

Contribuições da ABRAGE à Consulta Pública nº 061/2018

1 Introdução

O presente documento tem por objetivo apresentar as contribuições da ABRAGE à Consulta Pública 061/2018, que trata de "proposta de alteração do Decreto nº 6.353, de 2008, para dispor sobre a contratação de reserva de capacidade, e de estabelecimento de diretrizes de Leilão de Potência associada à Energia de Reserva". Também apresentamos, anexo, parecer jurídico contratado junto à Advocacia Waltenberg, no intuito exclusivo de tratar da legalidade do leilão proposto.

2 Contribuições

A operação de um sistema elétrico de potência é um assunto complexo, dada a natureza que impõe o casamento entre a geração e a demanda em tempo real, sob pena de provocar cortes de carga em caso de desbalanço. Esse aspecto em si não é suficiente pois ainda temos a necessidade de "casar" a necessidade de atendimento ao mercado com viés energético e com viés de potência (atendimento de ponta).

Ambos têm características peculiares e embora o tema de contratação para a ponta já tenha sido discutido no âmbito do setor elétrico, na prática ainda não foi realizada nenhuma contratação para atender especificamente essa necessidade sistêmica.

Cabe ressaltar também que nos últimos anos os geradores do setor elétrico brasileiro, especialmente os hidrelétricos, vêm sofrendo de forma crescente com impactos de decisões que têm afetado profundamente sua geração. Como



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

consequência, vivemos uma paralização no mercado de curto prazo de liquidação de energia e, nesse sentido, entendemos que toda decisão que possa vir a impactar ou aprofundar esse problema deve ser analisada e discutida no âmbito do mercado como um todo.

Diante do exposto introdutório, passamos a apresentar nossos entendimentos, principais conclusões e contribuições ao processo.

2.1 Illegalidade da Proposta

A proposta contida na Consulta Pública MME 061/2018, que trata de "proposta de alteração do Decreto nº 6.353, de 2008, para dispor sobre a contratação de reserva de capacidade, e de estabelecimento de diretrizes de Leilão de Potência associada à Energia de Reserva", consiste na realização de "Leilão de Potência associada à Energia de Reserva", viabilizada a partir de alterações do Decreto nº 6.353/2008, e da edição de Portaria, contendo, essencialmente, as diretrizes do certame.

As alterações do Decreto 6.353/2008 visam (i) à inclusão da previsão da possibilidade de contratação, a partir de leilões, de "potência associada à energia de reserva a que se referem o art. 3º, parágrafo 3º, e o art. 3º-A da Lei 10.848, de 15.03.2004", bem como (ii) à possibilidade de realização de leilões por região geoeletrica do Sistema Interligado Nacional – SIN.

A seguir transcrevemos a redação dos dispositivos legais contidos na Lei 10.848/2004 referidos na proposta de alteração do Decreto 5.353/2008:

*"Art. 3º O Poder Concedente homologará a **quantidade de energia elétrica** a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que*

integrarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia.

.....

§ 3º *Com vistas em garantir a **continuidade do fornecimento de energia elétrica**, o Poder Concedente poderá definir reserva de capacidade de geração a ser contratada.*

Art. 3º-A Os **custos decorrentes da contratação de energia de reserva** de que trata o art. 3º desta Lei, contendo, dentre outros, os custos administrativos, financeiros e encargos tributários, serão rateados entre todos os usuários finais de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, incluindo os consumidores referidos nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e no § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e os autoprodutores apenas na parcela da energia decorrente da interligação ao SIN, conforme regulamentação.” (grifos nossos)

Em Parecer Jurídico apartado, contratado junto à Advocacia Waltenberg, a ABRAGE apresenta entendimento a respeito da legalidade do processo.

Em resumo, o Parecer conclui, *in verbis*:

“II. Não nos parece que a pretensão do MME de alterar o Decreto nº 6.353/2008, com vistas a acrescentar ao seu conteúdo a possibilidade de contratação da potência associada à energia de reserva por meio de leilões, seja juridicamente admissível, uma vez que:

*(i) **A premissa assumida no sentido de que haveria equivalência entre os conceitos de potência associada e reserva de capacidade não subsiste a***

uma análise interpretativa do conjunto normativo aplicável à matéria, primeiramente, porque não há disposição legal capaz de sustentar o entendimento de que são sinônimas, ou que a última estaria compreendida no conceito da primeira, mas, ao contrário, na própria Lei nº 10.848/2004 se encontram dispositivos que parecem demonstrar que se tratam de institutos diferentes.

(ii) Interpretando-se historicamente artigo 3º-A da Lei nº 10.848/2004, identifica-se que as razões de interesse público que motivaram sua inclusão não coincidem com os motivos que agora sustentam a pretensão de alteração de sua regulamentação pelo MME, como mostram as Emendas nº 175 e 176 à Medida Provisória nº 144/2003.

(iii) Mesmo se se admitisse como plausível a equiparação entre a reserva de capacidade referida no § 3º do artigo 3º da Lei nº 10.848/2004, como pretende o MME – e que, como visto, não nos parece admissível –, por certo a mesma inferência não pode ser transportada para artigo 3º-A do mesmo diploma legal, haja vista que: (iii.1) esse último é específico e literal ao determinar que os custos da contratação de energia de reserva – e não da reserva de capacidade – devem ser suportados por todos os usuários do sistema, não havendo qualquer resquício de dúvida ou margem à interpretação de que os custos de eventual contratação de potência associada à energia de reserva possam ser diluídos entre todos os usuários do sistema; e (iii.2) se a contratação de reserva de potência visa garantir a continuidade da prestação do serviço de energia elétrica – como justificou a Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do MME –, os custos a ela associados e repassados aos usuários do sistema têm natureza de tarifa e, assim, na forma do artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal, devem ser estabelecidos em lei formal stricto sensu, o que não ocorre.

III. Diante de tais conclusões, tem-se que a interpretação adequada dos preceitos estabelecidos pela Lei nº 10.848/2004 leva à impossibilidade de contratação da

*potência associada à energia de reserva, e assim, em ilegalidade da proposta veiculada por meio da Consulta Pública MME nº 061/2018. **Se se está diante da necessidade técnica de contratar potência, deve-se alterar o texto da Lei nº 10.848/2004 por outra lei, ou procurar os mecanismos adequados para tanto no âmbito dos leilões de energia nova ou existente, porém, não se mostra viável que se o faça no contexto da energia de reserva.** (nossos grifos)*

2.2 Análise de Impacto Regulatório

Sem prejuízo do claro posicionamento jurídico a respeito da ilegalidade do leilão, passamos, a seguir, a apresentar contribuições adicionais ao processo, sob as esferas regulatória e técnica.

O tema concernente ao atendimento à demanda de ponta do SIN não é recente no setor elétrico. Já há anos discute-se o modelo regulatório a ser adotado para garantia do referido atributo.

Até junho de 2016, atribuía-se às usinas uma “garantia física de potência” que, confrontada com os requisitos de potência – basicamente o valor médio da energia vendida no patamar de carga pesada da CCEE -, poderia resultar em penalidades, caso insuficiente. O ingresso das distribuidoras no referido regime, previsto no artigo 2º do Decreto 5163/04 para ocorrer no início do ano seguinte ao de publicação do normativo (01º.01.2005), foi sendo postergado, até que, em 02.06.2016, em função da percepção de que o modelo seria ineficaz para tratamento do tema, foi publicado o Decreto 8.828/2016, com alteração da redação do referido dispositivo, excluindo a necessidade de atendimento do mercado de potência pelas distribuidoras.

Desde então se sabe que a segurança no atendimento à demanda de ponta do SIN depende de aperfeiçoamentos regulatórios, diante de um modelo todo voltado



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

à contratação de energia, do planejamento à comercialização. **Assim, é do nosso entendimento que a relevância do tema requer que sejam retomadas as discussões, iniciando-se por uma Análise de Impacto Regulatório – AIR analisando distintas opções regulatórias, traçando um comparativos de relações de benefícios entre elas, antes da tomada de decisão de realização de leilão. Essa análise deve se certificar e afastar qualquer risco adicional de imposição de custos extras a geradores hidrelétricos (e consumidores).**

Outro tema que ressaltou na análise foi a proposta inovadora de propor leilões regionais (submercados SE/CO, S e NE). Desde os primeiros leilões sob a égide da Lei 10.848/2004 todos os leilões previam produtos nacionais, diferenciados apenas por grupos de fontes de geração.

Sempre se teve como entendimento que a busca eficiente pelas melhores ofertas de geração nova se daria a partir de leilões nacionais, distribuindo naturalmente os projetos entre os submercados do SIN a partir das declarações de necessidades das distribuidoras. Também os leilões de reserva sempre se prestaram para garantir a continuidade do fornecimento de energia em nível nacional.

Cabe ressaltar que o atendimento a uma necessidade de capacidade do sistema pode ter como consequência a expansão da geração em pontos específicos do sistema, não necessariamente num requisito geográfico. A definição das necessidades do sistema demanda uma análise mais específica do tema.

Dados os argumentos acima e a complexidade do tema, a ABRAGE não possui posição consolidada sobre esse assunto, mas entende que a realização de leilões regionais de energia não devem ser feitos sem ser previamente amparada em estudos aprofundados no âmbito de Análise de Impacto Regulatório – AIR, a avaliarem e quantificarem os ônus e bônus das

opções, especialmente considerando-se opções alternativas e, particularmente, o risco de reserva de mercado a prejudicar a eficiência da escolha dos projetos vencedores.

2.3 Inoportunidade da Proposta – Mais um Fator de Deslocamento Hidrelétrico (GSF)

Ademais, é de se destacar a inoportunidade da proposta, tendo em vista o contexto de extrema judicialização por que passa o setor elétrico, que já perdura há anos. É que a referida judicialização ocorre em função de demandas de geradores hidrelétricos com vistas ao não pagamento dos ônus decorrentes do deslocamento hidrelétrico (“GSF”), por sua vez provocado, dentre outros fatores, **justamente pela geração da energia de reserva** que, na medida em que não é contratada para atendimento a demanda declarada de energia do SIN, consiste em um dos principais, se não o principal, fator de deslocamento hidrelétrico.

Com a implantação de usinas termelétricas a partir dos leilões pretendidos, os geradores hidrelétricos poderão ser significativamente deslocados e sofrerão os ônus, mais uma vez, decorrentes de decisões de agentes públicos, nos âmbitos do planejamento (MME / EPE), quando da execução dos certames e da operação (ONS), quando da operação das usinas. Neste cenário, a contratação de capacidade associada à energia de reserva pode imputar aos geradores hidrelétricos mais custos de natureza não hidrológica, aprofundando o risco regulatório a eles imputado, de impossível previsibilidade e gerenciamento.

Vale ressaltar que um ambiente de insegurança jurídica e regulatória contamina todo o setor, na medida em que geradores são obrigados a retirar quantidade substancial de energia do mercado, a título de “hedge” – o que inexoravelmente



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

pressiona os preços da energia, e empreendedores potenciais de usinas hidrelétricas são afugentados do país.

Finalmente, entendemos que o melhor caminho a ser adotado é dar continuidade à reforma do modelo comercial do setor elétrico, amparada em um longo processo de discussão técnica promovido recentemente no âmbito do MME, principalmente a partir da Consulta Pública MME 33/2017.

Nela, um dos pontos de destaque diz respeito à separação entre lastro e energia, aplicando-se ao primeiro o sentido de produto a garantir o atendimento a diversos requisitos do SIN, tais como:

- ✓ confiabilidade;
- ✓ **velocidade de respostas às decisões de despacho;**
- ✓ contribuição para redução das perdas de energia elétrica;
- ✓ economicidade proporcionada ao sistema de transmissão ou de distribuição
- ✓ necessário ao escoamento da energia elétrica gerada;
- ✓ **capacidade de atendimento à demanda de energia elétrica nos momentos de maior consumo;** e
- ✓ capacidade de regulação de tensão e de frequência."

Os requisitos grifados correspondem, com exatidão, ao que se busca atender por meio do leilão pretendido no âmbito da presente Consulta. Em outras palavras, sempre se soube que a contratação de recursos de geração para atendimento aos



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

requisitos destacados, **especialmente a partir de leilões com tal exclusividade de propósito, demandaria alterações legais.**

Não por outro motivo a Consulta Pública 33/2017 propôs tais alterações legais justamente a partir da inclusão do “art. 3º-C” da Lei 10.848/2004, conforme trecho a seguir:

*“Art. 3º-C O poder concedente poderá realizar, diretamente ou indiretamente, licitação para contratação de lastro de geração **associado ao provimento de confiabilidade sistêmica** necessária ao atendimento da expansão do consumo de energia elétrica.*

.....

§2º O poder concedente deverá prever e a forma, os prazos e as condições da contratação de que trata o caput e as diretrizes para a realização das licitações.

*§3º Os custos da contratação de que trata o caput serão pagos por meio encargo tarifário para essa finalidade **e serão rateados na forma do art. 3º-A.***

.....

§6º O poder concedente deverá estabelecer regra explícita para definição da capacidade a ser contratada para o sistema, conforme regulamento.

§7º Na contratação de novos empreendimentos para aquisição de lastro geração, na forma deste art., deverão ser considerados, conforme regulamentação, os atributos técnicos e físicos dos empreendimentos habilitados no certame, tais como:



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

I - confiabilidade;

II – velocidade de respostas às decisões de despacho;

.....

V – capacidade de atendimento à demanda de energia elétrica nos momentos de maior consumo;

Note-se que até a posição do dispositivo legal sugerido no âmbito da Consulta Pública 33/2017 é expressiva: logo após os artigos (art. 3º e 3º-A) que tratam da contratação da energia de reserva, tal como sempre se a conheceu no setor elétrico, num indireto porém claro reconhecimento da necessidade de, no bojo do tema, incluir a possibilidade de contratação de “lastro” para atendimento a requisitos do SIN, tais como os destacados anteriormente e que se buscam atender nos termos propostos na presente Consulta.

Em suma, entendemos que o leilão, realizado sem prévia discussão aprofundada de sua necessidade, conveniência, formatação, restará por impactar economicamente – de forma ilegal, como comprova o item 2.1 deste documento – consumidores e geradores hidrelétricos, e contaminar, mais uma vez, o ambiente de segurança jurídica do setor, numa espécie de *déjà vu* de experiências deletérias de um passado não muito remoto.

2.4 Contribuições Específicas às Diretrizes do Leilão

Do ponto de vista técnico, não é imprescindível que o atendimento de capacidade deva ser atendido exclusivamente por térmicas a GNL em ciclo aberto. É claro que essa fonte tem inúmeras características com vantagens competitivas, mas o próprio estudo da EPE conclui que os requisitos podem ser atendidos por



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

tecnológicas distintas como hidrelétrica reversíveis, tecnologias de armazenamento e baterias.

Entendemos que também pode ser analisada a expansão da transmissão, além do que está previsto atualmente no planejamento. Entendemos ainda que a comparação entre as possibilidades para atendimento de ponta deve ser analisada e comprovada em termos econômicos entre as tecnologias mais competitivas. A partir desse estudo, competição entre as fontes mais competitivas pode ocorrer no leilão, revelando assim o valor real da tecnologia e permitindo a contratação do serviço ao menor custo para o usuário do sistema.

Assim, tal como apresentada, e principalmente em função do nível de competitividade bastante superior das UTEs a gás natural de ciclo fechado, o resultado do leilão pode ser inócuo para os propósitos a que se destina o certame, quais sejam, elevar a confiabilidade do fornecimento de energia elétrica, especialmente no que toca à capacidade de atendimento à demanda máxima de energia (“demanda de ponta”).

É ainda de se observar que o gás natural importado, sob a forma de Gás Natural Liquefeito – GNL, é o único combustível disponível para atendimento às condições do leilão. Nesse caso, sabe-se que quanto menor o consumo mínimo contratado de gás, maior o preço do combustível, bem como que, tipicamente, o gás deve ser solicitado com antecedência em relação à data de sua entrega – o setor elétrico considera despacho antecipado de 60 dias, condição corretamente vedada conforme proposta de diretrizes do leilão.

Nesse sentido, caso o processo siga seu curso, a despeito dos entendimentos externados e contribuições ora apresentadas pela ABRAGE, é relevante que o MME, em coerência com as finalidades específicas do



Associação Brasileira das Empresas
Geradoras de Energia Elétrica

certame, mantenha as condições ora propostas, aplicáveis à hipótese de participação exclusiva de usinas termelétricas a gás natural em ciclo aberto:

- ✓ vedação ao despacho antecipado;
- ✓ flexibilidade de 100% para despacho das usinas.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS GERADORAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABRAGE

**CONSULTA PÚBLICA MME 061/2018 – PROPOSTA
DE ALTERAÇÃO DO DECRETO Nº 6.353/2008 –
LEILÃO DE POTÊNCIA ASSOCIADA À ENERGIA DE
RESERVA – ANÁLISE DA LEGALIDADE**

CONSULTA

Honra-nos a **Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica (“ABRAGE” ou “Consulente”)** com solicitação de nossa análise jurídico-regulatória e elaboração de correspondente Parecer a respeito da proposta veiculada por meio da Consulta Pública MME nº 061/2018, que tem por escopo a promoção de alterações ao Decreto nº 6.353/2008, com a finalidade de disciplinar a “contratação de reserva de capacidade, e de estabelecimento de diretrizes de Leilão de Potência associada à Energia de Reserva”.

Conforme relatado pela Consulente no Termo de Referência disponibilizado com vistas a nortear o presente Parecer, as pretendidas alterações do Decreto nº 6.353/2008 visam “(i) à inclusão da previsão da possibilidade de contratação, a partir de leilões, de ‘potência associada à energia de reserva a que se referem o art. 3º, parágrafo 3º, e o art. 3º-A da Lei 10.848, de 15.03.2004’, bem como (ii) à possibilidade de realização de leilões por região geoeletrica do Sistema Interligado Nacional – SIN”.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Todavia, entende a Consulente que o conteúdo da proposta submetida à consulta pública pelo Ministério de Minas e Energia (“MME”) não se adequa aos ditames da Lei nº 10.848/2004, em especial no disposto no artigo 3º, § 3º e artigo 3º-A, que disciplinam a contratação de Energia de Reserva, e não preveem a possibilidade de contratação de potência associada a essa modalidade.

Nesse sentido, indaga a Consulente:

(...) a realização da contratação pretendida, de que trata a Consulta Pública MME 061/2018, a partir de leilões, bem como a previsão proposta de pagamento pela “potência associada”, são juridicamente viáveis, apenas por intermédio de alterações do Decreto 6.353/2008 e da edição de Portaria, considerando a legislação de regência do setor elétrico, especialmente os artigos 3º e 3º-A da Lei 10.848/2004?

À vista disso, o presente Parecer tem por escopo avaliar a adequação da proposta veiculada por meio da Consulta Pública MME nº 061/2018, em especial sob o prisma da legalidade, examinando para tanto os princípios jurídico-constitucionais aplicáveis, bem como a legislação correlata incidente sobre a matéria.

PARECER

I. Limites do Poder Regulamentar da Administração Pública

O Estado Democrático de Direito, preocupou-se em subordinar o próprio Estado às leis que cria, com a finalidade, em síntese, de assegurar que os cidadãos sejam governados de acordo com leis produzidas por seus representantes, bem como para proteger seus direitos e garantias contra eventuais abusos ^{1/}.

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello põe entre as razões da eleição da lei como a principal fonte normativa infraconstitucional o fato de o processo legislativo, além de resultar de um rito mais confiável, controlável, imparcial e mais qualitativo, ser conduzido por um colegiado que congrega “*várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social*”, o que torna a decisão legislativa muito mais plural e representativa do interesse público, em oposição à que resulta do exercício do Poder Regulamentar (cf. “**Poder Regulamentar ante o Princípio da Legalidade**”, disponível em <http://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>, acesso em 05.11.2018).



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Daí porque um dos principais pilares do Estado Brasileiro é justamente o “princípio da legalidade”, que em nosso regime constitucional está materializado no artigo 5º, II, e no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

*Art. 5º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**.*

(...)

*Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

(Destacamos)

O princípio da legalidade é também corroborado na Lei nº 9.784/1999, nos seguintes termos:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos **princípios da legalidade**, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

*I - **atuação conforme a lei e o Direito**;*

(Destacamos)

Hely Lopes Meirelles assenta com precisão a distinção básica da incidência do princípio da legalidade para a Administração Pública e para os administrados: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na **Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**” ^{2/ 3/}.

² MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 87.

³ Esse entendimento é consolidado na doutrina, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, ao fazer um apanhado com a opinião de relevantes publicistas brasileiros:

“4. Na doutrina, quer nacional, quer alienígena, acotações do mesmo jaez podem ser colhidas aos racimos. Assim, entre nós, Hely Lopes Meirelles anotou: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Ed. RT, 1990, p. 78). Cirne Lima, com sua incontável autoridade, prelecionou: “Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de Direito” (*Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., Ed. RT, 1982, p. 22). O nunca assaz pranteado Seabra Fagundes, expressão pinacular do Direito Público brasileiro, resumiu tudo em frase lapidar, por sua exatidão e síntese, ao dizer que administrar é aplicar a lei de ofício (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, 1979, pp. 4 e 5). Nós mesmos, inúmeras vezes, averbamos que: “A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação” (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Malheiros Editores, 1993, p. 25)”. (“**Poder**” **Regulamentar ante o Princípio da Legalidade**, disponível em <http://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>, acesso em 05.11.2018).



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

A função administrativa, portanto, consiste em atividade que “o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regimes hierárquicos e que **no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário” ^{4/}.**

Conforme se depreende a partir desse conceito, o desempenho da função administrativa está limitado pela lei e, em última instância, pela própria Constituição, não sendo diferente no tocante à expedição de Decretos (“Poder Regulamentar”) – e também no tocante às suas alterações –, conforme disciplina o artigo 84, IV e VI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

*IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;*

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

*a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;*

*b) **extinção de funções ou cargos públicos**, quando vagos;*

(Destacamos)

Como se observa, o denominado Poder Regulamentar do Estado somente pode ser exercido para dois propósitos ^{5/}: (i) regulamentar a lei, assegurando sua fiel execução; e (ii) dispor sobre organização e funcionamento da administração federal, bem como para extinguir funções ou cargos públicos.

Logo, sempre que a matéria objeto de Decreto do Poder Executivo Federal não se referir a uma das questões de organização administrativa expressamente previstas no artigo 84, VI, da Constituição Federal de 1988, o exercício do Poder Regulamentar estará

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36.

⁵ No Brasil, o texto da Constituição de 1988 não prevê expressamente a expedição de regulamentos autônomos. Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001 (“EC nº 32/2001”), que autorizou o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública, desde que não houvesse aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgão público, iniciaram-se discussões das quais resultaram duas correntes de pensamento acerca da possível existência do poder regulamentar autônomo. A primeira delas, no sentido de que a EC nº 32/2001 teria criado uma reserva de regulamento, independentemente de lei. A outra, em sentido oposto, defendendo a preservação da competência do Congresso Nacional para dispor sobre as matérias que possam ser objeto de regulamento autônomo. Não obstante, a Constituição manteve a atribuição do Poder Legislativo para tratar de todas as matérias de competência da União, entre elas a organização administrativa federal. A discussão, todavia, não é relevante no presente caso, na medida em que a proposta do MME visa a alterar o Decreto nº 6.353/2008, o qual, declaradamente, foi editado com a finalidade de regulamentar a Lei nº 10.848/2004, enquadrando-se, assim, no disposto no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

diretamente vinculado a uma lei prévia, a qual, naturalmente, determinará os limites do regulamento.

Disso decorre que, ao expedir o Decreto, o Poder Executivo não apenas não pode contrariar o disposto na lei, como também não deve acrescentar conteúdo ao ordenamento jurídico, simplesmente por lhe faltar a competência para tanto. Neste sentido, as palavras de Vicente Ráo ^{6/}:

*Ao exercer a função regulamentar, **não deve**, pois, o Executivo criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes de lei, ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos diversos; alterar a forma que segundo a lei deve revestir o ato; atingir, alterando-o por qualquer outro modo, o texto ou o espírito da lei.*

(Destacamos)

Ou seja, o Decreto não pode extrapolar o conteúdo da lei à qual é subordinado, pois, do contrário, estará inovando indevidamente no ordenamento jurídico. A fim de contribuir com a exata dimensão dessa noção, convém citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ^{7/} a seguir:

*Segue-se que os regulamentos não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, **na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente**, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas. Foi o que de outra feita averbamos, apostilando que **“há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada**. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada” (Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, Ed. RT, 1981, p. 98).*

(Destacamos)

São diversas as lições doutrinárias nessa mesma linha ^{8/}, permitindo concluir-se que é consolidada a orientação de que o Poder Executivo, ao exercer a competência constitucional

⁶ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 312.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **“Poder” Regulamentar ante o Princípio da Legalidade**, disponível em <http://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>, acesso em 05.11.2018.

⁸ Nesse sentido, vide:

Pontes de Miranda: “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo. O regulamento nada mais é que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei. (...) Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou execuções que a lei apagou, é



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

de regulamentar por meio de Decretos, não pode em hipótese alguma inovar no ordenamento jurídico, acrescentando ou alterando o conteúdo das leis, pois, do contrário, incorrerá em flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

Como não poderia deixar de ser, o Poder Judiciário tem se posicionado em idêntico sentido, declarando a ilegalidade de Decretos que alterem a substância de leis e/ou que lhe pretendam dar interpretação extensiva ou restritiva.

Nesse sentido, merecem transcrição os seguintes trechos de decisões proferidas pelo **Superior Tribunal de Justiça**:

2. (...) O decreto, expedido com finalidade de regulamentar a lei, não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior. (...)

6. A Administração, por ser submissa ao princípio da legalidade, não pode levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa.

(Recurso Em Mandado De Segurança Nº 31.029, julgado pela 5ª Turma em 06.12.2011 e relatado pela Ministra Laurita Vaz).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATUAÇÃO. ADSTRITA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU RESTRITIVA NÃO PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE (...)

1. A atuação da Administração Pública é cingida ao princípio da legalidade estrita, devendo obediência aos preceitos legais, sendo-lhe defeso proceder interpretação extensiva ou restritiva, onde a lei assim não o determinar.

(Recurso em Mandado de Segurança nº 26.944, julgado pela 5ª Turma em 27.05.2010 e relatado pela Ministra Laurita Vaz) ^{9/}

inconstitucional. Tampouco pode ele limitar, modificar, ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69, tomo III. 2º edição. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 314 e 316).

Geraldo Ataliba: “Sua função é facilitar a execução da lei, é especificá-la de modo praticável e, sobre-tudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la (...) “nada cria de novo; apenas dá disposições administrativas, tendentes à fiel execução da lei; não erige norma nova; apenas adequa os órgãos administrativos para bem cumprirem ou permitirem o cumprimento da lei” (**Decreto regulamentar no sistema brasileiro**, RDA97/23, p. 32).

Seabra Fagundes: “Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão-somente facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo. (...) Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas apenas pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso” (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, 5ª edição, São Paulo: Forense, 1979, p. 24, nota de rodapé 2).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “(...) a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...) É fonte primária, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior (...)” (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1/316. 2ª edição, São Paulo: Forense, 1979, p. 314).

⁹ No mesmo sentido:

“(...) O REGULAMENTO (DECRETO) CONSTITUI, NO SISTEMA JURIDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, LEGISLAÇÃO SECUNDARIA, COM O OBJETO DE ESCLARECER, PARA FACILITAR-LHE A EXECUÇÃO, OS DITAMES INSCRITOS NA LEI, SEM ALTERAR-LHE EM SUBSTÂNCIA. (...)”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 10193, julgado pela 1ª Seção em 06.12.1994 e relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo)



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Para ilustrar a aplicação do princípio da legalidade especificamente no campo do setor elétrico brasileiro, é elucidativo o seguinte trecho do Parecer nº 00153/2017/PFANEEL/PGF/AGU, emitido pela Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional de Energia Elétrica, e cuja orientação restou acatada pela sua Diretoria ¹⁰:

EMENTA: O princípio da Legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita (...).

4. Há uma diferença entre o princípio da legalidade no que se refere à atuação do particular e no que se refere à atuação do administrador público.

5. Explica o jurista José dos Santos Carvalho Filho que “o princípio da Legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”

6. Na mesma toada está a comparação feita por Hely Lopes Meireles, que afirma que enquanto na esfera privada os indivíduos podem fazer tudo o que a lei não proíbe, ao administrador público só é permitido realizar o que for expressamente autorizado por lei. (...)

8. Nesse sentido, regra geral, diante de previsão normativa expressa, não é dado ao administrador agir.

(Destacamos)

II. Exame da legalidade da proposta veiculada na Consulta Pública MME 061/2018

A minuta de Decreto levada à discussão no âmbito da Consulta Pública MME nº 061/2018 propõe a alteração de diversos dispositivos do Decreto nº 6.353/2008, o qual, por sua vez, foi editado para regulamentar a contratação de energia de reserva de que trata o § 3º do artigo 3º e o artigo 3º-A da Lei nº 10.848/2004. Pretende-se, portanto, exercer complementarmente o Poder Regulamentar para, em tese, assegurar a fiel execução dos citados preceitos legais.

Em suma, a proposta submetida à consulta pública visa acrescentar ao conteúdo do Decreto nº 6.353/2008 a possibilidade de contratação da potência associada à energia de reserva por meio de leilões. Nos termos da Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do Ministério de Minas e Energia (“MME”), de 19.10.2018, a justificativa técnica para tanto repousaria na

“5. Segundo o princípio da legalidade – art. 37, caput da Constituição Federal – a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser. Desta forma, a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal.

(Recurso Especial nº 603.010/PB, julgado pela 5ª Turma em 28.09.2004 e relatado pelo Ministro Gilson Dipp).

¹⁰ Por meio da edição da Resolução ANEEL nº 769, de 23.05.2017.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

necessidade de contratação de potência identificada pela Empresa de Pesquisa Energética (“EPE”), conforme Nota Técnica EPE-DEE-RE-054/2018-r2, de 19.09.2018 ¹¹.

Sob o ponto de vista jurídico, afirma o MME que a possibilidade de contratação de potência associada à energia de reserva teria respaldo no § 3º do artigo 3º da Lei nº 10.848/2004, uma vez que estaria contemplada no conceito de “reserva de capacidade” de que trata o citado dispositivo legal:

Art. 3º (...)

*§ 3º Com vistas em garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, o Poder Concedente poderá definir **reserva de capacidade** de geração a ser contratada.*

(Destacamos)

Ainda de acordo com a Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do MME, a sistemática da Lei nº 10.848/2004 teria sido idealizada para permitir a contratação de energia conjuntamente com a potência associada (cf. item 4.7), porém, por ocasião da regulamentação do artigo 3º-A do citado diploma legal (introduzido pela Lei nº 11.488/2007) optou-se por “*criar o conceito de energia de reserva, ao invés de lidar com a capacidade de reserva strictu sensu, visto que buscava se [SIC] enfrentar um déficit de lastro físico frente ao lastro contratual em termos de energia assegurada / garantia física das usinas outorgadas em construção (...)*” (cf. item 4.15).

Por fim, conclui que, em uma análise contextual do arcabouço vigente, dever-se-ia compreender que a potência associada à energia de reserva equivaleria à “reserva de capacidade *stricto sensu*”, motivo pelo qual o Poder Concedente estaria autorizado a discipliná-la, desde que promovidas as devidas adequações no regulamento, mediante as alterações propostas ao Decreto nº 6.353/2008 e a posterior edição de Portaria contendo as diretrizes para a realização dos correspondentes leilões (cf. item 4.18). A partir disso, dentre outras proposições, a minuta de Decreto introduz o conceito de potência associada nos seguintes termos:

*§ 1º-A. Para os efeitos deste Decreto entende-se por **potência associada** à energia de reserva a contratação para atender **necessidade de potência, denominada reserva de capacidade**, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.*

(Destacamos)

¹¹ Estudos para Expansão da Geração - Avaliação das Condições de Atendimento ao Sistema Interligado Nacional - A Visão do Planejamento da Expansão.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Todavia, não nos parece que a pretensão do MME seja juridicamente admissível.

Primeiramente, porque a premissa assumida no sentido de que haveria equivalência entre os conceitos de potência associada e reserva de capacidade não subsiste a uma análise interpretativa do conjunto normativo aplicável à matéria, seja literal e tampouco sistemática ^{12/} ou teleológica ^{13/}.

Com efeito, enfatize-se, primeiramente, que a legislação do setor elétrico não conceitua expressamente a reserva de capacidade, assim como a potência associada, não havendo, portanto, disposição legal capaz de sustentar o entendimento de que são sinônimas, ou de que a última estaria compreendida no conceito da primeira. Ao contrário, na própria Lei nº 10.848/2004 se encontram dispositivos que parecem demonstrar que se tratam de institutos diferentes, como se observa a seguir:

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: (...)

§ 10. As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros:

(...)

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

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

(...)

(Destacamos)

¹² Sobre a importância da interpretação sistemática para a investigação do conteúdo das normas jurídicas, dentre muitos, Juarez Freitas escreve: “Em outras palavras, não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento da interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação” (FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-74).

¹³ A interpretação teleológica concentra-se em observar os fins para os quais a norma foi editada. Seu fundamento precipuo está no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Segundo Maria Helena Diniz, “A técnica teleológica procura o fim, a ratio do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido, ou seja, o resultado que ela precisa alcançar com sua aplicação”. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva: 1998, p. 158).



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Ora, na medida em que a lei citada prevê tratamento distinto entre a reserva de potência operativa e a reserva de capacidade para fins de previsão do encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, é forçoso concluir que o legislador ordinário considera que ambos se constituem em institutos diferentes.

Como se não bastasse, frise-se que o § 1º do artigo 3º-A da mesma Lei nº 10.848/2004 especifica que a regulamentação deverá prever *a forma, os prazos e as condições da contratação de energia de reserva*, evidenciando, assim, que não se delegou ao Poder Executivo a possibilidade de regulamentar a contratação da **potência associada**.

Corroborando essa conclusão o fato de que, partindo também de uma interpretação histórica do § 3º do artigo 3º da Lei nº 10.848/2004, identifica-se que as razões de interesse público que motivaram sua inclusão não coincidem com os motivos que agora sustentam a pretensão de alteração de sua regulamentação pelo MME.

Com efeito, nos termos das Emendas 175 e 176 à Medida Provisória nº 144/2003, convertida na Lei nº 10.848/2004¹⁴, que propuseram a possibilidade de o Poder Concedente definir a reserva de capacidade com vistas a garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, verifica-se que a intenção do legislador à época foi “*assegurar o fornecimento de energia elétrica em face a [SIC] variações do mercado consumidor ou incertezas hidrológicas futuras*” (Destacamos).

Disso se pode extrair com razoável grau de segurança que não foi evidenciada a intenção de se utilizar a reserva de capacidade na forma de potência associada com a finalidade de garantir a continuidade do fornecimento, como pretende a proposta veiculada na Consulta Pública MME nº 061/2018. Mesmo porque o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 10.848/2004, cujo conteúdo deve servir de diretriz para a interpretação de seus parágrafos, se refere à quantidade de energia a ser contratada, evidentemente associando a contratação da energia de reserva a eventos capazes de impactar a geração de energia de base por períodos significativos de tempo, como, por exemplo, crises hidrológicas, dentre outros, em linha com a supramencionada finalidade eleita pelo legislador ordinário. Essa ideia afasta a utilização da reserva de capacidade na forma de potência associada, a qual, por sua vez, estaria mais associada à segurança e confiabilidade instantânea do sistema energético.

¹⁴ Referidas Emendas foram acolhidas sem ressalvas por ocasião da aprovação da conversão da Medida Provisória nº 144/2003 na Lei nº 10.848/2004 (cf. Mensagem nº 168, de 2003-CN).



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Assumir posição nesse sentido, portanto, pressuporia também uma interpretação ampliada das razões que motivaram o legislador ordinário a incluir o dispositivo em nosso ordenamento jurídico, extrapolando-se o exercício do Poder Regulamentar pelo Poder Executivo, conforme largamente demonstrado na seção anterior, inclusive por meio de precedentes judiciais.

Não se está, evidentemente, afirmando que o Poder Executivo não tem espaço para detalhar em regulamento o disposto na Lei – mesmo porque, se assim o fosse, a norma legal teria que exaurir as condições de aplicação de seus mandamentos – porém, cabe reiterar que não é permitido no exercício do Poder Regulamentar o extravasamento do conteúdo da lei. Em outras palavras, não há espaço para inovações e alterações, isto é, onde o legislador não disciplinou, não é dado ao regulamentador da norma disciplinar.

Sob outra perspectiva, note-se que a alteração do Decreto nº 6.353/2008 também visa alocar a todos os usuários do sistema os custos pela contratação da potência associada à energia de reserva. Esse, aliás, consiste em um dos objetivos expressamente declarados na Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do MME (cf. itens 4.8 e 4.9). Contudo, essa intenção esbarra em óbices ainda maiores.

Inicialmente, pois mesmo se se admitisse como plausível a equiparação entre a reserva de capacidade referida no § 3º do artigo 3º da Lei nº 10.848/2004 e a demanda de potência, como pretende o MME – o que, como visto, não nos parece admissível –, por certo a mesma inferência não pode ser transportada para o artigo 3º-A do mesmo diploma legal, haja vista ser esse último específico e literal ao determinar que os custos da contratação de **energia de reserva** – e não da reserva de capacidade – devem ser suportados por todos os usuários do sistema, não havendo qualquer resquício de dúvida ou margem à interpretação de que os custos de eventual contratação de potência associada à energia de reserva possam ser igualmente diluídos entre todos os usuários do sistema.

E vale aqui reiterar que os §§ 1º e 2º do artigo 3º-A aludem igualmente apenas à contratação de *energia* de reserva, não fazendo em momento algum referência quanto à *potência* associada.

Logo, parece-nos evidente que entendimento em sentido oposto implica em afronta ainda mais clara ao princípio da legalidade, uma vez que se estaria criando um ônus aos usuários finais, que a toda evidência não encontra fundamento jurídico que lhe dê suporte. Nesse contexto, vale resgatar que uma das funções precípuas do princípio da legalidade é



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

proteger os indivíduos contra as investidas abusivas do Poder Público contra suas liberdades e seus patrimônios, razão pela qual somente por meio de lei podem ser autorizadas restrições a referidos direitos e bens.

Além disso, observe-se que se a contratação de reserva de potência visa garantir a continuidade da prestação do serviço de energia elétrica – como justificou a Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do MME –, os custos a ela associados e repassados aos usuários do sistema têm natureza de tarifa e, assim, na forma do artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal, devem ser estabelecidos em lei formal *stricto sensu*^{15/}. E isso evidentemente não se dá, na medida em que, insista-se, o artigo 3º-A da Lei nº 10.848/2004 alude unicamente aos custos associados à **energia** de reserva.

Nesse tocante, registre-se que é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os custos impostos aos consumidores de energia elétrica com vistas a custear despesas adicionais também têm natureza *tarifária*, subordinando-se, conseqüentemente, ao princípio da legalidade estabelecido no artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal.

A propósito, é elucidativo o seguinte trecho da ementa da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.

*1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. **Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal.** (...) ^{16/}*

(Destacamos)

¹⁵ Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:** (...)

III - política tarifária; (Destacamos)

¹⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, julgada pelo Tribunal Pleno em 13.12.2001 e relatada pelo Ministro Néri da Silveira - Relatora p/ Acórdão: Ministra Ellen Gracie.



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

Na mesma linha também concluiu o Supremo Tribunal Federal ao entender pela constitucionalidade dos encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial instituídos pela Lei nº 10.438/2002 com vistas à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, ante o fato de que tais exações: (i) tinham natureza tarifária, destinando-se “a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez”; e (ii) foram instituídos por meio de lei ¹⁷/.

Cumprido ressaltar que referido entendimento também vem sendo adotado pelos Tribunais de segunda instância em discussão mais recente envolvendo o questionamento da cobrança do Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética instituído pela Resolução CNPE nº 03/2013 ¹⁸/.

Diante de tais conclusões, tem-se que a interpretação adequada dos preceitos estabelecidos pela Lei nº 10.848/2004 leva à impossibilidade de contratação da potência associada à energia de reserva. Se se está diante da necessidade técnica de contratar potência, deve-se alterar o texto da Lei nº 10.848/2004 por outra lei, ou procurar os mecanismos adequados para tanto no âmbito dos leilões de energia nova ou existente, porém, não se mostra viável que se o faça no contexto da energia de reserva.

¹⁷ Recurso Extraordinário nº 576.189, julgado pelo Tribunal Pleno em 22.04.2009 e relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁸ Como ilustra a ementa de decisão exemplificativa adiante transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. POLÍTICA TARIFÁRIA. ENCARGOS DE SERVIÇOS DE SISTEMA - ESS. RESERVA LEGAL. ART. 175, III, CF/88. INSTITUIÇÃO PELA RESOLUÇÃO Nº 03/2013. ILEGALIDADE. ADC 9. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.152-2 E POSTERIORES REEDIÇÕES.

1. Em matéria de política tarifária e de prestação adequada de serviço público por meio de concessão ou de permissão, a CF/1988 instituiu cláusula de reserva de lei em sentido estrito, nos termos do seu art. 175, parágrafo único, incisos III e IV.

2. Conforme se verifica do julgamento da ADC-9/DF, a sobretarifa, destinada a custear despesas adicionais necessárias a manutenção e continuidade da prestação do serviço de energia elétrica, mantém sua natureza de tarifa, e, como tal, está sujeita à política tarifária.

3. Se a fixação da sobretarifa, que parece ser a natureza da parcela paga a título de Encargos de Serviço do Sistema, depende da política tarifária, há que se reconhecer que essa sobretarifa, ou a imposição a outros sujeitos passivos, depende da edição de lei, em face do que preceitua o art. 175, III, da Constituição Federal.

4. Não se mostra viável a utilização de mero ato administrativo de natureza propositiva - Resolução CNPE 3/2013 - com o escopo de implementar alterações na política do setor regulado energético então vigente para o rateio de custos, independentemente de novo instrumento legal, ou seja, sem que se submeta a matéria à apreciação do Poder Legislativo.

5. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

(Apelação Cível nº 0060869-21.2015.4.01.3400, julgada em 28.08.2017 pela 7ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região e relatada pelo Desembargador José Amílcar Machado)



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

III. Conclusões

Pelas razões apresentadas, e tendo presente o questionamento formulado pela Consulente, apresentam-se, sinteticamente, as conclusões do presente Parecer:

- I. O exame das normas constitucionais e legais, o consenso doutrinário e os precedentes jurisprudenciais permitem concluir que é consolidada a orientação no sentido de que o Poder Executivo, ao exercer a competência constitucional de regulamentar por meio de Decretos, não pode em hipótese alguma inovar no ordenamento jurídico, acrescentando ou alterando o conteúdo das leis, bem como interpretá-las extensiva ou restritivamente pois, do contrário, incorrerá em flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

- II. Não nos parece que a pretensão do MME de alterar o Decreto nº 6.353/2008, com vistas a acrescentar ao seu conteúdo a possibilidade de contratação da potência associada à energia de reserva por meio de leilões, seja juridicamente admissível, uma vez que:
 - (i) A premissa assumida no sentido de que haveria equivalência entre os conceitos de potência associada e reserva de capacidade não subsiste a uma análise interpretativa do conjunto normativo aplicável à matéria, primeiramente, porque não há disposição legal capaz de sustentar o entendimento de que são sinônimas, ou que a última estaria compreendida no conceito da primeira, mas, ao contrário, na própria Lei nº 10.848/2004 se encontram dispositivos que parecem demonstrar que se tratam de institutos diferentes.

 - (ii) Interpretando-se historicamente artigo 3º-A da Lei nº 10.848/2004, identifica-se que as razões de interesse público que motivaram sua inclusão não coincidem com os motivos que agora sustentam a pretensão de alteração de sua regulamentação pelo MME, como mostram as Emendas nº 175 e 176 à Medida Provisória nº 144/2003.

 - (iii) Mesmo se se admitisse como plausível a equiparação entre a reserva de capacidade referida no § 3º do artigo 3º da Lei nº 10.848/2004, como pretende o MME – e que, como visto, não nos parece admissível –, por certo a mesma inferência não pode ser transportada para artigo 3º-A do mesmo diploma legal, haja vista que: (iii.1) esse último é específico e literal ao determinar que os



desde 1998

ADVOCACIA WALTENBERG

custos da contratação de *energia* de reserva – e não da reserva de capacidade – devem ser suportados por todos os usuários do sistema, não havendo qualquer resquício de dúvida ou margem à interpretação de que os custos de eventual contratação de potência associada à energia de reserva possam ser diluídos entre todos os usuários do sistema; e (iii.2) se a contratação de reserva de potência visa garantir a continuidade da prestação do serviço de energia elétrica – como justificou a Nota Técnica nº 03/2018-AEREG/SE do MME –, os custos a ela associados e repassados aos usuários do sistema têm natureza de tarifa e, assim, na forma do artigo 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal, devem ser estabelecidos em lei formal *stricto sensu*, o que não ocorre.

- III. Diante de tais conclusões, tem-se que a interpretação adequada dos preceitos estabelecidos pela Lei nº 10.848/2004 leva à impossibilidade de contratação da potência associada à energia de reserva, e assim, em ilegalidade da proposta veiculada por meio da Consulta Pública MME nº 061/2018. Se se está diante da necessidade técnica de contratar potência, deve-se alterar o texto da Lei nº 10.848/2004 por outra lei, ou procurar os mecanismos adequados para tanto no âmbito dos leilões de energia nova ou existente, porém, não se mostra viável que se o faça no contexto da energia de reserva.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

David A. M. Waltenberg

André Edelstein

Eduardo Evangelista