Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

ITAIPU BINACIONAL

Contribuições da ITAIPU Binacional - CP 36/2017
Proposta de Aprimoramento do MRE
Avaliação dos Limites de Revisão de Garantia Física de Energia de Usina Hidrelétricas

1. Introdução

O Ministério de Minas e Energia divulgou para Consulta Pública o Relatório Técnico denominado "Avaliação dos Limites de Revisão de Garantia Física de Energia de Usina Hidrelétricas", resultado de estudos realizados pelo Grupo de Trabalho para aprimoramento do Mecanismo de Realocação de Energia - GT-MRE.

A ITAIPU Binacional, interessada em contribuir para o aperfeiçoamento do setor elétrico, relata histórico de variação dos valores de garantia física da UHE ITAIPU considerados para o Setor Elétrico Brasileiro - SEB, e aponta a ausência de argumentos técnicos e jurídicos que poderiam fundamentar a inclusão desta usina na proposta de violação dos limites impostos pelo Decreto 2.655/98, de 02 de julho de 1998, conforme consta do Relatório submetido para contribuição de interessados pela Consulta Pública nº 036/2017.

2. Histórico dos valores de Garantia Física da UHE ITAIPU para o SEB

A garantia física de ITAIPU para o SEB foi definida com base no Decreto 2.655/98 em 8.612 MWmédios, tendo como referência o Plano de Operação de 1998 do GCOI[1].

A partir de 1º de janeiro de 2008 e até 31 de dezembro de 2014, nos termos da Portaria MME Nº 303/2004 e nos estudos que a embasaram, o valor atribuído à garantia física da UHE ITAIPU para o SEB foi reduzido em 430 MWmédios, atribuindo exclusivamente à ITAIPU a correção da garantia física do bloco hidráulico. Logo, a garantia física de ITAIPU para o SEB passou a ser, de 8.182 MWmédios, representando uma redução de exatos 5%, conforme limite imposto pelo Art. 21, § 5º do Decreto nº 2.655/98.

Paralelamente à implantação desta redução da garantia física, em dezembro de 2006 e março de 2007 entraram em operação comercial duas novas unidades geradoras na UHE Itaipu, as quais agregaram 1.400 MW de capacidade instalada à usina, que passou de 12.600 para 14.000 MW. Ainda assim, a decisão do MME foi a de utilizar ITAIPU para corrigir a garantia física do bloco hidráulico.

[1] Grupo de Coordenação para Operação Interligada, que tinha atribuições semelhantes e foi substituído pelo Operador Nacional do Sistema (ONS) em 1998, por meio da Lei Nº 9.848/1998.

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

ITAIPU BINACIONAL

Os valores de garantia física permaneceram inalterados de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, conforme Portarias MME Nº 681/2014, MME Nº 537/2015 e MME Nº 714/2016.

Em maio de 2017, a Portaria MME Nº 178/2017 aprovou a metodologia, critérios, premissas e configurações para revisão, a partir de 1º de janeiro de 2018, da garantia física de energia das UHEs despachadas centralizadamente no SIN, incluindo no rol a UHE ITAIPU. O montante revisto de garantia física de energia da UHE ITAIPU passaria a ser de 7.772,9 MW médios. Em relação aos 8.182 MW médios vigentes, a redução foi de 409,1 MW médios, isto é, mais uma vez de exatos 5%. Já em relação à garantia física original, de 8.612 MW médios, tal redução correspondeu a 9,74%. Ambos os percentuais estão de acordo com os limites estabelecidos no Art. 21, § 5º do Decreto Nº 2.655/1998 (5% do valor estabelecido na revisão anterior, e em seu todo, 10% do valor de base).

Em resumo, a garantia física da UHE ITAIPU para o SEB sofreu as seguintes alterações nos últimos anos:

Período	Garantia Física	Redução		Instrumento
	MWmed	MWmed	%	
Até 31/12/2007	8.612,0	-	-	-
De 01/01/2008 a 31/12/2017	8.182,0	430,0	5,0%	Portaria MME Nº 303/04, de 18/11/2004
A partir de 01/01/2018	7.772,9	409,1	5,0%	Portaria MME Nº 178/17, de 03/05/2017

No relatório submetido para contribuição de interessados pela Consulta Pública nº. 036/2017, recomenda-se avaliar a pertinência da violação do limite de 10%, já alcançado pela Portaria 178/2017. Caso retirada a limitação do Decreto 2655/98, a redução da garantia física da ITAIPU, a partir de 1º de janeiro de 2018, seria bem maior: redução de 988,2 MWmédios ou 12,08% em relação à garantia física vigente de 8.182 MWmédios, equivalente a 1.418,2 MWmédios ou 16,47% em relação ao valor base de 8.612 MWmédios.

A redução da garantia física da UHE ITAIPU considerada para o SEB, com base na Portaria 178/2017, responde por 31,06% da redução total da garantia física das UHEs do SIN. Na hipótese de aprovação da violação dos limites, ITAIPU sozinha representaria 68,5% do total de redução adicional das garantias físicas dessas UHEs. A contribuição de ITAIPU para a redução da garantia física das UHEs do SIN passaria dos 31,06% anteriormente mencionados para ainda mais significativos 45,70% do total reduzido.

3. Fundamentos e impactos da violação dos limites de garantia física

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

O relatório divulgado pela Consulta Publica MME nº. 36/2017 sugere que sejam adotados os valores estabelecidos no Anexo VI da Nota Técnica Nº EPE-DEE-RE-016/2017-r2, ou seja, que sejam violados os limites da redução da garantia física para as usinas Cotistas e ITAIPU, estabelecidos pelo Decreto 2.655/98.

Todavia, tanto a referida Nota Técnica da EPE, quanto o relatório anexo à Portaria 322/2017, carecem de fundamentos técnicos e jurídicos para proposta de violação dos limites definidos pelo Decreto 2655/98.

3.1 Ausência de fundamentação para aplicação à ITAIPU

Dentre os argumentos apresentados no Relatório para justificar a violação dos limites estabelecidos no Decreto 2.655/98, vários estão relacionados a circunstâncias inerentes a usinas cotistas, a saber: (i) os investimentos de implantação foram amortizados durante o período da outorga ou indenizados; (ii) a remuneração dos investimentos a serem realizados não estão atrelados à garantia física e (iii) ausência de revisão de garantia física quando do término do período de concessão e antes da nova outorga das UHEs sob o regime de cotas (MP 579/2012)

Entretanto, cabe esclarecer que a ITAIPU Binacional não é detentora de concessão usual outorgada pela União, não podendo, assim, ser assemelhada às usinas cotista oriunda das medidas da MP 579/2012. A ITAIPU é entidade binacional, regida pelo Tratado que a criou, assinado pelos governos do Brasil e do Paraguai. Sua natureza jurídica peculiar implica em tratamento específico, conforme reconhecido pela própria ANEEL no Parecer nº 101/2002 PCE/ANEEL (Anexo I desta manifestação):

> *(...) a ITAIPU Binacional não é detentora de concessão outorgada pela União, goza ela de situação singularíssima, já que o potencial hidráulico/recursos hídricos por ela aproveitados pertencem em condomínio, em partes iguais, ao Brasil e ao Paraguai, e o direito de exploração para geração de energia elétrica lhe foi outorgado por meio de Tratado Internacional entre dois países, não podendo, por isso, se submetidas às mesmas exigências das concessões outorgadas pela União, se tais exigência não se harmonizam com os princípios que nortearam o Tratado Binacional.*

Portanto, a ITAIPU Binacional não pode ser abarcada em um pacote de argumentos que só é integralmente válido para as usinas cotistas da MP 579/2012. Sendo estes os fundamentos para justificar a proposta de violação dos limites de redução da garantia física, resta demonstrada a inaplicabilidade à UHE ITAIPU.

Desta forma, considerando a ausência de informações no Relatório sobre estudos de viabilidade jurídica da proposta envolvendo a UHE ITAIPU e a evidente inobservância de princípios constitucionais, ITAIPU apresenta, como anexo II da presente manifestação, parecer jurídico externo.

ITAIPU
BINACIONAL

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

3.2 Considerações sobre a CP nº 036/2017 no contexto da CP nº 033/2017

O Ministério de Minas e Energia propôs recentemente medidas para o aprimoramento do setor elétrico, as quais fizeram parte da Consulta Pública MME nº 033/2017, dentre as quais a necessidade de se reduzir a energia adquirida de forma compulsória pelas distribuidoras. A energia de ITAIPU é comercializada no mercado brasileiro na forma de cotas de garantia física, as quais são adquiridas compulsoriamente pelas distribuidoras das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste.

Embora não tenha sido inicialmente considerada na CP nº 033/2017, dependendo do resultado da renegociação entre Brasil e Paraguai das bases financeiras (Anexo C) de ITAIPU em 2023, é possível que, futuramente, as receitas atribuídas à energia proveniente de ITAIPU venham a ser atreladas à garantia física da UHE ITAIPU considerada para o SEB.

Assim, novamente com vistas a contribuir com o processo de Consulta Pública, a ITAIPU Binacional encomendou a elaboração de relatório externo independente que avaliará a Garantia Física atribuída à Usina de ITAIPU e os impactos que sua alteração trará aos consumidores de energia elétrica. Tal relatório também avaliará os eventuais acréscimos na garantia física da UHE ITAIPU relacionados à ampliação de seu parque gerador, ocorrida com a inclusão das unidades geradoras 9A e 18A em 2006 e 2007, respectivamente, e que porventura não tenham sido considerados no âmbito das sucessivas revisões de sua garantia física.

Devido à complexidade deste trabalho e ao exíguo prazo estabelecido para esta Consulta Pública, a ITAIPU Binacional solicita a este Ministério a extensão do prazo até, pelo menos, 15 de setembro de 2017 a fim de viabilizar a apresentação do relatório externo.

4. Considerações Finais

A ITAIPU Binacional entende a necessidade de redução da garantia física do sistema para refletir a realidade operativa. Entretanto, considerando os potenciais reflexos das medidas submetidas à Consulta Pública MME n. 36/2017, entende que não devem ser violados os limites de redução da garantia física impostos pelo Decreto 2.655/98 para um conjunto específico de usinas, conforme motivos apresentados no parecer jurídico externo (Anexo II),

Por fim, reitera o pedido de concessão de prazo adicional para apresentação de relatório externo independente contendo dados técnicos relacionados à garantia física da usina binacional e os impactos da alteração dos parâmetros para os consumidores de energia elétrica, imprescindíveis para avaliação completa da proposta.

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

ITAIPU BINACIONAL

Anexo I - Parecer nº 101/2002 PCE/ANEEL

Anexo II - Parecer jurídico externo - Análise Jurídico-Regulatória.

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

ITAIPU BINACIONAL

Anexo I - Parecer nº 101/2002 PCE/ANEEL

ANEEL

PARECER N.º 101 /2002-RGE/ANEEL

Referência: CIC n.º 48550.003426/02-00

Interessados: ITAIPU/ SRG

Assunto: Correspondência de ITAIPU encaminhando cópia de carta endereçada ao Diretor-Presidente do ONS onde é formalizada a decisão do ITAIPU Binacional de não mais participar do ONS como membro associado.

Ementa: **ITAIPU Binacional. Entidade Binacional una e indivisível. Decisão de deixar de participar do ONS como membro associado. Concessão para geração de energia elétrica outorgada por Tratado Internacional entre os dois países soberanos. Condição especial e diferenciada das concessões outorgadas pela União. Falta de amparo legal para que se lhe obrigue a continuar como membro associado do ONS.**

RELATÓRIO

1. O Diretor-Geral brasileiro da ITAIPU Binacional encaminhou ao Diretor-Geral da ANEEL cópia de carta endereçada ao Diretor-Presidente do ONS, onde formaliza a decisão daquela entidade de não mais participar do ONS como membro associado.

2. Na referida correspondência, se alega que: "a ITAIPU Binacional é uma entidade una e indivisível, emergente no campo do direito internacional público, criada que foi por meio do Tratado Brasil – Paraguai, de 26 de abril de 1973." E que: "melhor avaliando a participação da ITAIPU Binacional, prevista no art. 8º, I, do Estatuto do ONS – concluímos que ela está ocorrendo de forma incompatível com as regras, hierarquicamente superiores, que regem esta Entidade, que lhe atribuem caráter de ente juridicamente indivisível."

48516.026532/02-00

3. Afirma, ainda, que não é possível a hipotética divisibilidade da Itaipu Binacional em parte brasileira e parte paraguaia, trazendo a colação o seguinte trecho do parecer L 208, de 22.09.76, aprovado pelo Presidente da República, sobre a natureza jurídica da ITAIPU, do qual anexa cópia:

> "Desde que se trata de empreendimentos e recursos postos em comum, de tal modo a resultar uma unidade orgânica e personificada, é juridicamente impossível admitir dissocia-los, ou supor uma partilha abstrata, para fazer incidir procedimentos unilaterais."

4. Esclarece, finalmente, que, "Não obstante, o encerramento da participação da ITAIPU Binacional no ONS, na modalidade de membro associado, não significa, em absoluto, alheamento em relação ao ONS, nem qualquer prejuízo à inserção técnico-operacional desta Entidade no Setor Elétrico nem à sua operação coordenada com o Sistema Interligado. Nossa decisão representa, tão somente, medida que objetiva alcançar melhor modo de interação institucional com o ONS."

5. O assunto foi encaminhado pela Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração a esta Procuradoria Geral para a elaboração de parecer.

6. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

7. O Estatuto do ONS, em seu art. 8º, inciso I, inclui o representante da parte brasileira da Itaipu Binacional como um de seus membros associados.

> "Art. 7º O ONS é constituído por membros associados e membros participantes.
>
> § 1º são membros associados do ONS os agentes de geração com usinas despachadas centralizadamente, os agentes de transmissão, agente importador, agente exportador, os agentes de distribuição e os consumidores livres nas condições definidas no artigo 8º deste Estatuto;
>
> (...)
>
> Art. 8º Os membros associados e os membros participantes do ONS serão divididos em 9 (nove) classes da forma seguinte:
>
> I - Agentes de Geração – agentes detentores de concessão ou autorização para geração de energia elétrica com usinas despachadas descentralizadamente e o representante da parte brasileira da Itaipu Binacional."

8. Tal dispositivo, no entanto, contém uma imprecisão técnica, eis que, sendo ITAIPU Binacional uma entidade constituída por tratado celebrado entre dois países soberanos, com recursos em

ANEEL

comum, empresa una e indivisível, com personalidade jurídica própria, é juridicamente impossível admitir dissociá-los, ou supor uma partilha abstrata em parte brasileira e parte paraguaia para fazer incidir sobre aquela normas e procedimentos estabelecidos no estatuto do ONS, entidade de direito privado, ainda que o referido estatuto tenha sido homologado pelo órgão regulador do poder concedente.

9. Por outro lado, como bem salientado na correspondência encaminhada pela Itaipu, a Lei nº 9648, de 27 de maio de 1998, não determinou que todos os titulares de concessão integrem o ONS e, ainda que outro fosse o entendimento, a ITAIPU Binacional não é detentora de concessão outorgada pela União, goza ela de situação singularíssima, já que o potencial hidráulico/recursos hídricos por ela aproveitados pertencem em condomínio, em partes iguais, ao Brasil e ao Paraguai, e o direito de exploração para geração de energia elétrica lhe foi outorgado por meio do Tratado Internacional entre os dois países, não podendo, por isso, ser submetida às mesmas exigências das concessões outorgadas pela União, se tais exigências não se harmonizarem com os princípios que nortearam o Tratado Binacional.

10. Ademais, toda a energia brasileira proveniente de ITAIPU é adquirida por FURNAS e pelas sucessoras da ELETROSUL, que já integram o ONS como associadas, o que, de certa forma, supre a ausência de ITAIPU como membro associado.

11. De qualquer forma, diante da decisão de ITAIPU Binacional de deixar de participar do ONS, na qualidade de membro associado, formalizada por intermédio de correspondência endereçada ao referido órgão, não há respaldo legal para que se lhe obrigue a reconsiderar daquela decisão, até porque, o disposto no artigo 13 da Lei nº 9648, não lhe alcança, por não ser ela titular de concessão, permissão ou autorização outorgada pela União.

12. Por outro lado, o fato da ITAIPU Binacional deixar de ser membro associado do ONS, significa apenas modificação no modo de sua interação institucional com o ONS, que não implica alteração técnico-operacional do Setor Elétrico, nem em sua operação coordenada com o sistema interligado, como bem ficou salientado em sua correspondência.

CONCLUSÃO

13. Em face do exposto, entendo que não há respaldo legal para que se obrigue a ITAIPU Binacional a continuar integrando o OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA, como membro associado, podendo, se a ANEEL assim julgar conveniente, analisar conjuntamente com ITAIPU e o ONS outra forma que viabilize a participação institucional da ITAIPU no ONS, conforme foi sugerido pela própria ITAIPU nas consideração anexadas à correspondência supramencionada.

SMJ, é o parecer.

Curitiba - Brasil
Rua Comendador Araújo, 551
80420-000 Curitiba, PR Brasil
Telefone: +55 (41) 3321-4411
Fax: +55 (41) 3321-4474

Asunción - Paraguay
Calle de la Residenta, 1075
CC-6919-ASU Asunción, Paraguay
Teléfono :+595 (21) 248-1000
Fax: +595 (21) 248-1669

www.itaipu.gov.br

Anexo II - Parecer jurídico externo - Análise Jurídico-Regulatória.

BAGGIO E COSTA FILHO
Sociedade de advogados

LIMITES A SEREM OBSERVADOS PELO PODER CONCEDENTE NOS PROCESSOS DE REVISÃO DA GARANTIA FÍSICA DA UHE ITAIPU

POR SOLICITAÇÃO DA ITAIPU BINACIONAL

PARECER

ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIA

BRASÍLIA, 28 DE AGOSTO DE 2017.

GUILHERME PEREIRA BAGGIO

INTRODUÇÃO

Trata-se de consulta de Itaipu Binacional sobre os limites a serem observados pelo Poder Concedente na revisão das garantias físicas de energia e potência das usinas hidrelétricas.

O Ministério de Minas e Energia ("MME") submeteu a consulta pública (Portaria MME nº 322, de 15 de agosto de 2017) uma proposta de "aprimoramento" do Mecanismo de Realocação de Energia ("MRE") para *"aplicar, integralmente, o cálculo de revisão da garantia física para usinas em regime de cotas, inclusive Itaipu Binacional"*.

A proposta, conforme expressamente admitido no Relatório Técnico denominado *"Avaliação dos Limites de Revisão de Garantia Física de Energia de Usinas Hidrelétricas"*, resulta na *"**violação** dos limites de redução das garantias físicas de energia, previstos no Decreto 2.655/1998, para a usina hidrelétrica Itaipu e para as usinas concedidas no regime de cotas de garantia física por ocasião da Medida Provisória nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013, doravante denominadas usinas cotistas"* (grifou-se).

A violação referida no Relatório Técnico nada mais é do que o descumprimento explícito dos limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998, para as revisões das energias asseguradas (garantias físicas), de 5% de redução da garantia física a cada quinquênio ou de 10% de redução durante toda a vigência da outorga.

Em termos quantitativos, a proposta do governo reduz a garantia física da UHE Itaipu de 7.772,9 MW médios para 7.193,8 MW médios. Em termos percentuais, a Consulente nos relata que a proposta do Relatório Técnico do MME extrapola não somente o percentual de 5% em cada revisão ordinária, na medida em que a garantia física da UHE Itaipu seria reduzida em 12,08% em relação à garantia física vigente fixada na última revisão, mas também o limite de 10% durante todo o período de outorga, pois, em relação à garantia física original, de 8.612 MW médios, a redução para 7.193,8 MW médios corresponderia a 16,47%.

Muito embora essas reduções não acarretem prejuízo direto e imediato ao ente Binacional (e nem se poderia sequer cogitar de um ato jurídico de direito interno de um dos signatários do Tratado de Itaipu provocar-lhe qualquer dano), a medida proposta afeta frontalmente a comercialização da energia pela Eletrobrás. Nesse contexto, surge a consulta de Itaipu Binacional sobre a incidência das regras e limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998,

e no Decreto nº 4.550, de 2002, aos processos de revisão da garantia física da UHE Itaipu pelo MME, o que consiste no objeto do presente Parecer.

Antecipando as conclusões deste estudo, a resposta a essa indagação seria: sim, o Poder Concedente, ao revisar as garantias físicas das usinas hidrelétricas participantes do MRE, está obrigado a respeitar os limites previstos nos referidos Decretos, para todas as usinas participantes desse mecanismo, inclusive em relação à UHE Itaipu, em face das seguintes regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro:

1) 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 UHE Itaipu;
2) 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;
3) 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
4) 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.

Para demonstrar as conclusões acima, será necessário analisar, em uma primeira parte, o conceito de garantia física de energia e potência e as normas sobre revisões ordinárias e os atos administrativos que disciplinaram as próprias revisões já realizadas. Em seguida, serão

examinados os princípios e normas jurídicas aplicáveis aos atos administrativos. Diante disso, o presente Parecer será dividido da seguinte forma:

Parte I – A garantia física do sistema e suas revisões:

a) Origem do conceito de garantia física de energia e potência: a antiga energia assegurada das usinas hidrelétricas;
b) Das perspectivas individual e sistêmica do conceito de garantia física; e
c) Dos atos administrativos de revisão de garantia física editados pelo MME.

Parte II – Da submissão dos atos administrativos emitidos pela Administração Pública a princípios e regras de direito:

a) Princípios da legalidade e da hierarquia das normas;
b) Princípios da impessoalidade, da isonomia e da finalidade; e
c) Princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da autolimitação da administração pública.

PARTE I – CONCEITO, REGRAS E CARACTERÍSTICAS DA GARANTIA FÍSICA DO SISTEMA E SUAS REVISÕES

A- ORIGEM DO CONCEITO DE GARANTIA FÍSICA: A ANTIGA ENERGIA ASSEGURADA DAS USINAS HIDRELÉTRICAS

A partir da publicação do Decreto nº 2.655, de 1998, que regulamentou a Lei nº 9.648 de 1998, foi adotado um instituto de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro chamado *"energia assegurada"*, aplicável apenas aos empreendimentos de geração hidrelétrica.

O conceito de "energia assegurada" foi elevado a norma regulamentar ao se tratar das regras do Mecanismo de Realocação de Energia ("MRE"), um mecanismo específico das usinas hidrelétricas, a partir do qual esses geradores passaram a compartilhar entre si o risco hidrológico. O art. 21 do Decreto nº 2.655, de 1998, dispõe de forma clara sobre o tema:

> "Art. 21. A cada usina hidrelétrica corresponderá um montante de energia assegurada, mediante mecanismo de compensação da energia efetivamente gerada.
>
> § 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".

Assim, em sua origem, **a energia assegurada é conceituada como a fração da energia assegurada do sistema alocada a uma determinada usina hidrelétrica participante do MRE, a qual constituirá o seu limite (lastro) de contratação**.

Dessa forma, de acordo com o disposto no art. 21 do Decreto nº 2.655, de 1998, é possível distinguir duas vertentes de análise da energia assegurada: (i) sob a perspectiva geral ou sistêmica; e (ii) sob a perspectiva individual, relativa a cada gerador.

B- DAS PERSPECTIVAS INDIVIDUAL E SISTÊMICA E LIMITES DE REVISÃO DA GARANTIA FÍSICA

Sob a perspectiva sistêmica, a energia assegurada prevista no Decreto nº 2.655, de 1998, representa a disponibilidade máxima de geração[1] hidrelétrica[2] para atendimento do consumo nacional, ou, no jargão do setor, para atendimento da carga nacional.

Na perspectiva individual, a energia assegurada era – e ainda é – o limite máximo que um agente de geração hidrelétrica pode comercializar associado a um determinado empreendimento de geração. Assim, a cada empreendimento de geração hidrelétrica está associado, no título que outorga sua exploração ou em atos do Poder Concedente, um determinado *quantum* de energia estabelecido com base em critérios técnicos, relacionados à operação e segurança energética do sistema elétrico nacional como um todo[3].

Com a publicação da Lei nº 10.848, de 2004, e demais normas e regras correlatas, o modelo brasileiro integrou ao conceito de energia assegurada do sistema as usinas termelétricas, mediante um cálculo probabilístico até então nunca utilizado para esses tipos de geradores de energia elétrica[4].

Em face da nova legislação de 2004, a energia assegurada passou a ser designada genericamente como *garantia física* e a ter destacada a sua importância sistêmica, como se percebe da leitura dos artigos de Lei abaixo transcritos (Lei nº 10.848, de 2004):

> "Art. 1° 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: (...)

---

[1] Não se deve confundir com a capacidade máxima de geração do sistema em termos de potência instalada. A potência instalada do sistema brasileiro é uma grandeza distinta da energia assegurada do sistema.

[2] A disponibilidade máxima das usinas termelétricas era calculada de modo diverso, não sendo relevante para o presente estudo.

[3] Nesse estudo não vem ao caso minudenciar os critérios (sistêmicos) que determinam o *quantum* de energia vinculado a cada empreendimento.

[4] Apenas a titulo de curiosidade, as termelétricas tinham seus limites de comercialização calculados com base em sua potência disponível, entendida pela capacidade de geração, abatidos os índices de indisponibilidade (TEIF e IP).

> 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 (...)
>
> § 7° Com vistas em assegurar o adequado equilíbrio entre **confiabilidade de fornecimento** e modicidade de tarifas e preços, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE proporá **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)

A partir das alterações promovidas pela Lei nº 10.848, de 2004, e pelo Decreto nº 5.163, de 2004, observa-se que há uma clara e direta relação entre a perspectiva individual de cada gerador e o interesse global do sistema na definição do conceito de garantia física.

Além disso, a título de uniformização de conceitos, diga-se que a garantia física *lato sensu* é o gênero, do qual a energia assegurada (aplicável às hidrelétricas) e a garantia física *stricto sensu* (aplicável às termelétricas) são espécies.

É esta "garantia física *lato sensu*" (doravante só "garantia física") que constitui a base comercial estável de cada empreendimento de geração de energia elétrica, independentemente da realidade fática subjacente[5]: cada empreendimento titulado pode lastrear seus compromissos de compra e venda até o limite da sua garantia física. Assim, cada contrato de compra e venda de energia celebrado no setor elétrico deve estar "ancorado" em uma determinada garantia física relativa a certa usina. Nesse sentido, pode-se afirmar que o contrato deve ter um *lastro*, conforme o disposto no Decreto nº 5.163, de 2004, que regulamentou parte da Lei 10.848, de 2004:

> Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:
>
> I - os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia para

[5] Não só o sujeito recebe "previamente" o *quantum* de energia capaz de empenhar contratualmente como sequer possui liberdade para decidir se e quanto produzir fisicamente esta energia. Assim ocorre em razão das características técnicas e operacionais do sistema brasileiro que exigem uma forma de operação integrada. A energia assegurada é, assim, uma base comercial estável, fixada de forma unilateral pelo titular do serviço.

> garantir cem por cento de seus contratos; (...)
>
> § 1º O lastro para a venda de que trata o inciso I do **caput** será constituído pela garantia física proporcionada por empreendimento de geração própria ou de terceiros, neste caso, mediante contratos de compra de energia.
>
> § 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.

Desse modo, (i) sob a perspectiva individual, a garantia física está associada ao interesse econômico de cada agente, na medida em que é o limite máximo de comercialização, e (ii) sob a perspectiva sistêmica, a garantia física global do país está associada ao equilíbrio entre oferta e demanda e, ao final e ao cabo, à segurança de abastecimento de energia elétrica no Brasil.

Em face da importância da garantia física para o sistema elétrico brasileiro, duas normas previram a obrigação do Poder Público de revisar periodicamente a garantia física do sistema, sendo (i) uma sob o critério de garantia de suprimento e (ii) outra sob a perspectiva individual.

Sob a perspectiva do sistema, a previsão está contida na Resolução nº 1, do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), de 2004, nos seguintes termos:

> "Res. CNPE n. 1, de 2004:
>
> Art. 3° Determinar que o MME avalie, **a cada cinco anos, ou na ocorrência de fatos relevantes**, os parâmetros básicos da garantia de suprimento, propondo ao CNPE se necessário, a revisão do percentual estabelecido para o risco de insuficiência de oferta fixado nesta Resolução".

Sob a perspectiva individual, o Decreto nº 2.655, de 1998, ao tratar da revisão das energias asseguradas, estabeleceu a necessidade de sua revisão a cada cinco anos (revisão ordinária) ou na ocorrência de fatos relevantes (revisão extraordinária), conforme art. 21:

> 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**." (grifou-se)

Além disso, o mesmo dispositivo estabeleceu limites de redução a serem observados nos processos de revisão, conforme §5º, *in verbis*:

> Art. 21 (...)
>
> §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 – sem grifos no original.

Assim, de forma bastante direta e objetiva, o §5º acima transcrito limita a atuação do Poder Concedente nos processos de revisão da garantia física a reduções de (i) dno máximo, 5% do valor estabelecido na última revisão em cada processo; e (ii) no máximo, 10% durante todo o período de vigência da outorga. Observa-se, ainda, que tais limites foram estabelecidos indistintamente a todas as usinas hidrelétricas participantes do MRE, sem qualquer delegação de competência ao MME para estabelecer outros limites ou tratamento diferenciado entre os agentes.

Para não restar qualquer dúvida sobre o alcance do dispositivo acima, o Decreto nº 4.550, de 2002[6], alterado pelo Decreto nº 5.287, de 2004, previu o seguinte:

> "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, homologorá, 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." (sem grifos no original)

[6] Regulamenta a comercialização de energia elétrica gerada pela Eletrobrás Termonuclear S/A - ELETRONUCLEAR, por ITAIPU Binacional e dá outras providências.

A norma não poderia ser mais clara e objetiva: embora exista uma relação de direito internacional associada à energia proveniente da UHE Itaipu, ela será submetida às mesmas regras quanto: i.) à metodologia de cálculo de garantia física, ii.) à periodicidade de suas revisões, iii.) às condições aplicáveis aos demais agentes participantes do MRE do Brasil.

Cumpre agora, verificar, na prática, como foram feitas as revisões ordinárias das garantias físicas, tanto (i) a de 2004, já perfectibilizada, quanto (ii) a de 2017, que produzirá efeitos a partir de janeiro de 2018.

C- DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DE REVISÃO DE GARANTIA FÍSICA EDITADOS PELO MME

Apesar de o Decreto nº 2.655, de 1998, prever a necessidade de revisão das garantias físicas das hidrelétricas a cada cinco anos desde 1998, somente uma revisão ordinária[7] de garantia física foi efetivamente promovida com base nesse dispositivo até hoje. Uma segunda revisão já foi aprovada pelo Ministério de Minas e Energia, mas somente vigorará a partir de 1º de janeiro de 2018. Esses dois eventos serão examinados a seguir.

Primeira revisão: 2004

O Ministério de Minas e Energia, em 2004, tratou da primeira revisão da garantia física do sistema, a partir da publicação da Portaria MME n.º 303, de 2004. Esse ato administrativo de efeitos concretos aprovou um procedimento para ajustar a garantia física do sistema da seguinte forma:

1. estabeleceu um período de estabilidade de dez anos para a garantia física das usinas hidrelétricas, exceto aquela comercializada pela Eletrobrás associada à UHE Itaipu;
2. definiu o valor da garantia física das usinas termelétricas, bem como o início da validade dos novos valores a partir de 2008;

[7] A partir da disposição literal do § 4º do art. 21 do supra transcrito Decreto, tem-se que existem duas possibilidades jurídicas de revisão do valor da energia assegurada/garantia física:
(1.) um dever de revisão, em face de uso de expressão no modo imperativo ("*será revisto*"), pelo Poder Concedente, "*a cada cinco anos*", ao qual podemos denominar então de "revisão periódica ordinária", face à sua data certa e periódica de ocorrência; e
(2.) uma possibilidade de revisão, a qualquer momento, desde que ocorridos "*fatos relevantes*", à qual podemos denominar então de "revisão extraordinária", vez que condicionada à ocorrência apenas desses fatos relevantes, e portanto sem uma data certa e periódica para ocorrer.
Toda a discussão do presente parecer envolve exclusivamente a revisão ordinária das energia asseguradas/garantias físicas.

3. estabeleceu um regime próprio para usinas termelétricas movidas à gás natural;
4. para a energia comercializada pela Eletrobrás proveniente da UHE Itaipu, manteve os valores originais até 2007 e definiu um novo valor a partir de 2008.

A nova garantia física de UHE Itaipu foi definida para vigorar a partir de janeiro de 2008 com uma redução de 5% em relação ao valor original, o que nos leva ao ponto central do presente Parecer, que são os limites (globais e individuais) a serem observados pelo Poder Concedente na revisão das garantias físicas das usinas hidrelétricas.

Como visto, a mesma norma que criou o conceito de energia assegurada, qual seja o Decreto nº 2.655, de 1998, também previu sua revisão ordinária a cada cinco anos ou na ocorrência de fatos relevantes, com limites a serem observados pelo Poder Concedente, de 5% de redução em relação à garantia física vigente em cada processo de revisão e de 10% durante todo o período da outorga.

Assim, com base nos Decretos ns. 2.655, de 1998, e 4.550, de 2002, a Portaria MME 303, de 2004, sem qualquer surpresa, respeitou os limites percentuais para reduções de garantias físicas na revisão ordinária que veiculou.

Segunda revisão: 2017

Assim como na revisão anterior, o Ministério de Minas e Energia em 2017 também publicou um ato administrativo de efeitos concretos definindo a garantia física do sistema e as garantias físicas individuais dos agentes de geração. Trata-se da Portaria MME nº 178, de 2017, cujo conteúdo produzirá efeitos somente a partir de janeiro de 2018.

Para o presente parecer, interessa especialmente o disposto na fundamentação do referido ato administrativo, nos seguintes termos:

> 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 n. 2.655**, de 2 de julho de 1998, no art. 4º, § 1º, do Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004, e o que consta no Processo no 48000.002393/2014-26, resolve:" (sem grifos no original)

O ato ministerial, como era de se esperar, cita expressamente os limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998, não deixando margem para qualquer dúvida de seu alcance a todos agentes hidrelétricos participantes do MRE, inclusive a UHE Itaipu.

Apenas a título de ilustração, na Consulta Pública nº 24, de 2016, que tratou da proposta do MME de metodologia para a revisão ordinária das garantias físicas, um agente setorial (AES Eletropaulo) apresentou contribuição no seguinte sentido:

> "A Sobrecontratação atual decorre da conjuntura econômica desfavorável nos últimos 3 anos, bem como da falta de mecanismos contratuais no modelo de comercialização do setor elétrico para ajuste do nível de contratação das distribuidoras. Nesse contexto, é possível o Ministério contribuir na solução dessa situação setorial com a definição da Garantia Física de usinas que comercializam energia como Cotas de Garantia Física e Potência e da Usina de Itaipu. Tal contribuição poderia ocorrer de duas formas:
>
> (1) aplicando as revisões das Garantias Físicas propostas nesta CP em 2017, haja visto que não haverá impacto na atividade de comercialização dos agentes vendedores da energia;
>
> (2) implementando a revisão integral calculada nesta CP (afastando, assim, a limitação de transição de 5% por revisão de garantia física e de 10% ao longo do contrato de concessão contida no § 5º do Art. 21 do Decreto nº 2.655/98)."

Em resposta, o MME afirmou o seguinte:

> "A vigência dos novos montantes de GFE será a partir de 1º de janeiro de 2018, sendo esta data um compromisso com a previsibilidade das atividades de comercialização de energia. As revisões previstas no art. 21 do Decreto nº 2.655/1998 são aplicáveis as usinas hidrelétricas, **independente do regime de alocação de cotas de GFE**. O §1º, do art. 11, do Decreto nº 4550, de 27 de dezembro de 2002, **assegura à UHE Itaipu as mesmas condições e periodicidade de revisão das demais usinas do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE**". (sem grifos no original)

Assim, 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. Esses fatos, assim como a natureza jurídica das revisões de garantia física, constituem o objeto da segunda parte do presente estudo.

PARTE II – DA SUBMISSÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PRINCÍPIOS E REGRAS DE DIREITO

A) OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA HIERARQUIA DAS NORMAS

O princípio da legalidade é um dos alicerces do Estado democrático de Direito e atua como limitador da autonomia da vontade, conforme previsão constitucional do art. 5º, II, segundo o qual *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

No Direito Administrativo, o princípio da legalidade tem uma expressão ainda mais significativa e limitadora quando se refere à atuação da Administração Pública direta e indireta, que deve seguir e subordinar-se à Lei, a teor do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

> 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: (...) – sem grifos no original.

Nesse sentido é que se pode concluir que, para a Administração Pública, de acordo com a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, *"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***" (grifos nossos)[8], Isto é, o administrador somente pode atuar amparado por permissão ou previsão legal.

Na esfera infraconstitucional, o princípio da legalidade é reforçado pela Lei de Processos Administrativos (Lei nº 9.784, de 1999), cujo art. 2º, ao reiterar a obediência ao princípio constitucional da legalidade, dispõe, em seu parágrafo único, I, que, nos processos administrativos, a Administração Pública deve atuar conforme a Lei e o Direito. Há, assim, uma submissão da vontade da Administração Pública à Lei, de forma que seus atos somente têm validade se forem por esta respaldados.

---

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 82.

Ainda de acordo com Hely Lopes Meirelles, o princípio da legalidade pode ser assim definido:

> 2.3.1 Legalidade – A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
>
> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.(...)
>
> As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. (...)"[9].

Na mesma medida, esse princípio tem guarida na jurisprudência pátria, como se observa na decisão do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), abaixo transcrita:

> "31. **O Princípio da Legalidade, consubstancial ao Estado de Direito, exige que a atividade administrativa, notadamente no que concerne à imposição de obrigações e sanções em razão de eventual descumprimento, se dê ao abrigo da lei**, consoante se colhe da abalizada doutrina: "(...) significa subordinação da Administração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia aos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força dos arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, da Constituição federal"[10] – sem grifos no original.

Desse modo, o princípio da legalidade tem importância elementar para coibir o autoritarismo e o abuso de poder pelo Estado e serve como garantia e proteção aos administrados diante da figura estatal. Via de consequência, há de se concluir que os atos

---

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 82.

[10] REsp 976836 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0187370-6 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 25/08/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 05/10/2010.

administrativos editados em desrespeito ao princípio da legalidade devem ser declarados nulos pela própria Administração, a teor do disposto no art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999:

> Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

De todo modo, dado que um sistema jurídico é composto de outros atos de cunho normativo ou não (inclusive atos infralegais, como os atos administrativos), a exata compreensão do princípio da legalidade e das consequências para a presente análise não pode prescindir de uma referência a outro princípio não menos importante, qual seja o da hierarquia de normas.

Aliado do princípio da legalidade, também o princípio da hierarquia de normas é elementar e caro ao funcionamento e à plena realização do Estado democrático de Direito. Esse princípio é fruto de formulação de importante teórico do Direito[11] e, no ordenamento brasileiro, decorre de uma interpretação sistemática da Constituição, a qual informa que as normas do ordenamento jurídico se encontram dispostas e organizadas em uma estrutura hierarquizada[12]. Dessa maneira, uma determinada norma somente terá validade se sua edição

---

[11] Segundo Hans Kelsen, "*A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resultado do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (...)*
Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior (Teoria Pura do Direito. 8ª ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009, págs. 232 e 247").

[12] O art. 54 da Constituição Federal dispõe sobre as espécies de normas que compõem o processo legislativo, *in verbis*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;

e seu conteúdo forem compatíveis com o *ato hierarquicamente superior*, e assim sucessivamente até a Constituição.

Resulta desse princípio, por exemplo, que os atos de efeito concreto praticados pela Administração Pública, de natureza infralegal, devem obedecer aos parâmetros estabelecidos pelos normativos da própria Administração que regulamentam a matéria, tais como Portarias e Resoluções ou Instruções Normativas. Estas, por sua vez, devem obediência ao que dispõem os Decretos que disciplinam o tema. Por sua vez, os Decretos devem obediência ao que dispõem as respectivas leis ordinárias e/ou complementares sobre a questão, que, por fim, devem obedecer ao disposto na Constituição Federal.

Em outras palavras, atos hierarquicamente inferiores não podem inovar em relação a situações jurídicas, parâmetros e regras estabelecidos nas normas que lhe sobrepõem e que, muitas vezes, até lhe servem de fundamento. Da mesma forma, eventuais alterações ou derrogações nas regras e parâmetros estabelecidos em determinada norma somente podem ser procedidas mediante a edição de atos de mesma hierarquia ou de hierarquia superior.

O presente Parecer trata de potencial ato de Ministro de Estado que, se emitido (possivelmente em forma de Portaria, como foram veiculadas todas as definições de garantia física e suas revisões), violará deliberadamente uma regra disposta objetivamente em dois Decretos expedidos pelo Presidente da República (um relativamente ao limite de 5% de redução da garantia física de usina hidrelétrica por processo de revisão realizado de cinco em cinco anos e de 10% de redução para todo o período da outorga e outro que determina a aplicação da regra geral de garantia física à energia da UHE Itaipu).

Nos termos do art. 84 da Constituição da República, compete privativamente ao Presidente da República a expedição de Decretos, os quais devem ser fielmente executados[13].

VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.
Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.
[13] 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** – sem grifos no original.

Aos Ministros de Estado, por sua vez, compete expedir instruções para a **execução** das leis, decretos e regulamentos, conforme art. 87 da Constituição Federal[14].

Observa-se, assim, que a competência constitucional do Ministro de Estado se restringe à fiel execução do Decreto expedido pelo Presidente da República, não podendo inovar em relação à matéria regulamentada pelo ato hierarquicamente superior, tampouco editar ato *manifestamente contrário* à norma superior. Nesse sentido, eventual "violação", pelo Ministro, dos parâmetros gerais ou individuais estabelecidos pelo Decreto consubstancia patente afronta à legalidade, à hierarquia de normas e às competências estabelecidas na Constituição.

O ato de Ministro de Estado (a ser) praticado mediante Portaria ou qualquer ato infralegal similar, consiste mero ato administrativo, que deve se ater às situações jurídicas preestabelecidas em Decreto, leis ordinárias/complementares e na própria Constituição. Como se pôde observar, não existe qualquer discricionariedade administrativa ou delegação de competência em relação ao limite de redução da garantia física de usinas hidrelétricas nos processos de revisão. Os limites são preestabelecidos objetiva e indistintamente a todas as usinas hidrelétricas pelo Decreto nº 2.655, de 1998, e em especial à UHE Itaipu, conforme Decreto n. 4.550, de 2002, de forma que qualquer alteração/violação desses limites por um ato administrativo induz à ilegalidade de tal ato.

De forma similar ao entendimento aqui esposado, o STJ já concluiu pela ilegalidade de ato expedido pelo Secretário da Receita Federal, na forma de Instrução Normativa, em regulamentação a ato de Ministro de Estado (Ministro da Fazenda), mediante Portaria, que violou os parâmetros estabelecidos em norma hierarquicamente superior (no caso, a Lei nº

[14] Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.
Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

9.363, de 1996). Sem adentrar no mérito da discussão, vale transcrever este excerto do julgado do Tribunal para salientar as premissas por ele adotadas:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESSARCIMENTO DO VALOR DO PIS/PASEP E DA COFINS. EMPRESAS PRODUTORAS E EXPORTADORAS DE MERCADORIAS NACIONAIS. LEI 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 23/97. CONDICIONAMENTO DO INCENTIVO FISCAL AOS INSUMOS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO PIS E PELA COFINS. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI ORDINÁRIA. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. OBSERVÂNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA (**ATO** NORMATIVO SECUNDÁRIO). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.
>
> (...) 7. Como de sabença, a validade das instruções normativas (**atos** normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos **atos** normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a **hierarquia** normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e ADI 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).
>
> 8. Consequentemente, sobressai a "ilegalidade" da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei 9.363/96, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/PASEP e pela COFINS (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 849287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010; AgRg no REsp 913433/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009; REsp 1109034/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009; REsp 1008021/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe 11.04.2008; REsp 767.617/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007; REsp 617733/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006; e REsp 586392/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004)[15].

No entanto, no caso examinado no presente Parecer, não apenas o princípio da hierarquia das normas e da legalidade seriam vulnerados. Como se verá a seguir, os princípios

[15] Processo REsp 993164 / MG REsp 2007/0231187-3 Relator(a) Ministro Luiz Fux (1122) Órgão Julgador S1 – Primeira Seção Data do Julgamento 13/12/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2010 RSTJ vol. 221 p. 223.

da impessoalidade, da isonomia e da finalidade seriam igualmente atingidos pela medida ora em consulta pública.

B) PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA ISONOMIA E DA FINALIDADE

Assim como o princípio da legalidade, também no art. 37 da Constituição encontra-se a raiz de outro princípio de enorme relevância para o objeto do presente Parecer. Refere-se aqui ao princípio da impessoalidade, segundo o qual a Administração Pública, em seus atos, não deve agir de maneira a discriminar ou privilegiar determinados sujeitos em relação a outros. De acordo com a doutrina:

> O princípio constitucional da impessoalidade administrativa tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o *interesse público*[16].

> 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 indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal[17].

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da impessoalidade atua igualmente na limitação da atuação do Estado-Administração, orientando que suas ações sejam imparciais e voltadas exclusivamente para atender ao interesse público, e não para prejudicar ou beneficiar determinados sujeitos.

Assim, o princípio da impessoalidade, além de expressão da finalidade do ato administrativo e da atuação do Estado, tem por objetivo garantir a **isonomia de tratamento** entre os administrados, em especial quando a norma que fundamentou a atuação estatal não prevê qualquer distinção ou diferenciação no tratamento entre eles.

---

[16] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 147.
[17] MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 85.

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.

Sobre o desvio de finalidade, assim afirma a doutrina:

> Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por **desvio de poder**. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o

ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.[18] a

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.

---

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

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.

Por fim, cumpre analisar, sob a ótica da segurança jurídica e da proteção da confiança, qual o efeito decorrente da conduta do Estado adotada nas revisões ordinárias de garantias físicas (tanto a efetivamente promovida quanto a prevista para vigorar a partir de janeiro de 2018), situações onde o MME respeitou o limite de 5% de redução.

C) PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA AUTOLIMITAÇÃO DO PODER PÚBLICO

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).

> *Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada (a fides como fit quod dictur de definição ciceroniana) que, em última análise, dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado"*[19].

[19] COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784, de 99).** *In* Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. 2008. Disponível em http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf. Acesso em 26.08.2017.

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[20].

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.* [21]"

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[22].

J.J. Gomes Canotilho leciona:

> O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção à confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.
>
> Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica –

---

[20] Há reconhecimento do STF de que o princípio da segurança jurídica tem dimensão constitucional, como subprincípio do princípio do Estado de Direito (v.g. MC 2.900-RS, MS 24268-MG, MS22357/DF).

[21] COUTO E SILVA, Almiro do. *op. cit.* p. 5.

[22] "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: (...)
IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...)
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (...)
Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

> garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos acto[23]. (grifos do original)

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal ("STF") reconhece o princípio da proteção da confiança como expressão da segurança jurídica, *in verbis*:

> Ora, assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, **o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras stricto sensu. Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias.**
>
> **A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium*, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem.** O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança (sem grifos no original).[24]

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

---

[23] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257

[24] ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012 RTJ VOL-00110-02 PP-00448).

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. Nesse sentido, convém mencionar a doutrina de Alexandre Santos de Aragão acerca da Teoria das Autolimitações Administrativas:

> Também se impõe ao regulador dos serviços públicos o respeito aos seus comportamentos anteriores, desde que sejam plausivelmente legais, pois geram para os concessionários uma justa expectativa de receber tratamento equânime, isonômico e condizente com os procedimentos anteriormente adotados, uma vez que uma súbita mudança de comportamento ou orientação significa quebrar a confiança e a boa-fé legitimamente depositada no regulador.
>
> Dentro dessa perspectiva, necessária se faz a incursão, ainda que breve, pela Teoria das Autolimitações Administrativas, constituída pela agregação de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar segurança jurídica, razoabilidade, coerência e igualdade no tratamento dado pela Administração aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais. Engloba ainda em seu âmbito as subteorias do respeito aos atos próprios da Administração e dos precedentes administrativos, ambas também expressões da plicação dos princípios da igualdade e da boa-fé à Administração Pública (art. 2º, caput e IV, Lei n. 9.784/99). (...)
>
> A principal consequência da aplicação dos paradigmas analisados será a nulidade de toda a sanção que se pretenda aplicar ao concessionário de modo diverso a atitudes que a Administração Pública teve diante de outras supostas infrações contratuais análogas, seja do próprio ou de outros concessionários[25].

Consoante precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, trata-se de "*auto-limitação do poder (administrative self-restraint), que tem em sua gênese a marcada ideia de que a Administração, por uma série de ações e limitações, exercite o poder de modo mais transparente, razoável e justo*"[26]. Em outras palavras, "*há situações em que a própria Administração Pública, através de seus órgãos internos, emana norma reguladora de sua*

[25] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.pp. 597/599.
[26] TRF5. PROCESSO: 00000916020134050000, AG130212/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 05/02/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 07/02/2013 - Página 497.

atividade, limitando o seu espaço de ação em domínios antes puramente discricionários. É o que ele descreve como 'fenômeno de autovinculação'"[27].

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.

[27] TRF5. PROCESSO: 200405000205134, AG56849/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 07/04/2005, PUBLICAÇÃO: DJ 05/05/2005 - Página 527.

CONCLUSÃO

A indagação apresentada inicialmente e que serviu se motivação para a presente análise pode ser respondida de forma clara e objetiva: o MME ao revisar as garantias físicas deve, necessariamente, respeitar ambos os limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998, para reduções de garantia física de qualquer usina hidrelétrica participante do MRE, inclusive e especialmente da UHE Itaipu, em face do disposto no Decreto nº 4.550, de 2002.

Os fundamentos jurídicos que devem induzir o MME à observância dos limites percentuais previstos no Decreto nº 2.655, de 1998, decorrem da aplicação simples e direta da norma jurídica consagrada no Decreto nº 4.550, de 2002, que prevê vinculação expressa das regras gerais de cálculo e revisão de garantia física à UHE Itaipu. Não há margem para outra interpretação que não a literal.

No entanto, se isso só não bastasse, há uma série de princípios jurídicos que reforçam esse entendimento. Em primeiro lugar, uma conjugação do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública com o princípio da hierarquia das normas estabelece que o MME não tem competência para criar normas no ordenamento jurídico de modo contrário à norma hierarquicamente superior, sob pena de editar ato administrativo ilegal. Sua competência está adstrita à fiel execução do disposto em Decreto expedido pelo Presidente da República.

Além disso, os princípios da impessoalidade, isonomia e finalidade da atuação estatal em relação aos administrados impede o tratamento diferenciado proposto pelo MME, na medida em que o Decreto nº 2.655, de 1998, não fez – nem poderia fazê-lo – qualquer distinção entre usinas hidrelétricas participantes do MRE para fins de revisão das garantias físicas. Uma das motivações do Ministério de Minas e Energia para o tratamento discriminatório às usinas cotistas e Itaipu é que suas receitas não são associadas à garantia física. No entanto, a finalidade da 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. Propor medidas extremas que atingem apenas aqueles geradores que

não são remunerados com base na garantia física constitui desvio de finalidade do ato administrativo e ofensa ao princípio da impessoalidade e da isonomia.

Outra motivação apontada no Relatório diz respeito ao 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 de conhecimento público que o Poder Executivo Federal criou o mecanismo de repactuação do risco hidrológico, o qual passou o risco hidrológico para os compradores da energia elétrica de usinas do SIN que comercializaram energia de forma regulada. Esse argumento, da mesma forma que o anterior, não justifica o tratamento diferenciado de um determinado número de usinas, pois não se constitui em um discrímen válido.

Por fim, mas não menos importante, há que se considerar o valor jurídico da conduta já adotada pelo Ministério de Minas e Energia tanto em 2004 quanto em 2017, quando respeitou o limite de redução de 5% das garantias físicas. Os atos administrativos representaram uma conduta que deve ser repetida, com base no princípio da proteção da confiança, uma vez que induziu os administrados à legítima expectativa de que as revisões subsequentes deveriam seguir os limites previstos no Decreto nº 2.655, de 1998. Além disso, a consagração de seu entendimento nos diversos momentos anteriores, acrescido da explícita defesa dos limites no caso da Consulta Pública nº 24, de 2016, constitui uma autolimitação da administração pública a esse entendimento.

Não restam dúvidas de que a motivação do MME em reduzir o GSF dos próximos anos é não apenas louvável, mas muito bem-vinda. No entanto, se há desequilíbrio no sistema, não se pode impor a uma usina, ou a um conjunto de usinas, os ônus do ajuste na garantia física do sistema. O princípio da realidade, seja operacional ou econômica, tão valorizado e destacado nas medidas propostas e adotadas no último ano pelo governo federal, não pode ser desprezado no caso em apreço.

Bem assim, o MME não está autorizado a modificar a garantia física da Consulente na forma proposta, pois haveria violação ao Decreto nº 2.655, de 1998, e ao Decreto n. 4.550, de 2002.

É o entendimento.

Brasília, 28 de agosto de 2017.

Guilherme Pereira Baggio

OAB/DF nº 28.053 e OAB/RS nº 46.127