007, Des. Rel. Gabriel Zefiro, julg. em 19.09.2012

14

"Mandado de Segurança. Servidor Público Municipal. Enquadramento funcional com base em Decreto que confronta Lei Complementar Municipal de Plano de Cargos e Salários. Inconstitucionalidade ante a vedação de Decreto autônomo pela Constituição Federal. Prevalência do princípio da legalidade. Lei Municipal nº 1.517/1996. Precedente deste TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Prescrição incorrente. Prestação de trato sucessivo. Súmula 85 do STJ. NEGADO SEGUIMENTO DA APELAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC."⁸ (grifos nossos)

Outro não é o entendimento adotado pelo C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA como se pode observar dos arestos abaixo colacionados:

"PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE ÁGUAS – ATO ADMINISTRATIVO BASEADO EM DECRETO ESTADUAL AUTÔNOMO CONFLITANTE COM LEIS ESTADUAL E FEDERAL – INVALIDADE.

1. O ordenamento jurídico nacional não permite a edição de decretos autônomos, salvo nos casos do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal/88.

2. O Decreto Estadual em comento veicula restrições inexistentes nas leis regulamentadas, o que invalida as restrições apresentadas.

3. Ainda que houvesse lei estadual restringindo a perfuração e captação de águas em poços artesianos, sua validade restaria afastada com base na competência da UNIÃO para legislar sobre águas - artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal/88.

Agravo regimental improvido."⁹ (grifos nossos)

* * *

⁸ 10ª Câmara Cível, Apelação nº 0004272-61.2008.8.19.0031, Des. Rel. Pedro Saraiva Andrade Lemos, julg. em 04.10.2010

⁹ 2ª Turma, AgRg no RMS 27679/RS, Rel. Min. Humberto Martins, julg. em 13.10.2009

NS

"TRIBUTÁRIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA/SRF Nº 25/99. LEI Nº 9.718/98. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO-LEI Nº 1.598/77. CUSTO ORÇADO. IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

(...)

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

(...)

10. Aplicação analógica do entendimento assentado nos precedentes desta Corte: REsp 584798/PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 06.12.2004; REsp 491304/PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 18.08.2003; e REsp 443910/PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 19.12.2002, no sentido de que "admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados 'regulamentos autônomos', vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal".

(...)

16

12. Recurso especial provido."¹⁰ (grifos nossos)

Ou seja, conforme preceitua a Constituição Federal - e da mesma forma a Constituição do Estado do Rio de Janeiro -, ao Poder Executivo não é concedido nem reconhecido o direito de inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros, salvo as hipóteses excepcionais previstas em lei, as quais nem de longe compreendem a matéria do decreto objeto da presente demanda.

Como se pode observar, a ausência de lei prévia por si só já é suficiente para ensejar o afastamento do DECRETO Nº 41.318/2008 de nosso ordenamento jurídico.

No entanto, como se verá a seguir, o referido diploma legal também padece de outros vícios de inconstitucionalidade.

DA RESERVA LEGAL DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE ENERGIA – ART. 22, IV, CF **USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA**

Como é cediço, a Constituição Federal restringiu à União a competência para legislar sobre energia (art. 22, IV).

Com efeito, nas hipóteses de competência privativa, não estão os Estados, Distrito Federal e Municípios autorizados a legislar de forma comum, concorrente, supletiva ou remanescente.

A despeito do § 1º do art. 22 da Constituição Federal prever a possibilidade de lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões previstas no *caput* do referido artigo, tal lei jamais foi editada.

Portanto, não cabe a nenhum outro ente federativo editar um diploma legal que disponha sobre o tema.

¹⁰ 1º Turma, REsp 665880/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 14.02.2006

17

No entanto, contrariando tal mandamento constitucional, o Governador do Estado do Rio de Janeiro editou o malsinado DECRETO Nº 41.318/2008, no intuito de “combater o aquecimento global e reforçar a oferta energética no Estado do Rio de Janeiro” (art. 1º).

Como se pode observar do teor do decreto, ao criar regras para a implantação de térmicas a combustíveis fosseis e incentivos ao uso de fontes de energia renovável no Estado do Rio de Janeiro, o Governador do Estado cuidou de matéria relativa à energia elétrica, cuja competência é privativa da União.

Sobre os limites constitucionais para a atuação de cada entidade federada no campo da competência legislativa dispõe FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA¹¹:

“... o problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne de autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas.

Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano – no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser

¹¹ Competências na Constituição de 1988, 2ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2005, p. 97

14

dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão - não importa por qual das entidades federadas - do campo da competência legislativa da outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente."

Vale dizer: "é formalmente inconstitucional a lei estadual que dispõe sobre as matérias enumeradas no art. 22, se não houver autorização adequada a tanto, na forma do parágrafo único do mesmo artigo."¹²

Justamente por isso, ao se deparar com leis estaduais que versam sobre energia, o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem declarando sua inconstitucionalidade. Transcreva-se por pertinente alguns desses julgados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO 'ELETRICIDADE' DO ART. 1º DA LEI FLUMINENSE N. 4.901/2006. FIXA A OBRIGAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DE INSTALAR MEDIDORES DE CONSUMO DE ENERGIA NA PARTE INTERNA DA PROPRIEDADE ONDE SE REALIZA O CONSUMO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. AFRONTA AOS ARTS. 1º, CAPUT, 5º, INC. XXXVI, 21, INC. XII, ALÍNEA B, 22, INC. IV, 37, INC. XXI E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE."¹³ (grifos nossos)

¹² Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 953

¹³ Tribunal Pleno, ADI 3905/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia. em 17.03.2011

MA

* * *

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente."¹⁴ (grifos nossos)

O entendimento do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO põe-se em reforço:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL 1803/2012, DO MUNICÍPIO DE PATY DO ALFERES. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA A INSTALAR MEDIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA NOS IMÓVEIS DO MUNICÍPIO E SANÇÃO PARA O DESCUMPRIMENTO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. INGERÊNCIA INCONSTITUCIONAL NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL, POIS ESTÁ REGULANDO CONDIÇÕES PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A PERMISSÃO DO REGRAMENTO ATINENTE À ENERGIA ELÉTRICA PELOS MUNICÍPIOS IRIA DE ENCONTRO AO PACTO FEDERATIVO CONSTITUCIONAL, QUE REGE O RELACIONAMENTO DE INDEPENDÊNCIA E

¹⁴ Tribunal Pleno, ADI 855/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. em 06.03.2008

JO

CONCORRÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS DIVERSOS ENTES FEDERATIVOS, NOS TRÊS NÍVEIS EXISTENTES NO ORDENAMENTO NACIONAL DEFINIDO PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. CABE À UNIÃO A REGULAÇÃO DE MATÉRIAS DE INTERESSE GERAL DO ESTADO E DA POPULAÇÃO, E AOS MUNICÍPIOS, POR SUA VEZ, AS MATÉRIAS DE INTERESSE PREPONDERANTEMENTE LOCAL, O QUE NÃO SE PODE DIZER DO REGRAMENTO QUANTO AO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE LOCAL, FALTANDO QUALQUER INDICATIVO DE PARTICULARIDADE QUE SE RELACIONE COM O MUNICÍPIO DE PATY DO ALFERES. É DE SE RECONHECER, ASSIM, QUE A NORMA DEBATIDA VIOLA OS ARTIGOS 2º E 22, IV, DA CRFB, E 7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO COM DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS APONTADOS."¹⁵ (grifos nossos)

* * *

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. RIO DE JANEIRO. LEI MUNICIPAL 3953, DE 16/03/2005 QUE ASSEGURA AOS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE TELEFONIA O DIREITO À PRIVACIDADE QUANTO ÀS OFERTAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS. OFENSA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OBSTANTE TRATAR-SE DE LEI QUE PROTEGE O CONSUMIDOR DE ABUSOS COMERCIAIS PRATICADOS POR EMPRESAS DE TELEFONIA, ESTABELECE O ART. 22, IV DA CF/88 QUE COMPETE PRIVATIVAMENTE À UNIÃO LEGISLAR SOBRE ÁGUAS, ENERGIA, INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES E RADIODIFUSÃO, RESTRINGINDO A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS À REGULAMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE INTERESSE LOCAL. (ART. 243, CERJ). CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

¹⁵ TJRJ, Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade nº 0044702-12.2012.8.19.0000, Des. Rel. Maria Augusta Vaz, jul. em 17.06.2013

21

**DAS LEIS QUE ESTÁ INTIMAMENTE RELACIONADO
COM O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA NORMATIVA,
DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.
REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA, DECLARANDO-SE A
INCONSTITUCIONALIDADE DA INDIGITADA LEI
395312005.**¹⁶ (grifos nossos)

Claro está, portanto, que, sob o ponto de vista formal, o decreto estadual aqui hostilizado ofende a competência privativa da União para legislar sobre energia, na forma do que prescreve o art. 22, IV, da Carta Magna.

Assim, pode-se dizer até que o decreto estadual implica em violação ao pacto federativo, pois usurpa competência legislativa privativa da União e modifica e altera negativamente as regras gerais dadas para a matéria uniformemente para todos os demais entes federativos.

Mas não é só.

A LEI FEDERAL Nº 12.187/2009
POLÍTICA NACIONAL SOBRE A MUDANÇA DO CLIMA

Ainda que V.Ex^a. entenda, em remotíssima hipótese, que o DECRETO Nº 41.318/2008 não versa sobre energia, certo é que o decreto estadual em tela padece de outro grave e incontornável vício.

Explica-se. De duas uma: ou o decreto versa sobre energia ou versa sobre meio ambiente.

Mas em qualquer das hipóteses, a ilegalidade e inconstitucionalidade do decreto são gritantes.

Em 29 de dezembro de 2009 foi editada pela União Federal a LEI Nº 12.187/2009 que instituiu a Política Nacional sobre a

¹⁶ TJRJ, Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade nº 0032478-86.2005.8.19.0000, Des. Rel. José Pimentel Marques, julg. em 26.04.2007

22

Mudança do Clima (PNMC), visando, em especial, incentivar o desenvolvimento e o aprimoramento de ações para a redução das emissões de gases de efeito estufa no Brasil, em colaboração com o esforço mundial. (doc.05)

Tal diploma legal foi regulamentado pelo DECRETO Nº 7.390/2010. (doc.06)

Trata-se, a toda evidência, de norma federal que envolve matéria ambiental.

E, sendo assim, se está diante de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, na forma do art. 24 da Constituição Federal.

Todavia, é imperioso chamar a atenção para o teor do § 4º do citado art. 24 da Constituição Federal, *verbis*:

"§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

Ou seja, como a LEI Nº 12.187/2009 é uma norma geral e o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008, se válido fosse, seria uma espécie de norma suplementar - partindo do pressuposto de sua legalidade, o que se cogita, mas não se admite -, o fato da mencionada lei federal ter sido editada após o decreto estadual implicaria na suspensão da norma estadual no que contrariar a lei geral nacional.

Nesse sentido, confira-se, por oportuno, trecho do voto do i. MINISTRO CARLOS VELLOSO nos autos da ADI 3098/SP:

"Na competência concorrente do § 3º do art. 24 da Constituição do Brasil, tem-se que o direito federal também afasta o direito estadual (§4º). Inexistindo lei federal sobre normas gerais, exercerão os Estados competência legislativa plena, a fim de preencher a lacuna, ou seja, a falta da lei federal. Assim o farão entretanto,

B

para atender a suas peculiaridades (§ 3º). Sobrevindo a lei federal de normais gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual no que esta compreender princípios, normas gerais e no que contiver, também, particularidades incompatíveis com a norma geral federal. É o caso, portanto, do direito federal afastando o direito estadual.”¹⁷

Com efeito, como se pode observar, sem qualquer dificuldade, do texto da LEI Nº 12.187/2009, inexiste previsão de qualquer espécie de compensação para o setor de energia, tampouco para as geradoras movidas a combustíveis fósseis.

Aliás, a redução do uso de fontes fósseis na matriz energética chegou a ser cogitada na PNMC, conforme se observa do texto original do referido diploma legal, o qual, no inciso III, previa o *“estímulo ao desenvolvimento e ao uso de tecnologias limpas e ao paulatino abandono do uso de fontes energéticas que utilizem combustíveis fósseis”*.

Ocorre que o referido dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República.

Transcreva-se, por pertinente, as razões do veto:

“A atual política energética do País já tem priorizado a utilização de fontes de energia renováveis em sua matriz e obtido avanços amplamente reconhecidos no uso de tecnologias limpas. Uma das balizas dessa política é o aproveitamento racional dos vários recursos energéticos disponíveis, o que torna inadequada uma diretriz focada no abandono do uso de combustíveis fósseis. A estratégia para o setor deve atender aos princípios e objetivos estabelecidos pela Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, que congrega a proteção ao meio

¹⁷ Tribunal Pleno, ADI 3098 / SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 24.11.2005

24

ambiente a outros valores relevantes para a política e a segurança energéticas."

Ou seja: não só a lei nacional não estabeleceu qualquer compensação para o setor de energia, como prestigia a geração termelétrica na matriz energética nacional.

Nesse ponto, convém esclarecer que a utilização das usinas térmicas, movidas a combustíveis fósseis, faz parte de um modelo concebido depois da crise energética do ano de 2001 - e do subsequente racionamento -, oportunidade em que ficou evidente a necessidade de aumentar a segurança na oferta de energia elétrica.

Com efeito, após esse período, o Governo Federal decidiu incentivar a construção de novas térmicas, cuja vantagem está no fato de não dependerem das variações climáticas para funcionar.

Cumprе lembrar que a regulamentação acerca da estabilização de gases de efeito estufa iniciou-se no âmbito internacional, com a celebração da CONVENÇÃO QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A MUDANÇA DO CLIMA - aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 3 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998 - no qual os países desenvolvidos e os países com economia em transição se comprometeram a quantificar metas de redução de emissão, além do compromisso de tornar público os inventários de emissões, que devem estar periodicamente atualizados.

O referido compromisso impõe aos países do Anexo I a meta de redução de suas emissões, no tocante a seis tipos de gases de efeito estufa (CO₂, CH₄, N₂O, HFCs, PFCs e SF₆) - GEE, em, no mínimo, 5% (cinco por cento) abaixo dos níveis de 1990, no período compreendido entre 2008 e 2012, com metas diferenciadas entre os países. Todavia, o Brasil não integra o citado Anexo I, não possuindo, portanto, metas de redução de emissão em nível internacional.

Posteriormente, no âmbito interno, houve a promulgação da já mencionada LEI FEDERAL Nº 12.187/2009, cujo objetivo

25

é a "redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes" (art. 4º, II).

Tal diploma legal estabeleceu como compromisso nacional voluntário para mitigação de emissões de gases de efeito estufa, expresso no art. 12, a redução entre 36,1% e 38,9% das emissões projetadas para 2020.

No artigo 6º, inciso XVII, da lei federal está previsto o estabelecimento de padrões ambientais e de metas para a redução de emissões antrópicas por fontes, os quais devem ser criados para que possam vir a ser exigidas limitações de emissões de GEE nos processos de licenciamento ambiental.

Saliente-se, ademais, que a POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇAS DO CLIMA não estabeleceu vinculação direta entre o licenciamento ambiental e a redução e/ou compensação das emissões de GEE.

Verifica-se, assim, que a norma em comento possui eficácia limitada, ou seja, a realização das obrigações nela descritas depende da edição de outras normas para que se tornem exeqüíveis.

Dessa forma, para que metas de redução sejam impostas aos agentes privados, é necessária a edição de regulamento que defina metas setoriais para composição da meta global, e, a partir daí, criar mecanismos para atender às metas de redução, incluindo a compensação de emissões.

O DECRETO Nº 7.390/2010, que regulamentou a lei supracitada, incluiu, em seu artigo 3º, o PLANO DECENAL DE ENERGIA (PDE) entre os planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas, o qual compõe o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, sendo que o setor de petróleo e gás está contemplado no conteúdo do PDE – 2019, não tendo metas de redução previstas.

Com efeito, o referido PDE representa um cenário de baixo carbono que inclui políticas e iniciativas que objetivam a

mitigação de emissões. Ressalta-se que as projeções do PDE atendem ao compromisso voluntário assumido pelo Brasil e estabelecido na PNMC.

O DECRETO FEDERAL N.º 7.390/10, que regulamenta a LEI FEDERAL N.º 12.187/09, determina no seu artigo 4º, inciso I que serão criadas metas de redução de emissões até 2020, com metas gradativas de intervalo mínimo de três anos.

Pois bem. As ações de mitigação, de caráter nacional, devem ser tratadas no Plano Nacional de Mudança do Clima, que é um dos instrumentos da POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA, cuja orientação para elaboração, implementação, monitoramento e avaliação é atribuída ao Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima-CIM, entidade incumbida da implementação da mencionada PNMC.

Em suma: depreende-se do exposto acima que as normas e ações a serem adotadas pelos entes federativos devem estar alinhadas à POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA, visto que a Lei Federal nº 12.187/09 goza do *status* de norma geral, editada pela União no exercício da competência concorrente prevista no art. 24, IV da Constituição da República, e desta forma, cabe aos Estados somente suplementá-las (art. 24, §§ 1º e 2º da CRFB).

Assim, para a adoção de medidas de compensação de emissões de gases de efeito estufa em âmbito estadual, faz-se necessária a prévia edição de regulamento, em nível nacional, que defina metas setoriais para composição da meta global, e, a partir daí, criar mecanismos para atender às metas de redução, incluindo a aludida compensação de emissões.

Cumprе mencionar ainda que o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/08 não poderia vincular diretamente o licenciamento ambiental em nível estadual à redução e/ou compensação das emissões de GEE, mediante quaisquer mecanismos, pelo simples fato de que a POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇAS DO CLIMA não estabeleceu tal vinculação.

27

Claro está, portanto, que o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 viola de frente norma federal, pois trata de tema incompatível com LEI Nº 12.187/2009, encontrando-se com a sua eficácia suspensa na forma do que impõe o § 4º DO ART. 24 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Mas não é só.

AS MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL ADOTADAS PELAS ASSOCIADAS DA AUTORA

Para que não paire quaisquer dúvidas acerca do compromisso das associadas da Autora com a preservação do meio ambiente; insta alinhar, à guisa de ilustração, as medidas de índole ambiental que já lhes são impostas pela legislação vigente.

Com efeito, no curso do procedimento de licenciamento ambiental das usinas de titularidade das associadas da Autora, inúmeras contribuições são por elas assumidas.

Há, por exemplo, o pagamento da compensação ambiental prevista na LEI FEDERAL Nº 9.985/2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC), em percentual correspondente a pelo menos 0,5% (meio por cento) do valor declarado do investimento aportado para consecução do empreendimento.

Vale destacar, por oportuno, que tal percentual não está atrelado à proporção do impacto potencial do empreendimento, mas sim, ao valor do investimento. É o que preceitua o art. 36, § 1º, da citada lei federal:

"Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de

28

unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta lei.

§ 1º. O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento."

Outro exemplo está na obrigação imposta às usinas térmicas quanto ao monitoramento contínuo de suas emissões e ao monitoramento da qualidade do ar, tudo segundo parâmetros estabelecidos, caso a caso, pelo órgão estadual de tutela do meio ambiente.

Há ainda a obrigatoriedade de apresentação anual do Inventário de Gases de Efeito Estufa, devidamente certificado.

Outra significativa contribuição das associadas da Autora para o meio ambiente está no aporte de recursos para projetos de P&D (pesquisa e desenvolvimento) concebidos pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica).

Para tanto, as associadas obrigam-se a destinar 1% (um por cento) da receita operacional líquida do empreendimento para a realização de pesquisas científicas.

Em uma única palavra, é patente, real e efetivo o compromisso das associadas da Autora com a adoção de medidas de preservação e de compensação ambiental.

JA

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Como se pode observar do seu terceiro "considerando", o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 foi editado tendo em vista "que os resultados do Inventário de Emissões de Gases de Efeito Estufa do Estado do Rio de Janeiro, com base em 2005, indicam que as emissões do setor de geração de energia e do uso de energia nos processos industriais somados são os que mais emitem gases de efeito estufa no Estado."

Ou seja, de acordo com referido "considerando", o setor de geração de energia como um todo seria um dos principais emissores de gases de efeito estufa no Estado do Rio de Janeiro.

Inobstante esse fato, ao editar o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008, o Governador do Estado optou por impor obrigações unicamente às "usinas térmicas a combustíveis fósseis", contrariando, de frente um dos principais fundamentos do Estado de Direito: o PRINCÍPIO DA ISONOMIA, insculpido no *caput* do art. 5º, da Constituição da República e no § 1º do art. 9º da Constituição Estadual.

Vale dizer: ao dispor que o setor de geração de energia como um todo, em conjunto com a utilização da energia nos processos industriais, seriam as principais fontes de emissão de gases de efeito estufa do Estado e optar por apenas uma espécie de gerador de energia para impor obrigações, a Administração Pública se valeu de uma norma para fazer discriminação entre pessoas que mereceriam idêntico tratamento.

E mais. O malsinado decreto além de só penalizar as geradoras térmicas, associadas da Autora, também deixou de impor compensações para outros setores da economia, tais como: transportes, siderurgia, etc.

Evidenciada está, portanto, a violação ao princípio constitucional da isonomia.

20

Nesse contexto, vale destacar o magistério do constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES¹⁸:

"A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos." (grifos nossos)

Com efeito, na hipótese vertente não há qualquer motivo minimamente plausível para o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 impor obrigações exclusivamente às usinas térmicas, que como cediço, são uma das principais responsáveis pela segurança e confiabilidade do parque de geração elétrica nacional.

Por outro lado, vale destacar que os pesados ônus trazidos pelo DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 dificultam – ou mesmo impedem - a implantação de usinas térmicas no Estado do Rio de Janeiro e acarretarão, por conseguinte, o direcionamento de boa parte dos recursos provenientes dos novos empreendimentos para outras unidades da federação.

Nesse ponto, aliás, cumpre ressaltar que não é minimamente justificável que as térmicas do Estado do Rio de Janeiro sejam atingidas por tais imposições/compensações, enquanto as térmicas dos estados vizinhos podem ser implantadas sem esses pesados

¹⁸ Direito Constitucional, 24ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 37

81

ônus. E, com isso, mais uma vez, agride-se o princípio constitucional da isonomia.

A jurisprudência pátria, como não poderia deixar de ser, placita tal entendimento, como se pode depreender dos acórdãos proferidos pelo E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos quais se observa a imprescindibilidade do respeito ao referido princípio constitucional no processo legislativo:

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 3716/2009 DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO QUE PROÍBE A PARTICIPAÇÃO DE FILIADOS A PARTIDOS POLÍTICOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE NOVA FRIBURGO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Discriminação inconstitucional. Exigências que extrapolam o fim do instituto da licitação. Tais exigências devem apenas visar o equilíbrio entre os concorrentes e o cumprimento do objeto do contrato licitado. Tal proibição, ao contrário do que interessa ao instituto e aos entes públicos, cerceia o caráter competitivo do certame, viola o princípio da isonomia e pode vir a impedir a contratação de proposta mais vantajosa. Violação também à garantia constitucional estampada tanto na magna carta quanto na constituição estadual à liberdade política sendo defeso qualquer discriminação em relação à tais convicções.

Violação do artigo 9º., § 1º. E 77, XXV da Carta Estadual. Inconstitucionalidade de lei que exclui empresários e comerciantes de participar da concorrência licitatória apenas por sua escolha política, que pode inclusive se voltar contra a própria administração ao se exterminar da concorrência empresário que porventura pratique preço mais favorável à administração.

82

Representação que se tem como procedente."¹⁹
(grifos nossos)

* * *

"TRATA-SE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERPOSTA PELA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - FIRJAN CONTRA A LEI 51970/2010 DA AUTORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO, A QUAL VEDA A DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS EM EMBALAGENS PLÁSTICAS (PET), EM QUALQUER DIMENSÃO, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, IMPONDO MULTA DE DEZ MIL REAIS AOS FABRICANTES, E, DE DOIS MIL REAIS, AOS COMERCIANTES DESCUMPRIDORES DE TAL DISPOSITIVO. (...). "IN CASU", OS SÓLIDOS FUNDAMENTOS TRAZIDOS PELO REQUERENTE, PERMITEM A CONCESSÃO A LIMINAR, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, NESTE MOMENTO, SOMENTE, PARA SUSTAR QUALQUER PENALIDADE IMPOSTA AOS FABRICANTES E COMERCIANTES QUE UTILIZAM AS EMBALAGENS DENOMINADAS "PET" NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES ECONÔMICAS, COMO PREVISTO NO ARTIGO 2º DA LEI 5179/2010, POR ISSO QUE FLAGRANTE A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DA RAZOABILIDADE ESCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO É RAZOÁVEL QUE APENAS OS AGENTES INDUSTRIAIS E COMERCIAIS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO SEREM ATINGIDOS PELA LEI 5179/10 DA CÂMARA MUNICIPAL, ENQUANTO AS EMPRESAS E COMÉRCIOS DOS MUNICÍPIOS VIZINHOS PODEM, LIVREMENTE, SE VALER DAS EMBALAGENS TIPO "PET" PARA SEUS PRODUTOS, O QUE TRAZ COMO CONSEQUÊNCIA FÁTICA TAMBÉM A AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (...). ANTE O EXPOSTO,

¹⁹ Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade nº 2009.007.021, Des. Rel. Nilza Bitar, julg. em 20.07.2009

BB

DOU PARCIAL PROVIMENTO A LIMINAR, PARA SUSPENDER AS MULTAS PREVISTAS NA LEI 5179/2010, OU SEJA, O ARTIGO 2º DA CITADA LEI, E, REQUISITO A VINDA DAS INFORMAÇÕES DE ESTILO AO REQUERIDO, E, POSTERIORMENTE A ABERTURA DE VISTA A PGM, E, APÓS A D. PGJ. RIO DE JANEIRO, 2 DE ABRIL DE 2012."²⁰ (grifos nossos)

Na mesma linha de entendimento, é vasta e consolidada a jurisprudência do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tome-se como exemplo as seguintes decisões:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. Pedido cautelar deferido."²¹ (grifos nossos)

²⁰ Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade nº 0061524-13.2011.8.19.0000, Des. Rel. Elizabeth Gregory, julg. em 09.04.2012

²¹ Tribunal Pleno, ADI 2623 MC, Rel. Min. Maurício Correa, julg. em 06.06.2002

24

* * *

"I. MEDIDA PROVISORIA: CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (POSSIBILIDADE E LIMITES); RECUSA, EM PRINCÍPIO, DA PLAUSIBILIDADE DA TESE QUE NEGA, DE LOGO, A OCORRÊNCIA DAQUELES PRESSUPOSTOS, DADO O CURSO PARALELO DE PROJETO DE LEI, AO TEMPO DA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISORIA QUESTIONADA. II. FUNCIONÁRIO PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REVISÃO GERAL (CF, ART. 37, X) E REAVALIAÇÃO DE CARGOS, GRUPOS OU CARREIRAS: DIFERENÇA. O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO, QUE IMPÕE SE FAÇA NA MESMA DATA "A REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS, SEM DISTINÇÃO DE ÍNDICES ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E MILITARES", E UM COROLÁRIO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA ISONOMIA; NÃO É, NEM RAZOAVELMENTE PODERIA SER, UM IMPERATIVO DE ESTRATIFICAÇÃO PERPETUA DA ESCALA RELATIVA DOS VENCIMENTOS EXISTENTE NO DIA DA PROMULGAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL: NÃO IMPEDE, POR ISSO, A NOVA AVALIAÇÃO, POR LEI, A QUALQUER TEMPO, DOS VENCIMENTOS REAIS A ATRIBUIR A CARREIRAS OU CARGOS ESPECÍFICOS, COM A RESSALVA EXPRESSA DE SUA IRREDUTIBILIDADE (CF, ART. 37, XV). NÃO OBSTANTE, CONSTITUI FRAUDE AO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DISSIMULAR A VERDADE DO REAJUSTE DISCRIMINADORIO MEDIANTE REAVALIAÇÕES ARBITRARIAS. III. MEDIDA PROVISORIA 296/91: REAVALIAÇÕES APARENTEMENTE LEGÍTIMAS DE CARREIRAS E CARGOS ESPECÍFICOS (ARTS. 2 E 6); SUSPEITA PLAUSÍVEL DE DISSIMULAÇÃO ABUSIVA DE MERO REAJUSTE GERAL DA EXPRESSÃO MONETÁRIA DA REMUNERAÇÃO DO FUNCIONALISMO COM EXCLUSÕES DISCRIMINATORIAS (ART. 1). IV. ISONOMIA: DILEMA DA CARACTERIZAÇÃO DO VÍCIO DE LEGITIMIDADE DA LEI POR "NÃO FAVORECIMENTO ARBITRÁRIO" OU "EXCLUSÃO INCONSTITUCIONAL DE VANTAGEM:"

INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO OU POR OMISSÃO PARCIAL: CONSEQUÊNCIAS DIVERSAS DA CORRESPONDENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME A CARACTERIZAÇÃO POSITIVA OU NEGATIVA DA INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDA, QUE, EM QUALQUER DAS HIPÓTESES, INDUZEM AO INDEFERIMENTO DA LIMINAR REQUERIDA. NO QUADRO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, CONSTITUI OFENSA A ISONOMIA A LEI QUE, A VISTA DA EROSAO INFLACIONARIA DO PODER DE COMPRA DA MOEDA, NÃO DA ALCANCE UNIVERSAL A REVISÃO DE VENCIMENTOS DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A MINORA-LA (CF, ART. 37, X), OU QUE, PARA CARGOS DE ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS, FIXA VENCIMENTOS DISPARES (CF, ART. 39, PAR-1). (...) V. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES NACIONAIS DE CLASSE (INTELIGENCIA): AFIRMAÇÃO DA ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DA FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS E ASSOCIAÇÕES DE TRABALHADORES DA JUSTIÇA DO TRABALHO.”²² (grifos nossos)

No bojo deste importante julgamento, insta destacar, pela extrema pertinência, o voto do i. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, que, com todas as letras, afirmou a impossibilidade desse tipo de discriminação no processo legislativo:

“Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade para a declaração da invalidez da Constituição discriminatória”.

Além do mais, o fato do DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 ter estipulado compensações ambientais apenas para uma

²² Tribunal Pleno, ADI 526 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12.12.1991

eliana.bourneco 2013/08/14 10:41:53

26

determinada espécie de gerador de energia, não as aplicando aos demais nem tampouco aos outros setores da economia, deixa claro que o Estado do Rio de Janeiro não está, na realidade, preocupado com a proteção do meio ambiente.

Em mão inversa, ao que tudo indica, o Estado move-se, apenas, pelo perverso intuito de prejudicar as geradoras térmicas aqui localizadas.

Caso a *ratio legis* fosse de fato o combate ao aquecimento global e o reforço da oferta energética no Estado do Rio de Janeiro, as estipulações da norma teriam que ter necessariamente caráter geral, atingindo, assim, todos os geradores de energia e todos os segmentos da economia.

Avulta cristalino, portanto, que o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 viola frontalmente o PRINCÍPIO DA ISONOMIA, motivo pelo qual o reconhecimento de sua inconstitucionalidade é medida que se impõe.

Mas não é só.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Como já se demonstrou à exaustão, o DECRETO Nº 41.318/2008 é maculado por inúmeros vícios formais e materiais, quer no plano da legalidade, quer no plano da constitucionalidade.

O malsinado decreto não resiste, sequer, ao teste da razoabilidade e proporcionalidade.

O aclamado constitucionalista e hoje Ministro do STF LUÍS ROBERTO BARROSO ensina que o PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE se fundamenta na tríade: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE e PROPORCIONALIDADE.

A ADEQUAÇÃO consiste na "idoneidade da medida para produzir o resultado visado".

37

A NECESSIDADE "*impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados*".

E PROPORCIONALIDADE, por seu turno, consiste "*na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima*".

Note-se, Ex^o, que o PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, de assento constitucional, também está previsto na Lei Federal nº 9.784/99, em seu art. 2º, no sentido de "ADEQUAÇÃO ENTRE MEIOS E FINS, VEDADA A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES, RESTRIÇÕES E SANÇÕES EM MEDIDA SUPERIOR ÀQUELAS ESTRITAMENTE NECESSÁRIAS AO ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO".

Sobre o tema, confira-se, uma vez mais, a lição do mestre LUÍS ROBERTO BARROSO²³:

"É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar."

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁴, administrativista de escol, também ensina:

"A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica.

A razoabilidade, na valoração dos motivos e na escolha do objeto, é, em última análise, o único caminho seguro para se ter certeza de que se garantiu a legitimidade da ação administrativa e

²³ Interpretação e Aplicação da Constituição, Editora Saraiva, 1996, pp.204/205

²⁴ Legitimidade e Discricionariedade, 1989, p.40

256

o primado do senso comum sobre a ineficiência grosseira e a demagogia administrativa.”

A jurisprudência pátria, como não poderia deixar de ser, placita tal entendimento, como se pode inferir do acórdão proferido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em sessão plenária, nos autos da ADIn nº 1407/DF, relatado pelo Ministro Celso de Mello, onde se refere ao princípio da proporcionalidade como um normativo inscrito na cláusula *due process of law*:

“O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.”

Em outra oportunidade memorável, o Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos da Medida Cautelar na ADIN nº 1063/DF, também relatada pelo MINISTRO CELSO DE MELLO, cingiu o imperativo da razoabilidade ao princípio do devido processo legal:

“Substantive Due Process of Law

A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele

opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”

Neste sentido, é forçoso notar também que o PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE exsurge do ARTIGO 1º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, que consagra a cláusula do Estado de Direito, perquirindo-se, em cada relação jurídica, a observância da necessária relação de congruência e adequação entre os meios empregados e os fins propostos.

Confira-se, por relevante, outro pronunciamento emanado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre o princípio da proporcionalidade (STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 17.09.2003):

“Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, como lembra Canotilho. (...) Significa dizer que qualquer medida concreta que afete direitos fundamentais há de ser mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade.”

Seja como for, quer se fale de proporcionalidade, ou de razoabilidade, certo é que tais princípios decorrem do imperativo de que os atos intersubjetivos se coadunem com a noção de um direito justo.

E a ideia de direito justo remete, imediatamente, e inexoravelmente, à ideia de não excesso, de equilíbrio, de medida ponderada, adequada, razoável e, numa palavra, proporcional.

O inolvidável jurista GOMES CANOTILHO²⁵ ensina que proporcionalidade significa que “QUALQUER LIMITAÇÃO (A DIREITOS,

²⁵ Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1993, p.619

LIBERDADES E GARANTIAS) FEITA POR LEI OU COM BASE EM LEI, DEVE SER ADEQUADA (APROPRIADA), NECESSÁRIA (EXIGÍVEL) E PROPORCIONAL (COM JUSTA MEDIDA)", sendo certo que o atendimento a tal princípio não prescinde de nenhum dos três elementos citados, os quais devem estar presentes, todos eles, no ato legislativo, administrativo ou mesmo jurisdicional que se pretenda conforme ao direito.

Neste contexto, o DECRETO Nº 41.318/2008, ao impor às associadas da Autora, um pesado, injusto e ilegítimo ônus (a adoção do tal MCE – Mecanismo de Compensação Energética), agride, de frente e de morte, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mas não é só.

A VIOLAÇÃO AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS

Afora tudo o que até aqui se aduziu, fácil e intuitivo é concluir que a imposição do MCE – Mecanismo de Compensação Energética pelo DECRETO Nº 41.318/2008 também implica em nefastos efeitos para as associadas da Autora, com o comprometimento de sua sustentabilidade empresarial, o risco da descontinuidade da geração elétrica no Estado do Rio de Janeiro e o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados, gerando, numa visão holística, um grave cenário de insegurança regulatória.

Ademais, há que se destacar que tais efeitos, longe de se limitarem à esfera de direitos das associadas da Autora, podem assumir contornos mais difusos e comprometer a própria confiabilidade do sistema e afetar o fornecimento de energia elétrica.

No tocante aos contratos firmados pelas associadas da Autora para comercialização da energia por elas gerada, o desequilíbrio econômico-financeiro é patente e odioso.

Tome-se, por exemplo, a situação em que se vê lançada a associada da Autora, Petrobras, que após ter obtido a licença de instalação da Usina Baixada Fluminense em 2011, estar com

UN

as obras de construção em andamento e, de lá para cá, ter fechado contratos de comercialização de energia, viu-se surpreendida, agora em 2013, pela imposição do MCE, a gerar-lhe um grave e robusto incremento no custo da energia a ser gerada e que, por força do princípio da modicidade tarifária, não pode ser repassado às tarifas.

A Petrobras, em observância aos ditames do marco regulatório do Setor Elétrico no âmbito do Sistema Integrado Nacional – SIN (Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004), sagrou-se vencedora do Leilão de Energia Nova ANEEL A-3 de 17/08/2011, com o empreendimento UTE Baixada Fluminense, realizado na forma de Leilão de Energia, em que as menores tarifas ofertadas são as vencedoras.

Cumprе observar que um dos requisitos para a participação no citado Leilão era a obtenção da Licença Prévia pelo empreendedor, na qual, como já mencionado, não constava qualquer exigência quanto ao MCE. Após sagrar-se vencedora do Leilão, a Petrobras firmou CCEAR (contratos de comercialização de energia no ambiente regulado), pelo prazo de vinte anos, com vinte e três distribuidoras, iniciando-se o período de suprimento em março de 2014.

Assim, uma vez que não houve qualquer exigência anterior quanto à adoção do MCE, as propostas apresentadas pela associada Petrobras no leilão e que ensejaram a vitória do empreendimento e a definição da remuneração a ser paga no bojo dos referidos CCEARs, não contemplaram o custo equivalente à adoção do MCE.

Dessa forma, após a realização do leilão, além dos argumentos já trazidos acima, torna-se inviável o atendimento ao Mecanismo Compensação Energética, pelo fato de que o aumento do custo na implantação do empreendimento, decorrente da adoção deste mecanismo, certamente comprometerá o equilíbrio econômico-financeiro dos CCEAR, uma vez que estes não poderão ser repassados para a remuneração contratada.

Ora, Ex^ª., é mais do que óbvio que as partes, quaisquer que sejam elas, celebram contratos, quaisquer que sejam

W

eles, em função da relação existente entre vantagens e obrigações e este ponto de equilíbrio é denominado de equilíbrio econômico-financeiro.

Mesmo num típico contrato administrativo, a preservação dessa equação constitui-se em uma regra de ouro.

Verifique-se, por relevante, o magistério de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²⁶, ao dispor sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

"Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente no momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste".

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁷ complementa:

"Para tanto, o que importa, obviamente, não é a aparência de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é satisfação de formas ou fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo

²⁶ Manual de Direito Administrativo, 2001, p.160

²⁷ Atos Administrativos e Direitos dos Administrados, 1981, p.16/17

40

espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado".

ARNOLD WALD²⁸ arremata com sabedoria:

"o mencionado equilíbrio consiste em entender o contrato administrativo como um todo no qual os interesses das partes se condicionam; quando, em certas condições, ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial em favor do contraente particular, este tem direito ao restabelecimento desse equilíbrio mediante o pagamento, pela administração, de uma compensação pecuniária, ou seja, de um complemento ou reajuste de preço".

Claro está, pois, que, ao estabelecer novas obrigações para as usinas térmicas localizadas no Estado do Rio de Janeiro, o Chefe do Executivo Estadual interferiu diretamente nas condições previamente ajustadas entre a União Federal, sua agência reguladora, e as empresas que investem na implantação de tais empreendimentos, alterando, inclusive, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Induvidoso, portanto, que o DECRETO Nº 41.318/2008 afeta, diretamente, o núcleo econômico-financeiro dos contratos firmados pelos geradores térmicos, associados da Autora, atingindo, em cheio, o equilíbrio da equação, prejudicando, ainda, a sustentabilidade da atividade econômica dos agentes geradores, a continuidade da geração de energia elétrica e a confiabilidade do sistema.

Mas não é só.

²⁸ Estudos e Pareceres de Direito Comercial, 1972, p.91

44

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Num único tiro certo e mortal, o DECRETO Nº 41.318/2008 viola, também, o PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Não é de hoje que se sabe que os Estados de Direito têm como um de seus principais fundamentos a SEGURANÇA JURÍDICA, ao lado da justiça e do bem-estar social.

O constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO²⁹ ensina:

“As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

- 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;**
- 2. a confiança nos atos do Poder Público, que se deverão reger pela boa-fé e pela razoabilidade;**
- 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;**

²⁹ Temas de Direito Constitucional, Tomo III, 2005, p.447

45

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas."

Com efeito, é indene de dúvida que o PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA encontra-se positivado expressamente na Constituição da República, ao lado dos direitos à vida, à igualdade e à propriedade, pelo que se vê da dicção do *caput* do art. 5º.

Por outro lado, não só a Carta Magna como também o arcabouço jurídico infraconstitucional brasileiro submetem a Administração Pública à obrigatória observância de um conjunto de deveres em suas relações com os particulares dentre os quais, ressalta-se, os deveres de agir com boa-fé e lealdade, ambos originados diretamente do princípio constitucional da moralidade (CRFB, art. 37).

Em apertada síntese: cabe à Administração Pública zelar, a todo o tempo, pela manutenção de um ambiente de previsibilidade e segurança em suas relações com os particulares.

Confira-se, por oportuno, uma vez mais, o pensamento de Luís ROBERTO BARROSO³⁰:

"A Administração, é certo, pode mudar de orientação relativamente a matérias de sua competência. Muitas vezes deverá fazê-lo. Todavia, salvo os casos de invalidade jurídica insanável de determinada conduta, não pode o administrador alterar de modo arbitrário e radical sua linha de atuação, notadamente quando os administrados, com base nela,

³⁰ obra citada, p.449

46

tomaram decisões importantes, fizeram investimentos, planejaram suas vidas".

Ou seja: tanto o princípio da segurança jurídica quanto o dever de boa-fé consistem em limites jurídicos à ação discricionária da Administração Pública, que não pode ignorá-los e adotar aleatoriamente qualquer comportamento.

SEGURANÇA JURÍDICA traduz-se, como visto, em estabilidade das relações, continuidade das normas e previsibilidade de condutas.

BOA-FÉ traduz-se, como visto, em confiabilidade, na crença de que uma das partes envolvidas em dada situação jurídica não frustrará, arbitrariamente, as legítimas expectativas criadas *ab initio*.

Nada mais precisa ser dito, Ex^ª., para se demonstrar a injuridicidade dos efeitos da resolução em tela sobre os direitos e os contratos já celebrados pelas associadas da Autora.

- IV -

DA PREMENTE NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Ao longo de toda esta peça, foi exaustivamente demonstrado que o DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 viola inúmeros dispositivos constitucionais e legais, não só sob o aspecto formal (incompetência do Estado do Rio de Janeiro para legislar sobre direito energético) como também sob o aspecto material (ofensa ao princípio da legalidade, ao princípio da isonomia, ao princípio da proporcionalidade e racionalidade, ao princípio da segurança jurídica, ao princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro e à LEI FEDERAL Nº 12.187/2009).

Com efeito, o Decreto Estadual aqui hostilizado subverte toda a LÓGICA LEGAL ESTABELECIDADA PARA O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO e sinaliza TEMERÁRIA INSTABILIDADE JURÍDICA, arremessando os geradores

47

térmicos, associados da Autora, a um cenário de incertezas econômico-financeiras, insegurança jurídica, instabilidade regulatória e desestímulo de novos investimentos para o fortalecimento e a expansão do setor elétrico como um todo, comprometendo, em exíguo prazo, a sustentabilidade da atividade econômica desenvolvida pelos geradores térmicos e, conseqüentemente, a continuidade da geração de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro.

Não fosse o bastante, a Autora teve notícia de que, nesse ano, a associada Petrobras recebeu o Documento de Averbação nº AVB001765, datado de 24/01/2013, pelo qual o Instituto Estadual do Meio Ambiente – INEA incluiu uma condicionante à Licença de Instalação (LI nº IN018055) da UTE Baixada Fluminense, concedida em Novembro/2011, cujo teor segue reproduzido abaixo: (doc.07)

“22 – Apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, o Plano de Compensação Energética detalhado, a ser aprovado pela SEA/INEA, em atendimento ao Art. 4º do Decreto Estadual nº 41318/2008, que deverá resultar em:

22.1.- Implantação de 11,5 MW em energia renováveis, devendo ser considerada a possibilidade de adoção de um percentual em energia solar;

22.2.- Implantação de 5,75 MW em Eficiência Energética;”

Outras associadas já foram, inclusive, alertadas sobre a iminência da averbação de condicionantes semelhantes em suas licenças de instalação por força do DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008, bem como da exigência de adoção do MCE no momento de novos licenciamentos ou renovação das licenças já concedidas.

Nesse ponto, abre-se um parêntese para ressaltar que a referida averbação foi realizada em uma licença de instalação já concedida, o que, nas palavras do festejado jurista LUIS PAULO SIRVINSKAS não é permitido por nosso ordenamento jurídico, salvo situações específicas:

U8

"Tal licença poderá ser revogada se a empresa ou a atividade, devidamente licenciada, estiver causando prejuízo à saúde humana ou dano ao meio ambiente. À semelhança do direito administrativo, a autorização e a permissão podem ser revogadas a qualquer instante por interesse público relevante e pelo descumprimento das normas legais ou regulamentares. A licença ambiental, como vimos, não tem caráter de definitividade, mas possui prazo de vigência preestabelecido. Tal fato é importante para que o órgão ambiental possa realizar a fiscalização periódica da empresa ou da atividade potencialmente poluidora. Por outro lado, é também importante dar segurança ao empresário que investiu grande quantidade de dinheiro na construção da empresa, não podendo ficar à mercê das mudanças políticas ou da vontade da Administração Pública, que poderia revogar ou cassar a licença a qualquer momento. Portanto, a licença ambiental não pode ser considerada mera autorização ou permissão nos termos do direito administrativo. Ela é espécie de ato administrativo negocial, concedido pela Administração Pública por prazo determinado, podendo ser revogado se a empresa ou a atividade estiver causando prejuízo à saúde humana, danos ao meio ambiente ou descumprir as determinações legais ou regulamentares."³¹
(grifos nossos)

Transcreva-se por pertinente o que dispõe o art. 17 do DECRETO ESTADUAL Nº 42.159/2009, que regulamenta o Sistema de Licenciamento Ambiental – SLAM no Estado do Rio de Janeiro:

"Art. 17 - As Licenças Ambientais poderão ser averbadas para registro de alterações, quando cumpridos os requisitos exigidos pelo órgão

³¹ Sirvinskas, Luis Paulo, Manual de Direito Ambiental, Ed. Saraiva, 11ª edição, 2013, p. 226

69

ambiental previstos em regulamento específico, nas seguintes hipóteses:

I - Titularidade;

II - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

III - Endereço do representante legal do empreendimento ou atividade;

IV - Técnico responsável;

V - Condições de validade, com base em parecer técnico do órgão ambiental;

VI - Prorrogação do prazo de validade da Licença, nos casos previstos nos artigos 10, parágrafo

único e 11, parágrafo único, deste Decreto;

VII - Erro material na confecção do diploma;

VIII - Modificação da atividade, desde que não altere seu enquadramento na Tabela 1, tampouco altere o escopo da atividade principal nem a descaracterize."

Como se pode observar, a referida averbação não encontra amparo na legislação e tampouco na doutrina.

Neste contexto, avulta cristalina a impossibilidade de sobrevivência do DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 no mundo jurídico, eis que seus pesados ônus já estão atingindo, em cheio, os direitos e garantias das associadas da Autora.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela aqui pleiteada faz-se, assim, premente, pois a cada exigência de MCE que vier a ser feita pelo Estado, seja através de averbação às licenças já concedidas, seja no bojo de procedimentos de licenciamento e renovação de licenças, as associadas da Autora terão mais e mais recursos extirpados por força de uma medida desprovida de qualquer amparo jurídico.

Por todas essas razões, torna-se imperiosa A SUSPENSÃO IMEDIATA DOS EFEITOS DO DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/2008 em seu inteiro teor, preservando-se a sustentabilidade da atividade econômica dos associados da Autora e, conseqüentemente, a continuidade da geração de energia elétrica, bem como o regular cumprimento e

manutenção das condições econômico-financeiras dos contratos celebrados pelos associados da Autora.

Em síntese, a Autora busca a defesa do direito de suas associadas para que não lhes seja imposto um ônus indevido e injusto, flagrantemente maculado por inúmeros vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade.

- V -
PEDIDOS

Frente a todo o exposto, a Autora requer a este MM. Juízo:

(i) a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, na forma do artigo 273, I, do CPC, para que sejam suspensos os efeitos do DECRETO Nº 41.318/2008;

(ii) a citação do Estado do Rio de Janeiro para, querendo, contestar esta ação;

(iii) ao final, ante os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade apontados, a procedência integral da presente ação para o fim de condenar o Estado do Rio de Janeiro na obrigação de não-fazer consistente na não aplicação do DECRETO Nº 41.318/2008 às associadas da Autora, aí incluída a revogação de eventuais exigências já a elas impostas, com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do DECRETO Nº 41.318/2008, desconstituindo-se, *ex tunc* e *ab initio*, todos e quaisquer efeitos produzidos pelo referido decreto desde a sua edição, de sorte a desonerar as associadas da Autora da adoção do Mecanismo de Compensação Energética (MCE).

(iv) a condenação do Réu em todos os ônus de sucumbência.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial prova documental suplementar.

SA

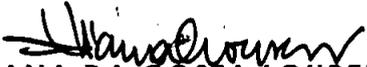
Por fim, dá à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Requer, ainda, sejam anotados na capa dos autos o nome dos advogados da Autora, **Alexandre Kingston e Eliana da Costa Lourenço**, inscritos respectivamente na OAB/RJ sob os n°s 103.458 e 51.575, bem como que as intimações e demais publicações em Diário Oficial sejam veiculadas em seus nomes, informando, ainda, em atendimento ao artigo 39, I do CPC, que têm escritório na Av. Rio Branco, n° 108, 7° andar – Centro, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Nestes termos,

Pede Deferimento

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2013.


ELIANA DA COSTA LOURENÇO
OAB/RJ 51.575


ALEXANDRE KINGSTON
OAB/RJ 103.458