

Grupo de Trabalho para Aprimoramento do
MRE
– GT-MRE

Relatório Técnico

“Avaliação dos Limites de Revisão de Garantia Física de Energia de Usinas Hidrelétricas”

Fechamento da Consulta Pública nº 36/2017

Membros:
(Coordenação) **MME**
ANEEL
EPE
ONS
CCEE

Brasília, 19 de outubro de 2017

1. INTRODUÇÃO	1
2. ANÁLISE	2
2.1. QUANTO AO ESCOPO DA APLICAÇÃO INTEGRAL DA REVISÃO DA GARANTIA FÍSICA	3
2.2. QUANTO À VIABILIDADE JURÍDICA E AO MÉRITO DA PROPOSTA	3
2.3. QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE AGENTES NAS PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO DO MRE	4
2.4. QUANTO AO IMPACTO DA PROPOSTA NO ACR (CONSUMIDORES E DISTRIBUIDORAS)	5
2.5. OUTRAS CONTRIBUIÇÕES	5
3. CONCLUSÃO	6
ANEXO A – CONSOLIDAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES	8
ANEXO B – PARECER JURÍDICO	14

1. Introdução

O Relatório Técnico “Avaliação dos Limites de Revisão de Garantia Física de Usinas Hidrelétricas”, do Grupo de Trabalho para Aprimoramento do Mecanismo de Realocação de Energia – GT MRE, de 7 de agosto de 2017, foi colocado em Consulta Pública pela Portaria do Ministério de Minas e Energia - MME nº 322, de 15 de agosto de 2017, com o objetivo de receber contribuições dos agentes setoriais e da população, quanto à viabilidade jurídica e à conveniência técnica-econômica da aplicação integral da revisão das garantias físicas das Usinas Hidrelétricas - UHEs em regime de cotas da Lei nº 12.783/2013 que tenham toda a sua energia alocada ao mercado regulado e da UHE Itaipu.

O Relatório Técnico do GT MRE, composto pelo MME, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Empresa de Pesquisa Energética – EPE, Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, apresentou argumentos quanto à eficiência de mercado que seria promovida com a implantação das medidas propostas.

Mais recentemente, na 184ª reunião do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, realizada em 6 de setembro de 2017, este Colegiado, que instituiu o GT MRE, reiterou que o funcionamento inadequado do Mercado de Curto Prazo – MCP está inibindo respostas da oferta e demanda de energia, que poderiam contribuir com o equilíbrio eficiente do setor, e destacou a importância da implementação de soluções estruturais para o MCP, principalmente em razão da judicialização existente no mercado.

A paralisação do MCP afeta a segurança e amplia significativamente os custos de atendimento. Nesta reunião do CMSE, a CCEE informou que, na liquidação de julho de 2017, em relação ao *Generation Scaling Factor* – GSF referente ao Ambiente de Contratação Livre – ACL, os débitos totalizaram aproximadamente R\$ 2,55 bilhões, correspondendo a 58% do total contabilizado, resultado decorrente de liminares obtidas em ações judiciais que questionam o GSF. A CCEE informou também que, em relação ao resultado médio do MRE, no mês de julho o GSF correspondeu a 63,9%. A previsão é que a média anual fique em cerca de 81%.

A consideração dos riscos associados à incerteza de recebimento de receitas no MCP afeta a precificação da energia, com resultados que se refletem no aumento do custo da energia nos próximos leilões de energia nova, a exemplo do leilão previsto para dezembro de 2017, afeta o preço no Mercado Livre de Energia em prejuízo da competitividade da indústria nacional, e implica em menor receita para a União no caso de leilões de concessões não prorrogadas, como o previsto para setembro de 2017.

Na Consulta Pública – CP 36/2017, foram recebidas 15 (quinze) contribuições pelo site do MME, de diversos agentes e associações setoriais. As contribuições foram consideradas pelo GT MRE e a recomendação é de alteração dos Decretos nº 2.655/1998 e nº 4.550/2002.

2. Análise

Foram recebidas 15 (quinze) contribuições de agentes e associações setoriais à Consulta Pública MME nº 36/2017, que permaneceu vigente no período de 15 a 28 de agosto de 2017, das quais 11 (onze) concordam com a proposta, 1 (um) concorda parcialmente e 3 (três) discordam.

Em geral, as contribuições revelaram elevado grau de convergência quanto à necessidade de busca de medidas estruturais de sustentabilidade do MRE. Cabe esclarecer que o GT MRE foi criado pelo CMSE com este fim e a Consulta Pública MME nº 36/2017 cumpre a primeira etapa deste Grupo, com fins de avaliar a pertinência da aplicação integral da revisão das garantias físicas das UHEs em regime de cotas da Lei nº 12.783/2013 que tenham toda a sua energia alocada ao mercado regulado e da UHE Itaipu.

Considerou-se a análise específica deste grupo de usinas devido ao fato de que (i) suas receitas não estão atreladas à garantia física; (ii) o risco hidrológico é alocado ao consumidor regulado; (iii) os investimentos de implantação, no caso das usinas cotistas, já foram amortizados durante o período da outorga ou indenizados; e (iv) remuneração dos investimentos a serem realizados também não está atrelada à garantia física.

O argumento básico que norteou o Relatório Técnico da CP nº 36/2017 é o da existência de benefícios sistêmicos estruturais que seriam possíveis com a aplicação integral da revisão das garantias físicas deste grupo de usinas, melhorando o funcionamento do Mercado de Curto Prazo, reduzindo a exposição do consumidor regulado ao risco hidrológico, mitigando os riscos associados aos empreendimentos hidrelétricos existentes e futuros, entre outros, e, portanto, repercutindo positivamente na operação do setor elétrico brasileiro.

Pelos estudos apresentados, a proposta permitiria uma melhora no GSF da ordem de 1,5 pontos percentuais, o que propiciaria um ambiente regulatório mais eficiente, com reduções de assimetria de informação e incertezas para os agentes geradores, o que permitiria melhores condições para atração de investimentos a custos mais baixos.

Por outro lado, a medida tende a elevar os custos suportados pelos consumidores regulados, não obstante tenha efeitos favoráveis aos consumidores livres ao exigir menor contratação de energia de reserva.

Ainda assim, entende-se que os benefícios advindos da melhoria do ambiente de negócios do MCP, por meio da maior sustentabilidade do MRE e redução da inadimplência, devem ensejar redução estrutural de custos operacionais, pela reação espontânea da oferta e demanda de energia, e dos preços de venda de energia, pela mitigação das incertezas associadas ao recebimento de receitas no MCP.

A seguir serão apresentadas as contribuições e ressalvas, de forma sintética, agrupadas por temas, apresentando avaliação de mérito conforme entendimentos do GT MRE.

2.1. Quanto ao escopo da aplicação integral da revisão da garantia física

Diversas contribuições ressaltaram a necessidade de caracterização da excepcionalidade das UHEs em regime de cotas da Lei nº 12.783/2013 que tenham toda a sua energia alocada ao mercado regulado e da UHE Itaipu, tendo em vista as características específicas deste grupo de usinas, que as diferenciam das demais, conforme detalhado no Relatório Técnico do GT MRE que foi objeto da Consulta Pública nº 36/2017, para as quais o risco hidrológico é exclusivamente assumido pelo consumidor, sem o pagamento de qualquer contrapartida pelo gerador, e a remuneração destas usinas não depende da garantia física ou qualquer outra forma de lastro, mantendo-se a mesma por ocasião da revisão. Desta forma, o equilíbrio econômico-financeiro destas usinas se mantém inalterado com a aplicação integral da revisão da garantia física, mas proporciona melhores condições de sustentabilidade para o setor elétrico brasileiro.

Neste ponto, houve algumas ressalvas com relação às usinas que simultaneamente operam no regime de cotas e comercializam parte de sua energia nos Ambientes de Contratação Regulado e Livre, e também para as usinas que compõem o Fundo de Energia do Nordeste – FEN, conforme Lei nº 13.182/2015. O GT esclarece que estas usinas não fazem parte do objeto da Consulta Pública supracitada e, desta forma, considera as contribuições como fora de escopo.

2.2. Quanto à viabilidade jurídica e ao mérito da proposta

Algumas contribuições convergiram para a viabilidade jurídica da proposta, na medida em que não viola direito adquirido e que está em conformidade com os princípios da isonomia, da impessoalidade, da finalidade e da segurança jurídica, sem afetar a remuneração do grupo especificado de usinas e sem implicar em desequilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos. Pelo mérito, avaliaram que a proposta representa evolução para um sistema onde os parâmetros físicos e comerciais sejam mais aderentes a realidade, com diversos benefícios ao setor, como a melhora nos níveis do GSF e a redução da necessidade de contratação de energia de reserva.

Houve quem propusesse também o estabelecimento de regra única de revisão da garantia física a todos os agentes hidráulicos participantes do MRE, que têm garantia física definidas em outorga, sejam cotistas ou não, visto que se trata de um mecanismo de mitigação do risco hidrológico a ser usufruído, de forma equitativa, por todos os agentes participantes. Segundo esta análise, ao atingir apenas geradores que não são remunerados com base na garantia física, haveria desvio de finalidade do ato administrativo e ofensa ao princípio da impessoalidade e isonomia.

Também houve alegações para a necessidade de alteração de atos próprios do Poder Executivo, de caráter regulamentar, através dos Decretos nº 2.655/1998 e nº 4.550/2002, mediante estabelecimento de uma regra de exceção.

O GT MRE depreende que a motivação da proposta é aceita por consenso pelos agentes e instituições que encaminharam contribuições à CP nº 36/2017.

Do ponto de vista jurídico, o MME procedeu com análise de sua Consultoria Jurídica, de forma a respaldar o fechamento deste Relatório de consolidação da CP nº 36/2017 e a subsidiar futuras decisões decorrentes deste tema.

O Parecer n. 00575/2017/CONJUR-MME/CGU/AGU conclui que a aplicação integral da revisão das garantias físicas das UHEs em regime de cotas da Lei nº 12.783/2013 que tenham toda a sua energia alocada ao mercado regulado e da UHE Itaipu demandaria alteração de normas regulamentares atualmente vigentes. Mas, não haveria ofensa aos relevantes princípios da impessoalidade, da finalidade, da segurança jurídica, da proteção à confiança e da autovinculação da administração pública.

Quanto à temporalidade da aplicação da proposta, o Parecer supracitado concluiu que “como ainda não produzidos efeitos pela Portaria MME nº 17/2017, nada obsta que se proceda à revogação do referido ato, em caráter parcial, para que dele sejam excluídas as Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (Usinas cotistas) e à Usina de Itaipu Binacional”. De qualquer forma, recomenda “que se oportunize a prévia manifestação dos empreendimentos que serão atingidos pela “revogação parcial” da Portaria MME nº 178/2017 e pela publicação de novos valores de “garantia física”, evitando-se eventual alegação posterior de nulidade”.

Assim, não se identifica óbice jurídico para aplicação integral da revisão das garantias físicas das Usinas Hidrelétricas - UHEs em regime de cotas da Lei nº 12.783/2013 que tenham toda a sua energia alocada ao mercado regulado e da UHE Itaipu.

2.3. Quanto à participação de agentes nas propostas de aprimoramento do MRE

Houve contribuições apontando para o anseio de participação de agentes e instituições nas propostas de aprimoramento do MRE. O GT MRE entende que, em atendimento à

deliberação da 179ª reunião do CMSE, haverá continuidade dos estudos visando aprofundar as análises sobre medidas estruturais de sustentabilidade do MRE. As demais propostas de encaminhamento do GT MRE continuarão sendo submetidas ao CMSE e à Consulta Pública para amplo recebimento de contribuições, a exemplo da CP nº 36/2017.

2.4. Quanto ao impacto da proposta no ACR (consumidores e distribuidoras)

Algumas contribuições apontaram para o aumento do preço da energia associada à UHE Itaipu pago pelos consumidores cativos, uma vez mantida a remuneração desta usina com base em tarifa de potência e com a aplicação integral da revisão da sua garantia física.

Também houve preocupações quanto à falta de gestão das concessionárias de distribuição sobre o Preço Médio de Energia – PMIX, que pode ser impactado e levar as empresas a registrarem perdas econômicas e financeiras com a aplicação da proposta da CP nº 36/2017, sobretudo para aquelas que não estão sobrecontratadas e que possuem patamar de perda elétrica real superior ao estabelecido para fins regulatórios de repasse tarifário.

Houve contribuições de adequação da temporalidade da aplicação da proposta, de modo a permitir que as distribuidoras se planejem quanto à recontratação do lastro e visando preços mais módicos ao consumidor.

O GT MRE entende que o benefício sistêmico proporcionado pela proposta apresentada na CP nº 36/2017, é superior a eventuais efeitos negativos pontuais, sobretudo pela maior eficiência de mercado, com precificação mais realista da garantia física e da capacidade de contribuição à segurança energética do SIN. De todo modo, está sendo buscada compatibilização da aplicação integral da revisão das Garantias Físicas com a ocorrência de novos leilões.

2.5. Outras contribuições

Houve contribuição solicitando extensão do prazo da CP nº 36/2017. Entende-se que os agentes poderão encaminhar estudos adicionais ao MME a qualquer tempo, não sendo necessária extensão do prazo da CP.

Também houve contribuições que foram consideradas como fora do escopo da CP nº 36/2017, algumas das quais elencadas sinteticamente a seguir:

- Que a energia de reserva tenha mesmo tratamento conferido à Geração Fora da Ordem de Mérito da Resolução Normativa ANEEL 764/2017;

- Que seja calculado cenário adicional, onde seria aplicada a metodologia de revisão da garantia física também para aquelas usinas hidroelétricas não passíveis de revisão ordinária, para que o mercado possa identificar com antecedência a futura oferta real de energia, e formas de mitigar eventuais custos dela decorrentes, assim como enriquecer as discussões técnicas;
- Para as futuras contratações de energia (nova ou existente), sugere que sejam realizados leilões de contratos de energia, considerando uma expansão otimizada pela EPE, onde todos os agentes de mercado (distribuidoras, consumidores livres e comercializadoras) possam declarar suas demandas e contribuir para expansão do SIN;
- Que se busquem medidas capazes de reduzir a exposição das concessionárias de distribuição aos riscos na compra de energia, tanto com relação ao volume contratado quanto com relação ao seu preço médio, bem como reduzir a correlação entre as penalidades associadas a esta atividade (como, por exemplo, a glosa de perdas ou a multa por subcontratação) e o preço da energia comprada;
- Que seja aberta pauta de estudos para adequação do custo de oportunidade da penalização/premiação das distribuidoras pelos seus respectivos desempenhos na gestão dos volumes de compra de energia elétrica;
- Que seja estabelecido um Agente Centralizador de Contratos de Geração com as distribuidoras em relação aos aspectos operacionais de faturamento e pagamento, sendo adotado um PMIX único para o Brasil;
- Que qualquer empreendimento em regime de cotas possa migrar para o regime de produção independente, com destinação integral do benefício econômico-financeiro adicionado pelos novos contratos de concessão à CDE, para mitigação dos efeitos tarifários e para redução dos encargos aos consumidores.

3. Conclusão

As contribuições à Consulta Pública nº 36/2017 demonstram a necessidade da implementação de soluções estruturais para o MCP, principalmente em razão da judicialização existente, o que levaria a melhor eficiência de mercado e redução de custos associados à precificação dos riscos do MRE e da inadimplência. Além disso, corroboram a visão de que esse movimento pode gerar benefícios para a sociedade, tais como a redução do custo da energia elétrica, com repercussões na qualidade de vida da população e no aumento da produtividade das empresas.

Com base nas contribuições da Consulta Pública nº 36/2017 e no parecer da Consultoria Jurídica do MME, e avaliando a conveniência técnico-econômica e a viabilidade jurídica da proposta, o GT MRE entende que é possível e recomendável avançar para a proposição de alteração de normas regulamentares atualmente vigentes, de forma a viabilizar a aplicação integral da revisão das garantias físicas para o subgrupo de usinas que não sofre danos econômicos com esta medida.

ANEXO A – CONSOLIDAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO	RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT	
CEMIG	CONCORDA.	A desconsideração dos limites mitigaria parte do atual descompasso do MRE causado pela alteração da matriz energética ao longo dos anos, o que representaria um alívio aos geradores hidráulicos.	i	Indispensável a caracterização da excepcionalidade da revisão restrita aos empreendimentos do regime de cotas e à UHE Itaipu.	CONCORDA. Entende-se que está contemplado no relatório da CP 36.
			ii	É necessário tratamento especial para as usinas que simultaneamente operam no regime de cotas e comercializam parte de sua energia no mercado regulado / livre. Para essas usinas, a revisão da garantia física deve ser alocada integralmente na parcela cotista, mantendo inalterado o MW médio alocado para livre comercialização do agente.	DISCORDA. A ressalva não se aplica às usinas abrangidas pela CP 36.
			iii	O deslocamento causado pela energia de reserva é danoso ao MRE por causar um deslocamento não esperado pelos geradores hidráulicos e, assim, deveria ter o mesmo tratamento conferido à Geração Fora da Ordem de Mérito na resolução normativa ANEEL 764/2017.	FORA DO ESCOPO.
APINE	CONCORDA.	A remuneração recebida por Itaipu e pelas Usinas Cotistas mantém-se inalterada após a redução da garantia física das usinas, não afetando o equilíbrio econômico-financeiro dessas concessões. A proposta é viável juridicamente, na medida em que não viola direito adquirido e está em conformidade com os princípios da isonomia e da modicidade tarifária, além de melhorar a percepção de risco do investidor em geração hidroelétrica participante do MRE, reduzindo custos e propiciando um ambiente regulatório mais eficiente.			
ELETOBRAS	DISCORDA.	A proposta é que haja uma regra única de revisão da garantia física a todos os agentes hidráulicos participantes do MRE, que têm garantia física definidas em outorga, sejam cotistas ou não, à exceção da UHE Itaipu, visto que se trata de um mecanismo de mitigação do risco hidrológico a ser usufruído, de forma equitativa, por todos os agentes participantes.	i	A energia vinculada da UHE Itaipu, diferente da garantia física da UHE Itaipu no MRE, trará desequilíbrio, uma vez que os consumidores cativos estão pagando a tarifa de potência e energia associada, porém recebendo o lastro de uma garantia física muito inferior.	DISCORDA. Entende-se que o benefício sistêmico proporcionado pela proposta apresentada na CP 36 é superior a eventuais efeitos negativos pontuais.

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO		RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT
ABRACE	CONCORDA.	A proposta representa evolução para um sistema onde os parâmetros físicos e comerciais sejam mais aderentes a realidade.	i	Solicita ajustes estruturais no MRE, que aloque riscos a quem tenha melhor condições de gerenciá-los e custos a quem deu causa a eles.	CONCORDA. Em atendimento à deliberação da 179ª reunião do CMSE, o GT MRE continuará seus estudos visando aprofundar as análises sobre medidas estruturais de sustentabilidade do MRE.
			ii	Manifesta seu interesse para participar e contribuir junto ao Grupo de Trabalho para aprimoramento do MRE na "Identificação de medidas estruturais que possam garantir a sustentabilidade do mecanismo que reflitam a realidade operativa".	CONCORDA. As propostas de encaminhamento do GT MRE serão submetidas ao CMSE e à Consulta Pública para recebimento de contribuições, a exemplo da CP 36.
			iii	Sugere que seja calculado um cenário adicional, onde seria aplicada a metodologia de revisão da garantia física também para aquelas usinas hidroelétricas não passíveis de revisão ordinária, para que o mercado possa identificar com antecedência a futura oferta real de energia, e formas de mitigar eventuais custos dela decorrentes, assim como enriquecer as discussões técnicas.	FORA DO ESCOPO.
			iv	Solicita atenção quanto a data sugerida, na Portaria MME 178/2017, para vigência da revisão da Garantia Física para as usinas classificadas como cotista. Devido ao entendimento decorrente do parágrafo 4º do art. 22 da Lei 11.943/2009, alterada pela Lei 13.182/2015, para determinadas UHEs é estabelecido que o regime jurídico de cotas somente terá eficácia a partir de 10 de fevereiro de 2022.	DISCORDA. A ressalva não se aplica às usinas abrangidas pela CP 36.
			v	Para as futuras contratações de energia (nova ou existente), sugere que sejam realizados leilões de contratos de energia, considerando uma expansão otimizada pela EPE, onde todos os agentes de mercado (Distribuidoras, Consumidores Livres e Comercializadoras) possam declarar suas demandas e contribuir para expansão do SIN.	FORA DO ESCOPO.
ABRACEEL	CONCORDA.	A aproximação da garantia física total do parque hidrelétrico à sua real contribuição para a segurança de suprimento, por meio da violação dos limites impostos, ensejaria em diversos benefícios ao setor, como a melhoria nos níveis do GSF e a redução da necessidade de contratação de energia de reserva.			

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO		RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT
ITAIPU	DISCORDA.	<p>Entende a necessidade de redução da garantia física do sistema para refletir a realidade operativa. Entretanto, entende que não devem ser violados os limites de redução da garantia física impostos pelo Decreto nº 2.655/98 para um conjunto específico de usinas.</p> <p>Além disso, a finalidade dos processos de revisão das garantias físicas é adequar tanto as usinas à realidade operativa quanto a disponibilidade máxima do sistema (dado um determinado critério de segurança) à capacidade de geração hidrelétrica. Desse modo, a medida proposta, ao atingir apenas geradores que não são remunerados com base na garantia física, constitui desvio de finalidade do ato administrativo e ofensa ao princípio da impessoalidade e isonomia.</p> <p>Argumentou também que a motivação apresentada tampouco justifica o tratamento diferenciado a um determinado número de usinas, pois não é aplicável somente às usinas que seriam afetadas pela proposta. Dito de forma mais clara: outras usinas também locaram o risco hidrológico ao comprador/consumidor e nem por isso foram arroladas para revisões de garantia física sem os limites percentuais consagrados no Regulamento.</p>	i	Devido à complexidade deste trabalho e ao exíguo prazo estabelecido para esta Consulta Pública, solicita extensão do prazo até, pelo menos, 15 de setembro de 2017.	DISCORDA. Entende-se que o agente poderá encaminhar estudo ao MME a qualquer tempo, não sendo necessária extensão do prazo da CP.
LIGHT	DISCORDA.	A medida proposta na presente Consulta Pública, por sua vez, é mais um exemplo da falta de gestão das concessionárias de distribuição sobre o PMIX, pois acarretará sua elevação. O percentual de aumento, que depende do peso das usinas atingidas pela medida (UHE Itaipu e Cotas) no portfólio de cada distribuidora, pode ser relevante, levando as concessionárias que não estão sobrecontratadas (com nível de contratação abaixo de 105%) a registrarem perdas econômicas e financeiras.	i	Solicitou que se busquem medidas capazes de reduzir a exposição individual das concessionárias aos riscos na compra de energia, tanto com relação ao volume contratado quanto com relação ao seu preço médio.	FORA DO ESCOPO. Está contemplado nas discussões da CP 33.
			ii	Solicitou que o aprimoramento setorial busque: (i) remunerar adequadamente as concessionárias de distribuição pelos riscos remanescentes assumidos na atividade de comercialização de energia, algo que inexistente no atual arcabouço regulatório; e (ii) reduzir a correlação entre as penalidades associadas a esta atividade (como, por exemplo, a glosa de perdas ou a multa por subcontratação) e o preço da energia comprada, sobre o qual as concessionárias não têm qualquer gestão, de forma a evitar punições capazes de desequilibrar severamente as distribuidoras.	FORA DO ESCOPO. Está contemplado nas discussões da CP 33.

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO		RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT
ABRADEE	CONCORDA.	Apoia o MME pela proposta de adequação das Garantias Físicas das usinas cotistas e da usina de Itaipu.	i	Deve ser evidenciado para adequado endereçamento da proposta impactos nas distribuidoras, como: todo aumento do custo médio de compra de energia exaspera, sem o devido mérito de agravamento, a penalização econômica sobre as distribuidoras que eventualmente se encontram num patamar de perda elétrica real superior ao estabelecido para fins regulatórios de repasse tarifário.	DISCORDA. Além das discussões em andamento da CP 33, que buscam melhor adequação da alocação de riscos entre os agentes do setor, entende-se que o benefício sistêmico proporcionado pela proposta apresentada na CP 36 é superior a eventuais efeitos negativos pontuais.
			ii	Solicita abrir pauta de estudos, juntamente com a ANEEL, para adequação do custo de oportunidade da penalização/premiação das distribuidoras pelos seus respectivos desempenhos na gestão dos volumes de compra de energia elétrica.	FORA DO ESCOPO. Está contemplado nas discussões da CP 33.
ABRAGEL	CONCORDA.		i	A fim de se evitar o aumento da insegurança jurídica e do risco regulatório que prejudica o desenvolvimento das atividades de geração, recomenda que a revisão de garantia física a ser realizada nos moldes propostos seja restrita às usinas cotistas e à usina de Itaipu, nas quais o risco hidrológico é exclusivamente assumido pelo consumidor – sem o pagamento de qualquer contrapartida pelo gerador – e a remuneração não depende da garantia física ou qualquer outra forma de lastro, mantendo-se a mesma por ocasião da revisão.	CONCORDA. Entende-se que está contemplado no relatório da CP 36.
ABIAPE	CONCORDA.		i	É favorável à revisão da garantia física (GF) das usinas cotista e Itaipu desde que sejam garantidos: (i) o equilíbrio econômico-financeiro das usinas e (ii) que resulte em melhores condições do mercado/sistema, mesmo que no médio/longo prazo.	CONCORDA. Entende-se que está contemplado no relatório da CP 36.
ENGIE	CONCORDA.	Entende que a proposta é válida, na medida em que a revisão da garantia física de Itaipu e das Usinas Cotistas não afetaria a remuneração dessas usinas e, conseqüentemente, não ensejaria o desequilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos de concessão, muito menos infringiria o direito adquirido desses concessionários.	i	De forma a se aprofundar na análise do impacto financeiro aos consumidores, solicita análise do impacto da diminuição das cotas na repactuação do risco hidrológico, já que hoje o custo da repactuação é arcado pelos consumidores cativos através da conta bandeira.	CONCORDA. Entende-se que está contemplado no relatório da CP 36.

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO		RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT
CPFL GERACAO	CONCORDA.	Assim, a redução de Garantia Física para a UHE Itaipu e para Usinas Cotistas seria aplicada de forma integral, uma vez que a ROGF não afetaria a remuneração dessas usinas e, conseqüentemente, não provocaria o desequilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos de concessão, portanto, tal medida seria perfeitamente viável da forma como proposta pelo MME.			
AES ELETROPAULO	CONCORDA PARCIALMENTE.	Concorda com a proposta apresentada quanto à não utilização de limite para revisão da Garantia Física das usinas hidrelétricas em regime de cotas. Para a revisão da Garantia Física da UHE Itaipu, apresenta ressalvas.	i	Pleiteia que eventual decisão de redução adicional de garantia física seja feita com antecedência suficiente para que a reposição seja com preços mais módicos ao consumidor.	CONCORDA. Entende-se que está contemplado no relatório da CP 36.
			ii	A fim de (i) possibilitar a moderação dos impactos à tarifa dos consumidores cativos do Sul e Sudeste em 2018 e (ii) proporcionar tempo para as distribuidoras planejarem a reconstrução da energia reduzida, propõe-se que a redução da garantia física de Itaipu além dos percentuais de 5% - por redução - e 10% - total - seja implementada de forma gradual entre 2021 e 2023, com reduções definidas com antecedência mínima de 3 anos. Subsidiariamente, caso não seja atendido este pleito de revisão gradual da garantia física de Itaipu, a AES Eletropaulo requer que seja realizado um Leilão A-1 para a reposição da energia e que, caso o preço deste leilão seja alto devido ao PLD vigente na época, o impacto financeiro do aumento de custos a partir de janeiro de 2018 seja imediatamente reequilibrado, mediante a aplicação de uma revisão tarifária extraordinária.	DISCORDA. Está sendo buscada compatibilização da aplicação integral da revisão das Garantias Físicas com a ocorrência de novos leilões.
EDP	CONCORDA.	Para solucionar parte dos desafios envolvendo o MRE, a EDP considera benéfica a proposta.	i	Defende o estabelecimento de um Agente Centralizador de contratos, cujo papel será a representação das concessionárias de distribuição perante as geradoras, quando da celebração dos contratos regulados.	FORA DO ESCOPO. Está contemplado nas discussões da CP 33.
			ii	Destaca que as alterações propostas podem ter conseqüências quando da privatização dos ativos, em linha com a proposta do MME na CP 33, que prevê a descotização.	DISCORDA. Além das discussões em andamento da CP 33, que buscam melhor adequação da alocação de riscos entre os agentes do setor, entende-se que o benefício sistêmico proporcionado pela proposta apresentada na CP 36 é superior a eventuais efeitos negativos pontuais.

PROPONENTE	POSIÇÃO QUANTO AO ESCOPO	ARGUMENTAÇÃO	RESSALVAS	PROPOSTA DE AVALIAÇÃO DO GT
			<p>iii Solicita estudo minucioso sobre as variáveis externas ao MRE que estão, de maneira equivocada, impactando este mecanismo.</p>	<p>CONCORDA. Em atendimento à deliberação da 179ª reunião do CMSE, o GT MRE continuará seus estudos visando aprofundar as análises sobre medidas estruturais de sustentabilidade do MRE.</p>
			<p>iv Defende: (i) A centralização da contratação da geração, em relação aos aspectos operacionais de faturamento e pagamento; (ii) A adoção de um Preço Médio de Energia (PMIX) único para o Brasil envolvendo todos os contratos regulados, como forma de promover a racionalidade econômica ao custo da energia, bem como para corrigir injustiças tarifárias que alocam custos e riscos diferenciados aos consumidores; e (iii) Qualquer empreendimento em regime de cotas possa migrar para o regime de produção independente, com destinação integral do benefício econômico-financeiro adicionado pelos novos contratos de concessão à CDE, para mitigação dos efeitos tarifários e para redução dos encargos aos consumidores.</p>	<p>FORA DO ESCOPO. Está contemplado nas discussões da CP 33.</p>
ABEOLICA	CONCORDA.	Apoia a proposta e o Relatório, proporcionando também maior aderência entre o Planejamento e a Operação do SIN.		

ANEXO B – PARECER JURÍDICO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS DE ENERGIA
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO "U", 9º ANDAR, SALA 935, CEP: 70065-900, BRASÍLIA/DF, FONE:
(61) 2032-5252

PARECER n. 00575/2017/CONJUR-MME/CGU/AGU

NUP: 48330.000494/2017-73

**INTERESSADOS: ASSESSORIA ESPECIAL EM ASSUNTOS REGULATÓRIOS-AEREG/MME E OUTROS
ASSUNTOS: ATIVIDADE FIM**

I. Consulta. Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios do Ministério de Minas e Energia. Proposta surgida no âmbito da Consulta Pública nº 36/2017.

II. Viabilidade e riscos jurídicos envolvidos na *"aplicação integral da revisão da garantia física para UHE's em regime de cotas, nos termos da Lei 12.783, de 2013, que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado e para a UHE Itaipu Binacional"*.

III. Afastamento dos limites previstos no § 5º do art. 21 do Decreto nº 2.655/98

1. Trata-se de expediente oriundo da Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios do Ministério de Minas e Energia (Memorando nº 3/2017/AEREG/SE), por intermédio do qual se formaliza consulta acerca da viabilidade e dos riscos jurídicos envolvidos na *"aplicação integral da revisão da garantia física para UHE's em regime de cotas, nos termos da Lei 12.783, de 2013, que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado e para a UHE Itaipu Binacional"*.

2. Com efeito, trata-se de proposta surgida no bojo da Consulta Pública nº 36/2017, fulcrada em relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído para aprimoramento do Mercado de Realocação de Energia - MRE, o qual, conforme assinalado no próprio Memorando nº 3/2017/AEREG/SE, *"definiu sua agenda de trabalho com foco em ações de curto prazo e medidas estruturais para o MRE"*.

3. Dentre tais medidas, como ali se destaca, está a possibilidade de revisão integral da garantia física das UHE's cotistas, desde que tenham toda sua garantia física alocada no mercado regulado, lógica a ser também aplicada à garantia física da UHE Itaipu Binacional.

4. Nesse cenário, não seriam aplicados a essas duas "modalidades" de geradores os limites previstos no § 5º do art. 21 do Decreto nº 2.655/98, medida a resultar em um alinhamento dos *"[...] processos comerciais e físicos relevantes para a expansão e operação do sistema e mercado, além de reduzir a necessidade de energia de reserva e melhorar o desempenho do MRE em relação à apuração do risco hidrológico"*.

5. O Memorando nº 3/2017/AEREG/SE esclarece, ainda, que a proposta *"não impacta economicamente as UHE's afetadas, uma vez que a remuneração do serviço por elas prestado não está vinculada à garantia física"*.

6. Não obstante, eis que nas contribuições colhidas na Consulta Pública nº 36/2017, Itaipu Binacional e Eletrobras se manifestaram contrariamente a tal proposta, trazendo à discussão um parecer jurídico sobre o tema, assim descrito no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE:

O parecer jurídico aponta a necessidade de respeito à hierarquia das normas, que se daria

não apenas pela alteração do decreto 2.655, mas também do Decreto 4.550, de 2002 (arts. 11 e 12). O parecer também aponta que, a despeito da remuneração da UHE Itaipu Binacional não ser dependente da garantia física, há que se respeitar a isonomia entre todos os agentes, mesmo que se atenda o requisito hierárquico normativo.

7. É sobre esse parecer jurídico, destarte, que se debruçará a análise doravante realizada.

8. Em acréscimo, contudo, cumpre assinalar as relevantes anotações acerca de uma possível regra de temporalidade a ser observada na possível mudança de tratamento dessa matéria, algo também registrado no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE, senão veja-se:

5. No curso desta reunião foi levantado ainda o risco de que a proposta do GT causasse perturbação em relação à Revisão das Garantias Físicas já aprovada, por meio da Portaria MME nº 178, de 2017, fragilizando os resultados calculados para todas as UHE's, inclusive aquelas não alcançadas pela proposta do GT-MRE e para as quais os limites de revisão da garantia física continuariam vigentes.

6. Esse risco foi levantado tendo em vista a temporalidade e tempestividade das alterações nos Decretos que eventualmente sejam feitas para materializar a proposta do GT-MRE. A Portaria MME nº 178 já foi publicada, não obstante sua produção de efeitos se dê apenas a partir de janeiro de 2018. Restou dúvida no GT se seria possível, ocorrendo alteração tempestiva nos atos regulamentares, republicar o resultado da Revisão da Garantia Física das UHEs abrangidas por essa alteração ainda antes do prazo para produção de efeitos ou se isso configuraria aplicação retroativa dos novos comandos, o que poderia fragilizar juridicamente o processo e inviabilizar a proposta do GT, retirando sua eficácia de curto prazo. Restou dúvida ainda se haveria, ainda que configurada a retroatividade, forma de recepcioná-la com robustez jurídica, mitigando riscos de contaminação para o resultado publicado dos demais agentes não afetados pela proposta.

9. Foi diante de todo esse arcabouço, portanto, que foi solicitada a opinião desta Consultoria Jurídica, especificamente acerca dos seguintes pontos:

1) Parecer jurídico enviado pela Itaipu Binacional, contrário à proposta submetida pelo GT-MRE à Consulta Pública 36, de 2017;

2) Risco jurídico e fragilização do processo de revisão da garantia física já publicado, inclusive e especialmente em relação a UHE's não alcançadas pela proposta do GT-MRE, mas cujas garantias físicas foram revisadas nos termos da Portaria MME nº 178, de 2017, considerando a temporalidade e tempestividade da aplicação de eventuais alterações nos atos regulamentares ao resultado da revisão das garantias físicas publicado e o fato de a Portaria ainda não ter produzido efeitos; e

3) Possibilidade e risco jurídico de que as eventuais alterações em atos regulamentares sejam aplicadas para as UHE's afetadas pela proposta do GT-MRE, ainda que se configure retroação, e o quanto isso fragilizaria a Portaria MME nº 178, de 2017, inclusive em relação aos agentes titulares de UHEs não afetadas pela proposta do GT.

10. É o relatório. Passa-se a opinar.

11. O exame desta Consultoria Jurídica, como é cediço, é realizado à luz do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93 e do art. 10 do Decreto nº 8.871/2016, subtraindo-se do âmbito da sua competência institucional análises que importem em considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária.

12. Nesse contexto, é de se registrar, de antemão, que a manifestação opinativa aqui perfilhada não se debruçará, e nem poderia fazê-lo, sobre a pertinência estratégica da medida concebida (desconsideração dos limites de revisão da garantia física em relação às UHE's cotistas e a Itaipu Binacional).

13. Sobre esse ponto, inclusive, nota-se que a Eletrobras arguiu, em sua contribuição, que "a redução da

Garantia Física das usinas cotistas e Itaipu seria uma solução que não teria o condão de equacionar o deslocamento hidrelétrico. Relevante mencionar que este problema tende a se agravar já que no ultimo plano decenal em consulta publica, sinaliza-se que a participação térmica continuará sendo modesta. Fato esse agravado com a participação mais intensa das fontes intermitentes. Este impacto pode ser avaliado considerando que, segundo o ONS, para cada 10.000 MW de fonte eólica é necessário implantar 4.000 MW de térmica para fazer frente as consequências da intermitência".

14. Tal argumentação, de cunho eminentemente técnico, naturalmente refoge às competências e à própria capacidade de reflexão desta Consultoria Jurídica, devendo ser analisada, portanto, pelo próprio órgão consultente.

15. De outro giro, Itaipu Binacional, como bem se depreende dos autos, ao contribuir com o debate da proposta idealizada, o fez com base em uma argumentação marcadamente jurídica, esta sim passível de elucidação e de tratamento por este órgão de assessoramento, o que se passará a fazer a partir de agora.

16. Para tanto, impõe-se realizar, de início, alguns apontamentos acerca do próprio conceito de garantia física, com ênfase para tratamento normativo do tema no contexto presente.

17. Como é cediço, a Constituição Federal determina, relativamente ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica e às instalações de energia elétrica, a propriedade da União, senão veja-se:

Art. 20. São bens da União:

(...)

II - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

(...)

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

(...)

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

18. Logo, é de se concluir, inicialmente, que os recursos hídricos com potencial para geração de energia são, indubitavelmente, bens públicos, de titularidade patrimonial da União. Possuem, ademais, natureza autônoma e dissociada dos bens materiais a eles conexos, de tal forma que é perfeitamente possível que um "recurso hídrico" seja de propriedade de um Estado-membro da Federação, sem nenhum prejuízo da titularidade da União em relação ao "potencial de energia hidráulica" ali contido, tudo em face da existência de um mandamento constitucional expresso e unívoco, acima transcrito.

19. A União, contudo, na esteira do que lhe autorizam os arts. 21, XII, "b" e 175 da própria Constituição Federal, termina por permitir que a exploração dos potenciais de "energia hidráulica" se dêem por empreendimentos privados, no mais das vezes por intermédio de "concessões de serviço público".

20. Pois bem. Nesse panorama, a Lei nº 10.848/2004, que regula a comercialização de energia elétrica no país, preocupando-se precipuamente com a segurança do sistema elétrico, assim determinou:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

I - condições gerais e processos de contratação regulada;

II - condições de contratação livre;

III - processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo;

IV - instituição da convenção de comercialização;

V - regras e procedimentos de comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica;

VI - mecanismos destinados à aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo;

VII - tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica e para as restrições de transmissão;

VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;

IX - limites de contratação vinculados a instalações de geração ou à importação de energia elétrica, mediante critérios de garantia de suprimento;

X - critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE; e

XI - mecanismos de proteção aos consumidores.

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

[...]

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que deverá prever:

I - as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico;

II - as garantias financeiras;

III - as penalidades; e

IV - as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

§ 7º Com vistas em assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE proporrá critérios gerais de garantia de suprimento, a serem considerados no cálculo das energias asseguradas e em outros respaldos físicos para a contratação de energia elétrica, incluindo importação.

[...] (Grifou-se)

21. O dispositivo legal acima transcrito prevê, portanto, de forma bastante clara, que deverá o regulamento dispor sobre os "critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE". E foi exatamente isso que se deu. Em atuação regulamentar, fruto da competência presidencial capitulada no art. 84, IV da Constituição Federal, ao tratar especificamente sobre “garantia física”, o Decreto nº 5.163/2004 estabeleceu, em seu artigo 2º, § 2º, o seguinte regramento:

Art. 2º [...]

§ 2º A garantia física de energia de um empreendimento de geração, a ser definida pelo Ministério de Minas e Energia e a qual deverá constar do contrato de concessão ou do ato de autorização, corresponderá à quantidade máxima de energia elétrica associada ao empreendimento, incluída a importação, que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos. (Redação dada pelo

22. O §1º do art. 4º do mesmo Decreto n. 5.163/04, por sua vez, determina o que abaixo se transcreve:

Art. 4º [...]

§ 1º O Ministério de Minas e Energia, mediante critérios de garantia de suprimento propostos pelo CNPE, disciplinará a forma de cálculo da garantia física dos empreendimentos de geração, a ser efetuado pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, mediante critérios gerais de garantia de suprimento.

23. Nota-se, portanto, já a partir da leitura dos dispositivos legais e regulamentares até aqui transcritos, a relevância do conceito de "garantia física" para o setor elétrico brasileiro. Afinal, como bem se sabe, há uma clara separação entre o mundo físico (do despacho energético – gerido pelo Operador Nacional do Sistema - ONS, que determina os geradores que devem produzir energia elétrica em cada momento) e o contratual (cujos registros e liquidação se dão no ambiente Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE). A existência de um contrato de compra e venda de energia não significa, em verdade, que haja uma entrega física a ele associada.

24. Com efeito, sabe-se que o ONS observa, na determinação dos despachos, a lógica do menor custo, de tal forma que o gerador não possui, no ambiente regulado, sequer o direito de definir se produz ou não energia em um determinado momento. Além disso, há também o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, responsável pelo compartilhamento do risco hidrológico entre os agentes, no qual se desenrola, em apertada e insuficiente síntese, verdadeira "cessão" pelos geradores que produzem acima da sua "energia assegurada" àqueles que, ao revés, produzem menos energia do que a que tinham prometido ao sistema.

25. E tal modelo, como bem se sabe, já vigora há algum tempo. Em um olhar um pouco mais remoto para a matéria, vislumbra-se que o Decreto nº 2.655/98, ainda vigente, é também bastante claro ao definir, em seu artigo 21, alterado posteriormente pelo Decreto nº 3.653/2000 e pelo Decreto nº 5.287/2004, a ideia de "energia assegurada", senão veja-se:

[...]

Art. 21. A cada usina hidrelétrica corresponderá um montante de energia assegurada, mediante mecanismo de compensação da energia efetivamente gerada. (Redação dada pelo Decreto nº 3.653, de, 7 de novembro de 2000)

§ 2º Considera-se energia assegurada de cada usina hidrelétrica participante do MRE a fração a ela alocada da energia assegurada do sistema, na forma do disposto no caput deste artigo.

§ 3º A energia assegurada relativa a cada usina participante do MRE, de que trata o parágrafo anterior, constituirá o limite de contratação para os geradores hidrelétricos do sistema, nos termos deste regulamento.

[...]

26. Ressalte-se, apenas para que não reste nenhuma dúvida, que a "energia assegurada" é, ao fim e ao cabo, o mesmo conceito que veio a ser substituído posteriormente pela chamada "garantia física", sendo que o tratamento da "revisão" de tal instituto ainda está encartado, como abaixo se vê, na norma regulamentar mais remota, ou seja, no Decreto nº 2.655/98:

Art. 21. [...]

[...]

§ 4º O valor da energia assegurada alocado a cada usina hidrelétrica será revisto a cada cinco anos, ou na ocorrência de fatos relevantes.

§ 5º As revisões de que trata o parágrafo anterior não poderão implicar redução superior a cinco por cento do valor estabelecido na última revisão, limitadas as reduções, em seu todo, a dez por cento do valor de base, constante do respectivo contrato de concessão, durante a vigência deste.

§ 6º A alocação da energia assegurada, de que trata o caput, e as revisões previstas nos §§ 4º e 5º, propostas, em conjunto pelo GCOI e GCPS e seus sucessores, serão homologadas pela ANEEL. (Grifou-se)

27. Dito tudo isso, portanto, é possível concluir que a "garantia física" de energia funciona como uma espécie de certificado, que delimita a quantidade máxima de energia que cada gerador poderá comercializar através de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

28. Assim sendo, todo e qualquer empreendimento de geração, independentemente da matriz energética à qual pertença, atuando no ambiente regulado ou no ambiente livre, necessita sempre da definição de sua "garantia física" de energia para fins de comprovação de atendimento de carga e, principalmente, para fins de lastro em relação às suas transações comerciais, ou seja, para a comercialização da energia elétrica gerada por meio de contratos.

29. E não há dúvida, ademais, como há pouco se viu, de que o "valor" determinado a título de garantia física não é fixo ou imutável. Há, naturalmente, a possibilidade de sua revisão ao longo do tempo, em caráter ordinário - a cada cinco anos -, ou diante da ocorrência de eventos relevantes - o que abre espaço para a revisão extraordinária -, tudo em conformidade com a exata dicção do art. 21 do Decreto nº 2.655/98, que estabelece, outrossim, limites para tais revisões, ao aduzir que elas "não poderão implicar redução superior a cinco por cento do valor estabelecido na última revisão, limitadas as reduções, em seu todo, a dez por cento do valor de base, constante do respectivo contrato de concessão, durante a vigência deste".

30. E é sobre este derradeiro aspecto que se debruça, com especificidade, a consulta formulada.

31. **A limitação "quantitativa" da revisão de garantia física, estipulada no âmbito regulamentar, é necessariamente aplicável às Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (usinas cotistas) e à Usina de Itaipu Binacional? É isso que tenciona saber o órgão consulente.**

32. **Antecipa-se a resposta. No tempo presente, sim.**

33. Com efeito, a norma que estabelece os limites aqui tratados (Decreto nº 2.655/98) não contempla regimento de exceção. Não autoriza, por exemplo, que tais limites não sejam aplicados às usinas que estão inseridas no regime de cotas. Além disso, o Decreto nº 4.550/2002, que regulamenta a comercialização de energia elétrica gerada especificamente por Itaipu Binacional, é também bastante claro ao estipular, em seu art. 11, a aplicação das mesmas regras de revisão e cálculo de garantia física para o referido empreendimento, a despeito da sua atipicidade, senão veja-se:

Art. 11. A ANEEL, observado o disposto no Tratado celebrado em 26 de abril de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, e no art. 4º do Decreto nº 5.163, de 30 julho de 2004, homologará, anualmente, a potência contratada e os montantes de energia elétrica referentes a cada concessionário de distribuição.

§ 1º Os montantes de energia referidos no caput serão calculados com a mesma metodologia empregada no cálculo da garantia física, a título de energia assegurada das usinas participantes do MRE, e estarão sujeitos a revisões com a mesma periodicidade e nas mesmas condições, além dos ajustes especificados no § 2º.

§ 2º A ANEEL procederá a revisão das potências de que trata o parágrafo único do art. 9º, da Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973, sempre que a evolução do mercado de energia elétrica justificar.

§ 3º Os riscos hidrológicos associados à geração de ITAIPU, considerado o MRE, serão assumidos pelas concessionárias de distribuição na proporção do montante de energia elétrica alocado a cada concessionária e a projeção desse resultado, para cada ano civil, deverá ser considerada pela ANEEL na definição dos valores das bandeiras tarifárias. (Grifou-se)

34. Logo, **diante da atual redação do Decreto nº 2.655/98 e do Decreto nº 4.550/2002, não há espaço**

para a revisão da garantia física das usinas cotistas ou de Itaipu para além dos limites estabelecidos em tais diplomas.

35. Importa averiguar, portanto, se seria possível, com fulcro nas razões lançadas no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e à luz das contribuições havidas na Consulta Pública nº 36/2017, com vistas a um alinhamento dos "[...] processos comerciais e físicos relevantes para a expansão e operação do sistema e mercado" e para uma redução da "necessidade de energia de reserva" e consequente melhora do "desempenho do MRE em relação à apuração do risco hidrológico", promover a alteração dos diplomas regulamentares aqui mencionados, o que, naturalmente, somente poderia se dar mediante atuação da Presidência da República, no exercício da já mencionada competência estampada no art. 84, IV da Constituição Federal.

36. Pois bem. No parecer jurídico que anexa à sua contribuição, trazida aos autos no âmbito da Consulta Pública nº 36/2017, Itaipu Binacional aventa alguns obstáculos em relação à não aplicação dos limites atuais de revisão de "garantia física" às Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (usinas cotistas) e à Usina de Itaipu Binacional, com fulcro nas seguintes regras e princípios do ordenamento jurídico pátrio:

a) Literalidade do disposto no art. 11 do Decreto nº 4.550, de 2002, que prevê expressamente a aplicação das regras de revisão e cálculo da garantia física para a UHEItaipu;

b) Princípio da legalidade e da hierarquia das normas para a Administração Pública. O Poder Público está limitado a agir dentro da legalidade, ficando adstrito a fazer apenas aquilo que a Lei ou o regulamento dispõem. Ademais, na edição de atos administrativos, a Administração Pública deve respeitar os limites estabelecidos em normas de hierarquia superior;

c) Princípios da impessoalidade, da isonomia e da finalidade. Na edição de atos administrativos, a Administração Pública não está autorizada a conceder tratamento discriminatório ou vantajoso a partir da eleição de determinados administrados, em especial contra o disposto em Lei e/ou Decreto; e

d) Princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da autovinculação da administração pública. O poder público em decisões anteriores observou o limite de 5% na revisão das garantias físicas aprovadas com a Portaria MME nº 303, de 2004, e pela Portaria MME nº 178, de 2017.

37. Os dois primeiros argumentos são, de fato, robustos e merecem detida atenção, como visto alhures.

38. Afinal, não seria dado ao Ministério de Minas e Energia, representante do Poder Concedente, simplesmente ignorar os limites estabelecidos no Decreto nº 2.655/98, aplicáveis também a Itaipu Binacional em face do Decreto nº 4.550/2002, promovendo revisão de garantias físicas, em face de quaisquer empreendimentos de geração de energia, em patamar superior àquele admitido no regulamento vigente.

39. Não se pode olvidar, contudo, daquilo que está disciplinado nos atos normativos primários acerca do tema em questão.

40. E nesse ponto, como já salientado na presente manifestação opinativa, a Lei nº 10.848/2004, reguladora da comercialização de energia elétrica, é bastante precisa ao entregar ao tratamento regulamentar a definição dos critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços. Dentre tais critérios, naturalmente, está a própria possibilidade de definição do conceito de "garantia física", bem como estabelecimento dos critérios de sua revisão.

41. Logo, a sede legislativa própria e adequada para a definição dessa questão é, inexoravelmente, o regulamento. Ou seja, o "decreto", ato normativo secundário, de autoria do Poder Executivo, no exercício da competência estabelecida pelo art. 84, IV da Constituição Federal.

42. Nessa senda, se foi o Decreto nº 2.655/98 que estabeleceu os limites de revisão de "garantia física", sem que ali se previsse nenhuma exceção, nada obsta que tal norma seja modificada, desde que por ato normativo de

igual patamar hierárquico - outro decreto -, o que, em princípio, pode se dar justamente à luz das razões lançadas no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e das demais contribuições havidas na Consulta Pública nº 36/2017, com vistas, repise-se, a um alinhamento dos "[...] processos comerciais e físicos relevantes para a expansão e operação do sistema e mercado" e à efetiva redução da "necessidade de energia de reserva" e com decorrente melhora do "desempenho do MRE em relação à apuração do risco hidrológico".

43. Não há, nesse tocante, que se cogitar uma imutabilidade normativa. Alterado o atual conteúdo do Decreto nº 2.655/98, talvez com algum ajuste específico também no Decreto nº 4.550/2002 (que trata especificamente de Itaipu Binacional), eis que não sobreviverá a "literalidade normativa" aventada no parecer jurídico aqui analisado, e tampouco restará ofensa ao "princípio da legalidade", desde que o novo tratamento regulamentar da matéria guarde conformidade com a Lei nº 10.848/2004 e com os demais atos normativos primários que se ocupam do setor elétrico, os quais, até onde se tem conhecimento, não se ocupam de limitar quantitativamente a revisão de "garantias físicas", assunto, reitere-se, destinado ao tratamento em nível infralegal.

44. Caem por terra, destarte, a um só tempo, os argumentos lançados nas alíneas "a" e "b" acima transcritas, extraídas do parecer jurídico anexado à contribuição de Itaipu Binacional.

45. **A solução idealizada, portanto, demanda, antes de mais nada, alteração de normas regulamentares atualmente vigentes, pelas razões até aqui já externadas.**

46. Contudo, também argumentou Itaipu Binacional, na alínea "c" acima transcrita, que eventual tratamento diferenciado em relação à matéria em questão, ainda que através de modificação das normas regulamentares hoje vigentes (como concebido alhures), implicaria ofensa aos princípios "da impessoalidade, da isonomia e da finalidade".

47. Transcreva-se, por oportuno, as ponderações daquela empresa (deduzidas em parecer jurídico) acerca desse específico aspecto:

[...] No presente caso, o Decreto nº 2.655, de 1998, que deve pautar a atuação do Poder Concedente, estabelece limites de redução da garantia física indistintamente para todas as usinas hidrelétricas participantes do MRE, não trazendo qualquer condição particular, hipótese de diferenciação ou delegação ao Ministro de Estado para estabelecer distinções ou regras diversas. E mais, há norma expressa que determina exatamente o oposto, isto é, não diferenciar a revisão ordinária da garantia física da UHE Itaipu das demais usinas hidrelétricas participantes do MRE, conforme o art. 11 do Decreto 4.550, de 2002.

Nesses termos, parece claro que, além dos princípios da legalidade e da hierarquia de normas, a dupla "violação" aos limites individual e global de redução da garantia física da Consulente, proposta na Consulta Pública nº 036, de 2017, ofende ainda o princípio da impessoalidade, por resultar em discriminação não estabelecida- e expressamente afastada - na finalidade estrita da Lei e do Decreto que limita a atuação do Ministério.

Ademais, se o objetivo da proposta, conforme afirmado pelo MME no Relatório Técnico disponibilizado na Consulta Pública nº 036, de 2017, é tornar o total da garantia física outorgada no sistema mais aderente à realidade (perspectiva sistêmica) na tentativa de melhorar a expectativa do Fator de Ajuste do MRE para os próximos anos, não se justifica que essa mesma proposta envolva a revisão da garantia de apenas uma ou ainda de algumas usinas hidrelétricas.

Ao proceder dessa forma, elegendo uma ou algumas usinas para o processo de revisão da garantia física, mantendo inalteradas as garantias da maior parte das UHEs, e visando obter resultado mais expressivo em relação ao Fator de Ajuste do MRE esperado para os próximos anos, o MME, além de descumprir frontalmente o disposto no Decreto n. 4.550, de 2002, e os limites de redução impostos no Decreto nº 2.655, de 1998, pratica evidente desvio de finalidade da norma, considerando os próprios fundamentos que movem a atuação do Ministério.

[...]

Há de se ressaltar, neste ponto, o disposto no art. 2º, VI, da Lei nº 9.784, de 1999, segundo o

qual a atuação do Estado deve observar a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

No Relatório Técnico disponibilizado na Consulta Pública, o MME expõe, como uma das motivações para o tratamento discriminatório às usinas cotistas e Itaipu, o fato de que suas receitas não estão associadas à garantia física.

Não obstante, repita-se, a finalidade dos processos de revisão das garantias físicas é adequar tanto as usinas à realidade operativa quanto a disponibilidade máxima do sistema (dado um determinado critério de segurança) à capacidade de geração hidrelétrica. Desse modo, a medida extrema proposta, ao atingir apenas geradores que não são remunerados com base na garantia física, constitui desvio de finalidade do ato administrativo e ofensa ao princípio da impessoalidade e isonomia.

Outra motivação apontada no Relatório Técnico está relacionada à alocação do risco hidrológico da energia das usinas cotistas e Itaipu. De acordo com o estudo colocado em consulta pública, o risco hidrológico da energia dos cotistas é alocado ao consumidor regulado.

No entanto, é sabido que se encontra previsto na Lei nº 13.203, de 2015, o mecanismo de repactuação do risco hidrológico, que tornou possível alocar o risco hidrológico aos compradores da energia elétrica de usinas do SIN que comercializaram energia de forma regulada. Nesse sentido, observa-se que a motivação apresentada tampouco justifica o tratamento diferenciado a um determinado número de usinas, pois não é aplicável somente às usinas que seriam afetadas pela proposta. Dito de forma mais clara: outras usinas também locaram o risco hidrológico ao comprador/consumidor e nem por isso foram arroladas para revisões de garantia física sem os limites percentuais consagrados no Regulamento.

Diante disso, a ofensa à impessoalidade, o tratamento não isonômico e o desvio finalidade são outras razões pelas quais não deve prosperar a proposta apresentada na referida Consulta Pública, sob pena de ofensa a mais de um princípio constitucional.

48. A abordagem acima reproduzida, contudo, com todas as *venias* possíveis aos subscritores do parecer analisado, não se mostra exatamente acertada.

49. Nesse sentido, para a desconstrução das ideias externadas por Itaipu Binacional, convém rememorar o que exatamente significam os princípios ali mencionados (isonomia, impessoalidade e finalidade).

50. O princípio da isonomia ou da igualdade, de sede constitucional inequívoca (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), jamais poderia ensejar, na esteira do que pretende Itaipu Binacional para o caso em exame, um tratamento igualitário a qualquer custo, que desconsiderasse as naturais diferenças havidas em contextos específicos.

51. Com efeito, o notável jurista baiano Ruy Barbosa, já há algum tempo, baseando-se em lição aristotélica, acertadamente asseverou que

[...] a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem. (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.)

52. Logo, é preciso reconhecer que não há obstáculo, por si só, a que se confira tratamento diferenciado a Itaipu Binacional ou às Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (usinas cotistas), desde que haja razões proporcionais e razoáveis para que tal distinção ocorra.

53. Em verdade, Itaipu Binacional é o próprio exemplo da aplicação do princípio da isonomia sob a ótica

aqui ventilada. Afinal, em vários aspectos é conferido tratamento diferenciado ao referido empreendimento de geração de energia elétrica, justamente em face da sua peculiar condição de ser o resultado de um tratado internacional, envolvendo interesses soberanos do Brasil e do Paraguai.

54. Assim sendo, é certo que o tratamento diferenciado concebido no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e no relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017 não ofende, aprioristicamente, o princípio constitucional da isonomia, ante as ponderações aqui registradas.

55. Deve-se reconhecer, no entanto, que eventual tratamento distinto de tais empreendimentos (Itaipu Binacional e Usinas Cotistas) deverá se dar, como sói ocorrer no âmbito do direito público, em razão de uma motivação devidamente assinalada. E é aqui que importam sobremaneira os princípios da "impessoalidade" e da "finalidade", também referidos no parecer jurídico em análise.

56. Sobre tais princípios, traz-se a lume a lição de Hely Lopes Meirelles:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito que indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

[...]

E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, "e").

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o agente fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do participar com o interesse coletivo.

O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder [...] (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93).

57. No caso em análise, ao que se depreende do Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e no relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017, a não aplicação dos limites previstos no § 5º do art. 21 do Decreto nº 2.655/98 às Usinas Cotistas e a Itaipu Binacional redundaria em um alinhamento dos "[...] processos comerciais e físicos relevantes para a expansão e operação do sistema e mercado, além de reduzir a necessidade de energia de reserva e melhorar o desempenho do MRE em relação à apuração do risco hidrológico".

58. Trata-se, ademais, de proposta que "não impacta economicamente as UHE's afetadas, uma vez que a remuneração do serviço por elas prestado não está vinculada à garantia física".

59. Sobre esse tema, importa transcrever as considerações do relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017 acerca da "conveniência técnico-econômica da proposta" apresentada:

A análise da conveniência técnico-econômica da proposta - violar os limites previstos no Decreto nº 2.655/1998 para as usinas cotistas e Itaipu - abrange dois aspectos: a identificação de benefícios sistêmicos estruturais e a avaliação dos efeitos distributivos, com enfoque na realocação de riscos e custos ao consumidor regulado:

i) O alinhamento entre processos comerciais e físicos relevantes para a expansão e operação do sistema e mercado;

ii) Os impactos sobre posição contratual das distribuidoras e os custos e riscos suportados pelo segmento regulado.

A aproximação da garantia física total do parque hidrelétrico da sua real contribuição à segurança de suprimento ensejaria maior previsibilidade para empreendedores de geração prognosticarem a demanda futura por projetos.

Além disso, a precificação dos empreendimentos depende diretamente da percepção de risco na tomada da decisão do investimento. Em um ambiente de desequilíbrio do MRE, atribui-se elevado risco financeiro aos empreendimentos hidrelétricos. Isto pode acarretar preços mais altos, diante de riscos também mais elevados, e incertos para a energia comercializada, inclusive nos leilões de energia nova.

Em síntese, a medida ora proposta fomenta redução dos riscos de deslocamento entre o MRE e a realidade operativa. Portanto, devido aos benefícios elencados, espera-se que a medida aloque riscos mais adequadamente, buscando a sustentabilidade do atual MRE. No longo prazo, espera-se que a depuração de riscos do MRE viabilize uma precificação da energia mais adequada, pois reduzirá a incerteza no ambiente de comercialização.

A contratação realizada e futura de energia de reserva, instituída pelo Decreto 6.353/2008, pode ser interpretada como um mecanismo ad-hoc para restituir a segurança de suprimento no sistema, quando a real contribuição à segurança sistêmica da soma da garantia física das plantas contratadas como energia lastreada fica aquém das necessidades da demanda.

Este tipo de solução, apesar de necessária a segurança do sistema, pode apresentar os seguintes efeitos adversos:

- a) atualmente contrata-se geração não controlável de custo marginal nulo, portanto com prioridade no despacho, deslocando as demais fontes que tem alguma capacidade de controle;
- b) a contratação é suplementar (adicional) a energia lastreada e o montante nominal de GF, que por sua vez é determinante para os créditos das usinas no MRE.

Em síntese esses dois efeitos, ainda que decorrentes de uma contratação feita originalmente para compensar o desvio de garantia física das hidrelétricas e termelétricas, acaba por deslocar a geração realizada pelas usinas hidrelétricas, com impactos comerciais aos seus titulares e encargos aos consumidores.

Isso é ainda mais relevante ao se considerar que o desequilíbrio entre a GF total e a real capacidade de geração implica resultados negativos no mecanismo de realocação de energia (MRE), com efeitos potencializados pela correlação negativa entre a geração hidrelétrica e o preço de liquidação de diferenças (PLD).

A proposta em análise neste Relatório teria como consequência a melhora nos níveis do GSF e a redução da necessidade de contratação de energia de reserva, uma vez que o total de garantia física outorgada no sistema passaria a ser mais aderente à realidade. Apesar da eventual necessidade de recompor este lastro que fora reduzido, tendo em vista que a energia de reserva é paga por toda a classe de consumo, livres e regulados, já necessariamente lastreados por outros contratos, a desnecessidade de contratação adicional via energia de reserva evita encargos aos consumidores. (Grifou-se)

60. Logo, é de se concluir que o elemento motivador da diretriz idealizada é o próprio interesse público, em seu viés primário. Tenciona-se, segundo se depreendeu da transcrição acima, auferir, em proveito de toda a sociedade, um melhoramento do setor elétrico, através de benefícios sistêmicos estruturais que desaguarão numa realocação de riscos e de custos.

61. Não se beneficia individualmente nenhum *player* do setor elétrico. Não se destina vantagem a quem quer que seja, a não ser à própria sociedade. Mais que isso, trata-se de medida que não terá o condão, segundo se aduz na consulta ora respondida, de prejudicar os empreendimentos de geração de energia por ela atingidos, os quais não possuem remuneração de serviço prestado vinculado ao conceito de garantia física, ante suas próprias especificidades.

62. Logo, **conclui-se, ao contrário do que se aduz no parecer jurídico trazido aos autos por Itaipu Binacional, que tampouco há na ideia analisada, desde que corporificada por intermédio de alteração da normatização regulamentar hoje em vigor, ofensa aos relevantes princípios da "impessoalidade" e da "finalidade".**

63. Supera-se, assim, também o argumento lançado na alínea "c" do parecer jurídico analisado, transcrita alhures.

64. Passa-se, destarte, ao derradeiro argumento de Itaipu Binacional, concernente na suposta violação dos princípios da "segurança jurídica", da "proteção à confiança" e da "autovinculação da administração pública", o que decorreria do singelo fato de que o Poder Público, em decisões anteriores sobre o tema, efetivamente observou o limite de 5% na revisão das garantias físicas, o que se pode depreender da Portaria MME nº 303/2004 da Portaria MME nº 178/2017.

65. Sobre esse ponto, assim se argumenta no parecer jurídico aqui examinado:

[...] verifica-se que todos os atos administrativos de efeitos concretos editados pelo MME relacionados à revisão de garantia física de usinas hidrelétricas observaram a limitação de 5% prevista no Decreto nº 2.655, de 1998, determinada também pelo alcance explícito e inquestionável do disposto no art. 11 do Decreto nº 4.550, de 2002.

[...]

No Estado Democrático de Direito, impõe-se preservar a estabilidade no desenvolvimento das relações jurídicas, especialmente se nelas participa o Poder Público (ou quem o representa).

[...]

A fim de atingir a almejada estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade da ação estatal, o ordenamento jurídico provê forte guarida aos princípios da boa fé, segurança jurídica e proteção da confiança.

A segurança jurídica tem duas dimensões: uma objetiva, que envolve limites à retroatividade, e outra subjetiva, que se refere ao princípio da proteção da confiança. Ademais, este princípio: "impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos."

A Lei nº 9.784, de 1999, traz diversos dispositivos que prestigiam o princípio da segurança jurídica no âmbito do processo administrativo federal, tais como o art. 2º, caput; art. 2º, parágrafo único, IV e XIII; e o art. 54.

[...]

Conforme descrito neste Parecer, todas as revisões ordinárias das garantias físicas promovidas pelo MME observaram o limite de 5%, o que, para além de ser um mero cumprimento do disposto no Decreto nº 2.655, de 1998, induz os administrados à legítima confiança de que as revisões subsequentes devem seguir igualmente os limites estabelecidos no Decreto.

Mas isso não é tudo. Ao consagrar e consolidar o entendimento em diversos atos administrativos formais (v.g., Portaria MME nº 303, de 2004 e Portaria MME nº 178, de 2017) de que os limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998, aplicam-se a todas as usinas hidrelétricas do MRE, inclusive por força do disposto no Decreto n. 4.550, de 2002, o MME impôs a si próprio um limite à sua atuação, vinculando-se aos seus próprios pronunciamentos.

[...]

[...]

Consoante precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, trata-se de "autolimitação do poder (administrative self-restraint), que tem em sua gênese a marcada ideia de que a Administração, por uma série de ações e limitações, exerce o poder de modo mais transparente, razoável e justo". Em outras palavras, "há situações em que a própria Administração Pública, através de seus órgãos internos, emana norma reguladora de sua atividade, limitando o seu espaço de ação em domínios antes puramente discricionários. É o que ele descreve como fenômeno de autovinculação".

Assim, diante do princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança, das expectativas legítimas dos administrados e da autovinculação administrativa, conclui-se que, em processo

de revisão da garantia física da UHE Itaipu no âmbito do MME, devem ser observados ambos os limites (global, de 5%, e por revisão efetuada, de 10% em relação à energia assegurada original) estabelecidos no Decreto nº 2.655, de 1998, e no Decreto n. 4.550, de 2002, sob pena de nulidade do ato praticado.

66. Pois bem. Relevante aspecto precisa ser esclarecido, antes de mais nada.

67. À luz de tudo o quanto aqui já se arguiu, reconhece-se que a Portaria MME nº 303/2004 e a Portaria MME nº 178/2017, que trataram do tema "revisão de garantias físicas", efetivamente observaram as limitações estabelecidas no Decreto nº 2.655/98. Tal se deu, no entanto, pela singela razão de que não lhes era dado conter previsão diversa.

68. Afinal, como já registrado, o Ministério de Minas e Energia, representante do Poder Concedente, não poderia simplesmente ignorar os limites estabelecidos no Decreto nº 2.655/98, aplicáveis também a Itaipu Binacional em face do Decreto nº 4.550/2002, promovendo revisão de "garantias físicas", em face de quaisquer empreendimentos de geração de energia, em patamar superior àquele admitido no regulamento vigente.

69. Tal medida, tivesse sido adotada, seria naturalmente ilegal. Contrariaria todo o atual arcabouço normativo a incidir sobre o tema em exame.

70. O que se está a conceber neste momento, no entanto, é a "modificação" do marco normativo atinente à temática em tablado, razão pela qual o questionamento a ser feito, no contexto presente, é se teriam Itaipu Binacional e as demais Usinas a serem atingidas pela mudança cogitada (cotistas) o "direito adquirido" ao regime jurídico que hoje lhes é conferido. Em outras palavras, é necessário averiguar se o princípio da "segurança jurídica" é suficiente para proibir o Estado brasileiro de alterar o atual conteúdo do Decreto nº 2.655/98, criando exceções aos limites de revisão de "garantia física" ali estabelecidos.

71. A resposta, assevera-se com veemência, é negativa. Não há obstáculo a que tal modificação normativa seja realizada.

72. Com efeito, o que se está a conceber é a instituição de um novo regime jurídico para a matéria em tablado, a ser consolidado no exercício regular da competência estabelecida na Lei nº 10.848/2004, que é muito precisa ao prever que caberá ao regulamento (decreto) dispor sobre os "*critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE*".

73. A lei acima mencionada, como se vê, não limitou a atuação do Poder Executivo nesse tocante. Conferiu-lhe a potencialidade total de definição dos critérios de garantia de suprimento energético, aí inserida a "garantia física" das usinas. Optou-se, em um primeiro momento, por não se estabelecer exceções às limitações de revisão de modalidade. O fruto disso é o atual tratamento normativo da matéria.

74. Agora, no entanto, à luz de tudo o quanto aqui já referido, e em especial em face das razões estampadas no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e no relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017, há razões para que o tratamento desse tema seja revisitado, em vista da própria supremacia do interesse público. E só quem pode adotar tal caminho, indubitavelmente, é justamente o Poder Executivo, por intermédio de um novo decreto.

75. A possível alteração de regime jurídico aqui cogitada, ademais, é algo plenamente previsível, porquanto corolário da própria natureza continuada dos contratos de concessão que costumam marcar o serviço de geração de energia elétrica. Não há, portanto, ofensa à segurança jurídica na mudança do marco normativo. Se assim fosse, as leis e regulamentos, em geral, jamais seriam alterados.

76. O Supremo Tribunal Federal, de outra banda, há muito pacificou o entendimento de não existir "direito adquirido a regime jurídico", em jurisprudência consolidada sobre os mais variados temas. Verifique-se, a título de exemplo, o que se decidiu nos seguintes julgados: *ARE 704.520; RE 626.489; RE 563.965; AI 632.933 AgR-EDv-AgR;*

RE 599.618 ED; AI 598.229 AgR; RE 403.922 AgR; RE 26.855; RE 254.459; RE 226.855; RE 599.618 ED; RE 563.965; RE 599.618 ED.

77. Registre-se, ademais, que como várias vezes aqui registrado, a proposta de alteração idealizada "*não impacta economicamente as UHE's afetadas, uma vez que a remuneração do serviço por elas prestado não está vinculada à garantia física*", pelo não há que se cogitar efetivo prejuízo à esfera de interesses tuteláveis das Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (Usinas cotistas) e à Usina de Itaipu Binacional, caso efetivamente se adote o caminho da modificação do Decreto nº 2.655/98.

78. **Conclui-se, portanto, sem demérito dos argumentos lançados no parecer jurídico que acompanha a contribuição de Itaipu Binacional à Consulta Pública nº 36/2017, que também não existe na diretriz concebida, desde que corporificada por intermédio de alteração da normatização regulamentar hoje em vigor, ofensa aos princípios da "segurança jurídica", da "proteção à confiança" e da "autovinculação da administração pública"..**

79. Ao revés, o que se está a conceber é a regular atuação do Poder Executivo, na regulamentação da Lei nº 10.848/2004, mediante alteração dos atuais marcos regulamentares, sem descuidar dos aspectos legalmente estabelecidos.

80. Por derradeiro, questiona o órgão consultante, Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios do Ministério de Minas e Energia, como lidar com a possível adoção da ideia concebida no relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017, caso esta prospere, em face da já editada Portaria MME nº 178/2017, que só produzirá efetivos efeitos a partir de 01/01/2018.

81. Quer saber o mencionado órgão se há "*risco jurídico e fragilização do processo de revisão da garantia física já publicado, inclusive e especialmente em relação a UHE's não alcançadas pela proposta do GT-MRE, mas cujas garantias físicas foram revisadas nos termos da Portaria MME nº 178, de 2017, considerando a temporalidade e tempestividade da aplicação de eventuais alterações nos atos regulamentares ao resultado da revisão das garantias físicas publicado e o fato de a Portaria ainda não ter produzido efeitos*", assim como a "*possibilidade e risco jurídico de que as eventuais alterações em atos regulamentares sejam aplicadas para as UHE's afetadas pela proposta do GT-MRE, ainda que se configure retroação, e o quanto isso fragilizaria a Portaria MME nº 178, de 2017, inclusive em relação aos agentes titulares de UHEs não afetadas pela proposta do GT*".

82. Transcreva-se, para boa contextualização desse questionamento, o ato mencionado nesse específico ponto da consulta:

PORTARIA Nº 178, DE 3 DE MAIO DE 2017.

O MINISTRO DE ESTADO, INTERINO, DE MINAS E ENERGIA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 21, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, e o que consta no Processo nº itaiu, resolve:

Art. 1º Aprovar a metodologia, os critérios, as premissas e as configurações que constam no Relatório "Revisão Ordinária de Garantia Física de Energia das Usinas Hidrelétricas - UHEs Despachadas Centralizadamente no Sistema Interligado Nacional - SIN", de 25 abril de 2017, elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria MME nº 681, de 30 de dezembro de 2014, composto por representantes do Ministério de Minas e Energia, do Centro de Pesquisas de Energia Elétrica - CEPEL e da Empresa de Pesquisa Energética - EPE.

Parágrafo único. O Relatório de que trata o **caput** encontra-se disponível na internet, no sítio do Ministério de Minas e Energia - www.mme.gov.br.

Art. 2º **Definir, na forma dos Anexos I a VI desta Portaria, os valores revistos de garantia física de energia das Usinas Hidrelétricas Despachadas Centralizadamente no SIN, obtidos com a aplicação da metodologia, das premissas, dos critérios e das configurações apresentados no Relatório a que se refere o art. 1º.**

§ 1º Os montantes de garantia física de energia das Usinas Hidrelétricas, indicadas nos

Anexos I a VI, são determinados nas Barras de Saída dos Geradores.

§ 2º Para efeito de comercialização de energia elétrica, o consumo interno das Usinas Hidrelétricas e as perdas na Rede Elétrica deverão ser abatidos dos montantes de garantia física de energia definidos nesta Portaria, observando-se as Regras de Comercialização de Energia Elétrica vigentes.

*Art. 3º **Estabelecer que os montantes de garantia física de energia, definidos nos Anexos I, II, III e IV, serão válidos a partir de 1º de janeiro de 2018.***

Art. 4º Os acréscimos de garantia física de energia decorrentes das modernizações das Usinas Hidrelétricas denominadas UHE Capivara, UHE Salto Santiago e UHE Salto Osório, definidos no Anexo V, terão validade:

I - após a realização de ensaios que comprovem a efetiva modernização das Usinas;

II - após a emissão de Ato da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que homologue as características técnicas empregadas no cálculo dos acréscimos de garantia física de energia constantes do Anexo V; e

III - após a entrada em operação comercial da unidade geradora, devidamente modernizada.

Art. 5º O acréscimo de garantia física de energia da Usina Hidrelétrica denominada UHE Curuá-Una, definido no Anexo VI, terá validade a partir da data de entrada em Operação Comercial da sua quarta Unidade Geradora.

Art. 6º Definir que os atuais valores de garantia física de energia das Usinas Hidrelétricas Despachadas Centralizadamente no SIN, que não constam nos Anexos I a VI, permanecem válidos a partir de 1º de janeiro de 2018.

Art. 7º Para todos os efeitos, os montantes de garantia física de energia definidos nesta Portaria poderão ser revisados com base na legislação vigente.

Art. 8º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

83. Nota-se, com facilidade, que a Portaria MME nº 178/2017, ao "*definir, na forma dos Anexos I a VI desta Portaria, os valores revistos de garantia física de energia das Usinas Hidrelétricas Despachadas Centralizadamente no SIN*", observou irrestritamente - como deveria fazer - os limites estabelecidos no Decreto nº 2.655/98. Afinal, como já dito, não havia outro caminho a ser trilhado (como ainda não há).

84. Trata-se, destarte, de um ato hígito e regular, que observou o princípio do "*tempus regit actum*".

85. Conclui-se, destarte, que o que quer saber a Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios do Ministério de Minas e Energia, em verdadeiro exercício de imaginação (com relevante grau de planejamento), é se, em sendo revisto o próprio o Decreto nº 2.655/98, com a adoção das premissas concebidas no Memorando nº 3/2017/AEREG/SE e no relatório que constituiu objeto da Consulta Pública nº 36/2017, será possível aplicar, sem risco, esse novel modelo já em relação à revisão de "garantias físicas" ainda em curso, cujos efeitos, embora já conhecidos, somente se consolidarão no início do ano vindouro.

86. Pois bem. Sobre esse tema, tem-se que a hipótese cogitada é de "revogação" (parcial) de ato administrativo, assim definida por Celso Antonio Bandeira de Mello:

A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-lo, a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas.

Pode-se conceituá-la do seguinte modo: revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 448)

87. Ora! A Portaria MME nº 178/2017, consetânea com a atual redação do Decreto nº 2.655/98, se ocupa de todas as Usinas Hidrelétricas despachadas centralizadamente no SIN, aí inseridas as Usinas cotistas e Itaipu Binacional.

88. É, naturalmente, um ato que hoje se afigura absolutamente regular, porquanto praticado à luz da legislação de regência vigorante ao tempo de sua edição. Não se cabe falar, portanto, em sua "anulação", ante a ausência de vícios motivadores de tal medida.

89. Trata-se, contudo, de ato que ainda não produziu efeitos concretos, ante a sua própria previsão no sentido de que "*os montantes de garantia física de energia, definidos nos Anexos I, II, III e IV, serão válidos a partir de 1º de janeiro de 2018*".

90. Logo, **caso sobrevenha um novo tratamento regulamentar sobre a matéria, e como ainda não produzidos efeitos pela Portaria MME nº 178/2017, nada obsta que se proceda à revogação do referido ato, em caráter parcial, para que dele sejam excluídas as Usinas Hidrelétricas que entreguem toda a sua garantia física ao mercado regulado (Usinas cotistas) e à Usina de Itaipu Binacional.**

91. Não se vislumbra, a esse respeito, nenhum obstáculo procedimental, à luz do que atualmente dispõe sobre o tema o Decreto nº 2.655/98. Afinal, ali não se estabelece que a publicação dos valores de "garantia física" deve se dar, para todas as usinas interligadas ao SIN, em ato único. Tampouco se vislumbrou tal exigência no Decreto nº 5.163/2004, também atinente à matéria, ou mesmo na Lei nº 10.438/2004.

92. Logo, em se confirmando o cenário aqui concebido, bastará que se publique um novo ato de igual hierarquia (Portaria Ministerial), que diante do (possível) novo tratamento legislativo da matéria - evento a ser confirmado -, revogue a aprovação da nova "garantia física" estabelecida para as Usinas cotistas e para Itaipu Binacional, fixando e aprovando um novo montante a esse título.

93. Naturalmente, **caso se consolide o cenário aqui imaginado, embora se tenha em mente que a proposta de alteração idealizada "não impacta economicamente as UHE's afetadas, uma vez que a remuneração do serviço por elas prestado não está vinculada à garantia física", o que conduziria à conclusão de que não há propriamente prejuízo aos interesses das Usinas cotistas e da Usina de Itaipu Binacional, é prudente e recomendável, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal), que se oportunize a prévia manifestação dos empreendimentos que serão atingidos pela "revogação parcial" da Portaria MME nº 178/2017 e pela publicação de novos valores de "garantia física", evitando-se eventual alegação posterior de nulidade.**

94. Esses são, portanto, os apontamentos desta Consultoria Jurídica acerca da consulta formulada, com supedâneo no art. 131 da Constituição Federal de 1988 e no art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993. Os principais trechos estão destacados em negrito.

95. Encaminhe-se, com escusas pela demora na consolidação da presente manifestação, à Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios do Ministério de Minas e Energia, em atenção ao Memorando nº 3/2017 /AEREG/SE, para prosseguimento.

Brasília, 18 de setembro de 2017.

(assinado eletronicamente)

PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL

Consultor Jurídico Substituto

Documento assinado eletronicamente por PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 74511406 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL. Data e Hora: 04-10-2017 17:32. Número de Série: 1044998180072414992. Emissor: AC CAIXA PF v2.
