

Carta 059/18

NN

Em 17 de dezembro de 2018

Referência: NT 18/2018 – CGPT/DGSE/SEE

Consulta Pública: CP MME 63/2018

Assunto: Proposta de Portaria que amplia as possibilidades de livre contratação de energia elétrica por parte dos consumidores

Anexo: Opinião Jurídica – Análise Jurídico Regulatória

INTRODUÇÃO

1. A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERAÇÃO DE ENERGIA LIMPA – ABRAGEL, na qualidade de representante de 279 (duzentos e setenta e nove) associados atuantes como agentes de geração de energia elétrica, titulares de CGHs, PCHs e UHEs até 50 MW, vem, por meio deste documento, apresentar sua visão sobre a proposta apresentada pelo Ministério de Minas e Energia na Consulta Pública 063/18 (CP 63) por meio da Nota Técnica 18/2018 – CGPT/DGSE/SEE (NT 18), acerca de Proposta de Portaria que amplia as possibilidades de livre contratação de energia elétrica por parte dos consumidores.

2. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista jurídico-formal, verifica-se, conforme Opinião Jurídica em anexo, que a minuta de Portaria submetida está eivada de vício de legalidade, uma vez que:

- (i) o §3º do art. 15 da Lei nº 9.075/1995 foi revogado por incompatibilidade com o disposto no art. 26, §5º da Lei 9.427/1996, que, mediante lei posterior (Lei nº 9.648/1998¹), instituiu política pública de incentivo a fontes renováveis, sucessivamente preservada pelo Congresso Nacional (Leis nº 10.438/2002, 10.762/2003, 11.488/2007, 11.943/2009, 13.097/2015, 13.203/2015 e 13.360/2016), estabelecendo mercado especial para a comercialização de energia por consumidores com carga igual ou maior que 500 kW e inferior a 3.000 kW; e

¹ A referida Lei inseriu o §5º no art. 26 da Lei nº 9.427/1996.

- (ii) O Exmo. Ministro de Minas e Energia não detém competência delegada em ato publicado em meio oficial para editar ato administrativo no sentido de regulamentar o art. 15, §3º, da Lei nº 9.075/1995, ainda que esse dispositivo não houvesse sido revogado por incompatibilidade com o art. 26, §5º da Lei 9.427/1996.

3. Dessa forma, entende-se que a forma juridicamente adequada para alterar, ampliar, restringir ou mesmo extinguir a referida política pública de incentivo às fontes renováveis seria a aprovação de lei pelas duas Casas do Congresso Nacional, com sanção pelo Presidente da República. Essa linha, aliás, foi adotada na Consulta Pública nº 33/2017, que resultou nos projetos de lei atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL nº 1.917/2015) e no Senado Federal (PLS nº 232/2016), que tratam de matéria idêntica.

4. Nesse contexto, a edição da Portaria submetida à Consulta Pública nº 63/2018 produzirá indesejável insegurança jurídica nas relações a serem pactuadas com base no ato infralegal ilegal, prejudicando o desenvolvimento equilibrado e sustentável do mercado de energia elétrica.

5. Quanto ao mérito da proposta, a discussão sobre a Abertura do Mercado, que trata a redução dos limites de carga e tensão para acesso ao Mercado Livre, foi bastante debatida quando da Consulta Pública nº 33/2017 (CP 33). Nela, a ABRAGEL se posicionou de forma a solicitar que a Abertura ocorresse somente após 2024, para garantir, antes da abertura, ajustes de mercado necessários para garantir a competição isonômica entre os agentes e evitar que eventuais benefícios decorrentes da maior competição não se concretizem, por estarem mascarados por subsídios ocultos, como será mostrado neste documento.

1) **CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MERCADOS DAS PCHs**

6. Como elucidado na contribuição da ABRAGEL à CP 33, a produção de energia elétrica a partir de fontes limpas e renováveis, como as Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs e as Centrais Geradores Hidrelétricas – CGHs e as UHEs autorizadas até 50MW, deve ser necessariamente estimulada, nos termos da Constituição Brasileira, considerando os notáveis benefícios ocasionados ao sistema elétrico interligado e ao

meio ambiente². Na realidade, simplesmente *“não se pode deixar de lado o potencial proporcionado pelo desenvolvimento das usinas de pequeno porte (Pequenas Centrais Hidrelétricas - PCH e centrais hidrelétricas autorizadas até 50 MW), com um vasto elenco de empreendimentos ainda não aproveitado e que traz diversos benefícios para a matriz elétrica brasileira, como as sinergias com outras fontes (eólica, biomassa e fotovoltaica) e, principalmente, flexibilidade operativa e de armazenamento no horizonte operativo de curto prazo”*³.

7. Diante das particularidades desses empreendimentos, que produzem simultaneamente benefícios ao meio ambiente e à matriz elétrica brasileira, sobrevieram estímulos para a realização de investimentos nessa fonte limpa e renovável, ainda em 1998, com a publicação da Lei 9.648, que (i) definiu que uma parte do mercado poderia ser atendido apenas por estas fontes alternativas renováveis e (ii) estabeleceu *“percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento), a ser aplicado aos valores das tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e distribuição, de forma a garantir competitividade à energia ofertada pelo empreendimento”*.

8. A lógica adotada na legislação consiste em política pública de Estado legítima, criada no âmbito do programa RE-SEB, com objetivo específico de incentivar as fontes renováveis de energia, protegendo os respectivos investidores contra competição injusta com fontes convencionais amortizadas e altamente subsidiadas no passado pelo Estado. A segmentação do mercado e o desconto no fio buscam, portanto, corrigir distorções e proporcionar um ambiente de melhor competitividade e isonomia entre os participantes, além de contribuir para a diversificação das fontes e, por consequência, a segurança do suprimento.

9. Portanto, na prática, **os incentivos adotados na legislação não foram e não podem ser considerados como uma benesse aos geradores**, como poderia parecer em uma análise rasa do mercado. Pelo contrário, a adoção destes incentivos foi primordial para favorecer a implantação de diversas PCHs no país, que atualmente contribuem com cerca de 5 GW em operação na matriz elétrica, constituindo o pilar econômico

² A Constituição do Brasil estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. De modo bastante específico, em seu capítulo sobre a ordem econômica, a Constituição Federal determina a observância do princípio da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

³ Plano Decenal de Expansão – PDE submetido à Consulta Pública 34/2017, instaurada por esse Ministério de Minas e Energia.

necessário para sustentar a tomada de decisão de investimento nesses empreendimentos e, no caso do desconto funciona como compensação, tendo em vista a redução de perdas e os custos evitados na expansão.

10. Ao alterar a lógica que sustentou decisões de investimento assumidas no passado, sem que sejam oferecidas alternativas para mitigar estes efeitos negativos, corre-se o risco de afetar o equilíbrio econômico dos empreendimentos já em operação comercial, além de prejudicar a viabilização de projetos que ainda aguardam melhor momento para implantação e toda uma cadeia produtiva ligada a esse segmento.

2) **REDUÇÃO DOS LIMITES PARA ACESSO AO MERCADO LIVRE**

11. Não há dúvidas de que a redução dos limites de acesso ao mercado livre traz impactos importantes para diversos segmentos do setor elétrico. A Nota Técnica nº 3/2017/AEREG/SE (NT 3), que subsidiou a CP 33, inter-relacionou o aumento do mercado livre com diversos outros temas, tais como sobrecontratação involuntária decorrente da migração, separação de lastro e energia; descotização e privatização, subsídios às fontes incentivadas.

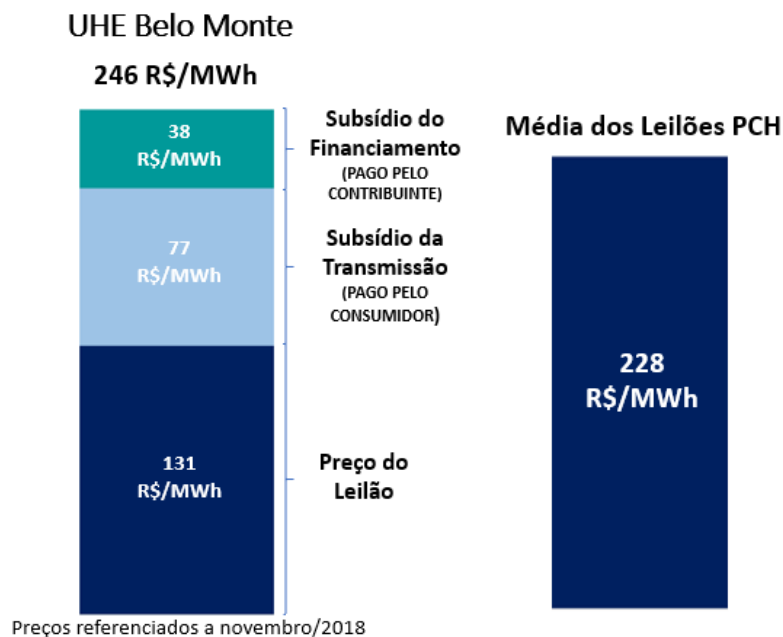
12. Portanto, a Abertura do Mercado neste momento e com debate restrito ao curto período da presente CP contraria a lógica da prudência: tratar todos esses temas de forma concatenada, formando um conjunto orgânico de regras legais e infralegais, para que a transição para um mercado de energia com maior competição seja realizada de forma mais segura possível.

13. Nesse contexto, para que a abertura do mercado livre promova uma competição justa, transparente e isonômica, trazendo benefícios a toda a sociedade, seu início deve ocorrer somente após o estabelecimento das condições necessárias para tal. Logo, a preparação das bases para a abertura do mercado livre deve envolver, ao menos, os seguintes aspectos:

- (i) uma reforma no atual arcabouço de formação de preços, para que os tornem mais críveis e menos voláteis;
- (ii) a regulamentação da definição dos atributos das diversas fontes de geração;

- (iii) a regulamentação dos novos leilões de lastro e (eventualmente) de energia;
- (iv) o fim de subsídios implícitos dados a outros agentes.

14. Em relação a este último item, cabe destacar que atualmente muitos agentes auferem relevantes subsídios implícitos e que, portanto, muitas vezes não são identificados pelos agentes de mercado. A competição direta de tais agentes com geradores que não auferem esses subsídios desequilibra o mercado, não é transparente e é, sobretudo, injusta. Por exemplo, dentre outros possíveis, tem-se o caso das usinas estruturantes, como UHE Belo Monte, que possui subsídios implícitos associados ao sistema de transmissão⁴ e ao financiamento subsidiado⁵ superiores a R\$ 110/MWh, conforme ilustração abaixo:



Fonte: Elaboração própria com dados da CCEE / BNDES / ANEEL.

⁴ Afirma-se na Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE que seriam necessário encerrar com o estímulo consistente no desconto na tarifa de transmissão e/ou distribuição concedido às renováveis para evitar distorções no mercado livre. Contudo, não há qualquer referência ao fato de que foram construídas duas grandes linhas de transmissão para uso exclusivo da energia de Belo Monte, com mais de 2.000 km de extensão, cobrando os respectivos custos, que deveriam ser da Usina, para todos os consumidores e geradores nacionais. Isso sim é subsídio!!! O custo desse subsídio atualizado para junho de 2017 corresponde a uma **tarifa adicional de R\$ 70,83/MWh**.

⁵ As taxas de juros fixas (de 5,5% ao ano) e o prazo de repagamento ofereceram a esse empreendimento condições que os pequenos aproveitamentos certamente não têm, nem mesmo alguns aproveitamentos maiores. Se fizermos a conta com as condições que o BNDES fornece aos investidores e compararmos com as que foram dadas à empresa construtora de Belo Monte, concluiremos que esse subsídio na taxa de juros, bancado pelo Tesouro Nacional e pelo próprio contribuinte, equivale a uma **redução (com base em junho/2017) na tarifa ofertada de R\$ 32,88/MWh**.

15. O mesmo acontece para outras grandes hidrelétricas, em especial para todos os projetos estruturantes e eólicos (com exceção das linhas exclusivas das ICGs) que tiveram obras de transmissão com custos expressivos implantadas exclusivamente para garantir o escoamento da respectiva energia, alocando-se os respectivos custos a todos os demais geradores e consumidores (OBS: no caso das eólicas, não se trata aqui das ICG, mas sim das obras de ampliação e reforço do sistema de transmissão estabelecidas para o escoamento da energia).

16. Esta distorção é agravada frente à abertura do mercado, uma vez que mais do que 30% da energia dos empreendimentos estruturantes – que recém entraram em operação – está descontratada, usufrui de benefícios ocultos e passaria a competir por mercado com as fontes incentivadas, prazo este estimado para que esta energia seja absorvida pelo mercado e considerando que as atitudes tomadas no passado quanto a estes subsídios não mais voltarão.

17. Ademais, até o momento, não se sabe qual a destinação da energia da UHE ITAIPU **após meados de 2023**, quando encerrará o prazo de vigência do o Anexo C do Tratado de Itaipu, sendo possível essa seja destinada ao mercado livre brasileiro. Assim, a disponibilização de um grande bloco de energia ao mercado livre pode tornar o processo de flexibilização dos limites mais impactante aos agentes geradores incentivados.

18. Ressalta-se ainda a postergação do cronograma de redução dos limites do mercado livre é uma medida que ameniza os prejuízos daqueles investidores que fundamentaram sua decisão de investimento no atual arcabouço regulatório do SEB, que tem como um importante atributo o segmento do mercado incentivado para as fontes alternativas de energia. A postergação seria, portanto, uma medida para proteção da legítima confiança que tais empreendedores tinham no atual arcabouço regulatório do setor elétrico.

19. Por fim, quanto ao intervalo de tempo de apenas 6 meses entre a redução de potência de 2.500 kW para 2.000 kW, cabe destacar que é muito reduzido para que se possa fazer uma avaliação do impacto sobre as distribuidoras, consumidores, CCEE e demais agentes envolvidos. Sugerimos, então, dois anos de intervalo para que ocorra a diminuição sugerida, para que as consequências dessa mudança possam ser mesuradas pela ANEEL, quando dos processos de revisão tarifária das distribuidoras.

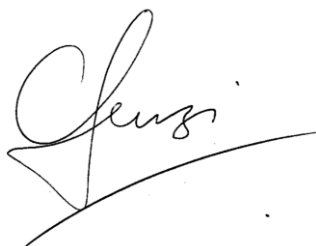
CONCLUSÃO

20. Por todos os aspectos listados acima, a ABRAGEL considera que a edição da Portaria submetida à Consulta Pública n° 63/2018 produzirá indesejável insegurança jurídica nas relações a serem pactuadas com base no ato infralegal ilegal, prejudicando o desenvolvimento equilibrado e sustentável do mercado de energia elétrica, pois a forma juridicamente adequada para alterar, ampliar, restringir ou mesmo extinguir a referida política pública de incentivo às fontes renováveis seria a aprovação de lei pelas duas Casas do Congresso Nacional, com sanção pelo Presidente da República.

21. No mérito, visto que não há proposta concreta para superação dos problemas referidos acima, a ABRAGEL mantém o pleito realizado no âmbito da CP 33, ao entender que ainda há elementos importantes a serem previamente definidos antes da redução dos limites de acesso ao mercado livre, sendo razoável, então, flexibilizar o cronograma para que a abertura do mercado ocorra após 2024, bem como com maior intervalo de tempo entre as reduções previstas, com a finalidade de ter tempo hábil para corrigir tais distorções e assegurar a ampla concorrência.

Certos de sua boa acolhida para com a presente, desde já agradecemos.

Atenciosamente,



Charles Lenzi

Presidente Executivo da ABRAGEL

**DA ILEGALIDADE DA PROPOSTA DA CONSULTA PÚBLICA Nº 063/2018 DE REDUÇÃO DOS
LIMITES DE CARGA DE CONSUMIDOR POTENCIALMENTE LIVRE ESTABELECIDOS NO ART.
15, §3º, DA LEI Nº 9.074/1995 MEDIANTE ATO INFRALEGAL**

POR SOLICITAÇÃO DA ABRAGEL

OPINIÃO JURÍDICA

ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIA

Brasília, 17 de dezembro de 2018

GUILHERME PEREIRA BAGGIO

LUCAS PEREIRA BAGGIO

I- CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA CONSULTA

1. Cuida-se de consulta formulada **em regime de urgência** pela Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (“ABRAGEL”), que representa o interesse de 279 (duzentos e setenta e nove) associados que atuam no mercado de geração de energia elétrica a partir da exploração de potenciais hidráulicos de até 50 MW enquadrados como Centrais Geradoras Hidrelétricas (“CGH”), Pequenas Centrais Hidrelétricas (“PCH”) e Usinas Hidrelétricas (“UHE”). Tais associados comercializam a energia elétrica proveniente de seus empreendimentos:

- (i) no **Ambiente de Contratação Regulada (“ACR”)**, com concessionárias de distribuição, que devem garantir o atendimento à totalidade de seu mercado mediante licitação na modalidade leilão, na forma do art. 2º da Lei nº 10.848/2004; e
- (ii) no **Ambiente de Contratação Livre (“ACL”)**, mediante operações de compra e venda de energia elétrica¹ com (ii.1) consumidores livres, caracterizados como aqueles que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995², ou seja, que tenham carga igual ou maior a 3.000 kW; ou (ii.2) consumidores especiais, considerados como aqueles enquadrados no art. 26, §5º, da Lei nº 9.427/1996, ou seja, que tenham carga igual ou maior a 500 kW, isoladamente ou reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito.

2. A consulta urgente se refere especificamente às regras de contratação no ACL, de modo que, pela legislação vigente, vale destacar que a distinção entre consumidores livres e consumidores especiais reside em que:

- (i) os **consumidores livres**, com carga igual ou superior a 3.000 kW, podem adquirir energia elétrica proveniente de qualquer fonte; e
- (ii) os **consumidores especiais**, com carga igual ou superior a 500 kW e inferior a 3.000 kW, somente podem adquirir energia elétrica, no ACL, de aproveitamentos de potencial hidráulico com potência superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, de empreendimentos com potência igual ou inferior a 5.000 kW e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa com potência injetada no sistema menor ou igual a 50.000 kW.

¹ Intermediadas ou não por agente comercializador.

² Nos termos do art. 15, §§ 2º e 2º-A, da Lei nº 9.074/1995, até 01.01.2019, o acesso ao mercado livre para consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW existentes à época da publicação da referida lei estará limitado àqueles atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, limite que passará a não mais existir a partir da data mencionada. Para novos consumidores (após a lei), o art. 16 dispõe ser de livre escolha daqueles com carga igual ou maior que 3.000 kW, **atendidos em qualquer tensão**, o fornecedor da energia elétrica a ser contratada. Em suma, já existe previsão legal para a extinção do limite de tensão para consumidor potencialmente livre a partir de 01.01.2019.

3. Observa-se que o §5º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996, incluído pela Lei nº 9.648/1998, possibilitou a comercialização, no ACL, da energia elétrica proveniente de fontes renováveis com consumidores com carga inferior àquela estabelecida na Lei nº 9.074/1995 (entre 500 kW e 3.000 kW). Trata-se, pois, de **política pública de incentivo às fontes renováveis instituída por lei**, da mesma forma que o chamado “*desconto no fio*”, também instituído pela Lei nº 9.648/1998, mediante alteração da Lei nº 9.427/1996.

4. Nesse contexto, em 11.12.2018, o Ministério de Minas e Energia (“MME”) publicou a Portaria nº 495/2018, que propõe a modificação das regras de contratação no ACL, conforme disponibilizado no âmbito da Consulta Pública nº 063/2018, com prazo para recebimento de contribuições até 17.12.2018. Segundo a proposta, será publicada uma Portaria pelo MME a fim de reduzir o limite de carga para consumidor livre (arts. 15 e 16) (i) de 3.000 kW para 2.500 kW, a partir de 01.07.2019 e (ii) de 2.500 kW para 2.000 kW, a partir de 01.01.2020.

5. A proposta teria por fundamento o disposto no art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995, que prevê a possibilidade de diminuição dos limites de carga e tensão estabelecidos nos arts. 15 e 16 pelo poder concedente após oito anos da publicação da referida lei.

6. Diante disso, a consulente nos indaga, em regime de urgência, acerca da (i) legalidade da proposta, seja (i) pela possibilidade de redução, por ato infralegal, dos limites de carga, atualmente de 3.000 kW, de consumidor potencialmente livre, estabelecidos nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 seja (ii) pela ótica da competência do MME para emissão da Portaria proposta, como representante do poder concedente. Em outras palavras, nos indaga a consulente se uma Portaria ministerial poderia modificar a política pública de incentivo às fontes renováveis estabelecida em lei posterior (Lei nº 9.648/1998, que incluiu o §5º no art. 26 da Lei nº 9.427/1996).

7. Para responder a indagação formulada, a presente Opinião Legal será estruturada da seguinte forma:

- (i) Dos requisitos de carga para enquadramento como consumidor potencialmente livre estabelecidos pela Lei nº 9.074/1995;
- (ii) Da criação da figura do consumidor especial no bojo da instituição de política pública de incentivo às fontes renováveis pela Lei nº 9.648/1998;
- (iii) Da proposta de Portaria do MME no âmbito da Consulta Pública nº 063/2018;
- (iv) Da ilegalidade da proposta submetida à Consulta Pública nº 063/2018

- a. Da impossibilidade de redução dos limites de carga dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 mediante ato infralegal; e
 - b. Da impossibilidade de representação do poder concedente pelo MME para os fins do art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995;
- (v) Conclusões.

8. Destaca-se, por relevante, que **a presente Opinião Legal não analisará os aspectos materiais da proposta de redução do limite de carga para consumidor livre**. Trata-se, essencialmente, de uma avaliação jurídico-formal, especialmente no que diz respeito à competência legal para a prática do ato, para que se alcance a tão desejada e indispensável segurança jurídico-regulatória, sobretudo em tema dessa magnitude, com significativo impacto para inúmeros agentes do setor.

II- DOS REQUISITOS DE CARGA PARA ENQUADRAMENTO COMO CONSUMIDORES POTENCIALMENTE LIVRES ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.074/1995

9. Na década de 1990, considerando a nova ordem constitucional, o setor elétrico passou por medidas de liberalização do mercado e de redefinição do papel do Estado, que, até os anos anteriores, havia sido o principal responsável pelos investimentos e pela exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, de forma monopolista e verticalizada.

10. Assim, na mesma data de publicação da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175³ da Constituição Federal, foi editada a Medida Provisória 890/1995, que estabeleceu tratamento específico para a indústria da eletricidade. A referida norma foi reeditada sucessivamente, convertendo-se, ao final, na Lei 9.074, de 7 de julho de 1995⁴, publicada no Diário Oficial da União de 08.07.1995.

³ 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:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁴ Reeditada pelas Medidas Provisórias nºs 937, 966, 991, e 1.017, todas de 1995, e esta última foi finalmente convertida na Lei 9.074/1995.

11. O art. 15, *caput*, da referida Lei de Conversão previu que a prorrogação das atuais e as novas concessões seriam feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV⁵. Na forma do *caput*, tais consumidores passariam a poder optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com Produtor Independente de Energia Elétrica (“PIE”)⁶.

12. Além disso, os parágrafos do mesmo artigo previram a redução dos limites de carga e tensão de forma gradativa nos anos seguintes à publicação da Lei nº 9.074/1995 para os consumidores existentes, conforme abaixo:

- (i) Decorridos três anos, os consumidores referidos no artigo passariam a poder estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado, excluídas as concessionárias supridoras regionais (§1º); e
- (ii) Decorridos cinco anos, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV passariam a poder optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizatário de energia elétrica do sistema (§2º).

13. Além disso, o **§3º do art. 15 estabeleceu que o poder concedente poderia diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos nos arts. 15 e 16 após oito anos da publicação da Lei nº 9.074/1995.**

14. O art. 16, por sua vez, estabeleceu para os novos consumidores com carga igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, a livre escolha do fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

15. A alteração mais significativa promovida diretamente nos limites de carga e tensão dos consumidores potencialmente livres dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 sobreveio somente com a edição da Lei nº 13.360/2016, que inseriu o §1º-A no art. 15, *in verbis*:

§ 2º-A. A partir de 1º de janeiro de 2019, os consumidores que, em 7 de julho de 1995, consumirem carga igual ou superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e forem atendidos em tensão inferior a 69 kV poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizatário de energia elétrica do sistema.

⁵ Vale destacar que o art. 15, §6º, assegurou ao fornecedor e aos respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido.

⁶ A figura do PIE foi criada pela própria Lei nº 9.074/1995, conforme art. 11:

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

16. Assim, na forma desse dispositivo legal, os consumidores existentes à época da edição da Lei nº 9.074/1995 com carga igual ou superior a 3.000 kW passam a ser potencialmente livres a partir de 01.01.2019, independentemente da tensão em que são atendidos.

17. Nesse contexto, a partir de 01.01.2019, podem ser caracterizados como consumidores livres ou potencialmente livres aqueles com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, os quais poderão escolher livremente o fornecedor com quem contratarão sua compra de energia elétrica.

III- DA CRIAÇÃO DA FIGURA DO CONSUMIDOR ESPECIAL NO BOJO DA INSTITUIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO ÀS FONTES RENOVÁVEIS PELA LEI Nº 9.648/1998

18. De acordo com o art. 225 da Constituição Federal, *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

19. A adoção de políticas públicas em favor do meio ambiente, considerado direito fundamental de terceira geração, tem sido considerada como um dever do Estado, em todos os seus níveis, para benefício da coletividade. Assim, de modo bastante específico, em seu capítulo sobre a ordem econômica, a Constituição determina a observância do princípio da *“defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”*.

20. Nesse contexto, após a edição da Lei nº 9.074/1995, que trouxe significativas alterações no modelo setorial, foi instituído, em 1996, o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico (Projeto RE-SEB), a fim de dar seguimento às reformas estruturantes do setor elétrico brasileiro, em especial no que concerne (i) a estímulos à concorrência nos segmentos de geração e comercialização, (ii) à desverticalização das atividades, (iii) ao livre acesso dos geradores ao sistema de transmissão e distribuição e (iv) à instituição de um ente regulador e fiscalizador dos serviços e instalações de energia elétrica.

21. Em 27.12.1996, foi publicada a Lei nº 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), autarquia sob regime especial, vinculada ao MME, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade

com as políticas e diretrizes do governo federal. Em seu art. 26, I, a referida Lei previu o regime de autorização para aproveitamentos de potencial hidráulico de potência superior a mil kW e igual ou inferior a dez mil kW, destinado à produção independente⁷.

22. Com o avanço e conclusão dos estudos e análises formulados no âmbito do RE-SEB, sob a coordenação e assessoria da consultoria inglesa *Coopers&Lybrand*, foram promovidas novas alterações significativas no modelo setorial, em especial nas Leis nº 9.074/1995 e 9.427/1996, mediante a publicação, em 28.05.1998, da Lei nº 9.648/1998. Para os fins da presente consulta, vale citar as alterações abaixo resumidas:

- (i) A compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados passa a ser de livre negociação (art. 10 da Lei nº 9.648/1998);
- (ii) É criada a figura do agente comercializador, com atuação no mercado livre de energia elétrica, mediante autorização da ANEEL (art. 26, II, da Lei nº 9.427/1996);
- (iii) O regime de autorização é estendido para aproveitamentos de potencial hidráulico com potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado à produção independente ou autoprodução, mantidas as características de PCH (art. 26, I, da Lei nº 9.427/1996);
- (iv) É atribuído às PCHs (art. 26, I, da Lei nº 9.427/1996) um percentual de redução não inferior a 50%, a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (“desconto no fio”), de forma a garantir a competitividade à energia ofertada pelo empreendimento (art. 26, §1º);
- (v) É possibilitada às PCHs a comercialização de energia elétrica com consumidores cuja carga seja maior ou igual a 500 kW.

23. Observa-se, assim, que, em meio a inúmeras medidas para expansão e liberalização do mercado de energia elétrica, a Lei nº 9.648/1998 procurou assegurar a competitividade da energia elétrica proveniente de PCHs, como medida voltada ao estímulo à geração de energia limpa e renovável. Para tanto, instituiu ao menos três mecanismos mediante alterações na Lei nº 9.427/1996: (i) flexibilização do procedimento de outorga, que passa a ser de autorização, dispensada de licitação; (ii) atribuição de desconto no fio; e (iii) instituição da possibilidade de livre comercialização com consumidores com carga maior ou igual a 500 kW.

⁷ Pela legislação anterior (art. 5º da Lei nº 9.074/1995), a exploração de aproveitamentos de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW era sujeita à outorga de concessão, mediante licitação.

24. Posteriormente, essa rede de proteção e de incentivos foi estendida a outros aproveitamentos e fontes renováveis, conforme resumo abaixo:

(i) **Desconto no fio (art. 26, §1º, da Lei nº 9.427/1996):**

- a. A Lei nº 10.438/2002 determinou a incidência do desconto na produção e no consumo da energia e estendeu sua aplicação a empreendimentos de fontes eólica e biomassa, assim como os de cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, dentro dos limites de potência estabelecidos para PCHs;
- b. A Lei nº 10.762/2003 estendeu o desconto para empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW;
- c. A Lei nº 13.097/2015⁸ promoveu adequações a legislações posteriores, de forma a tornar mais claro o dispositivo;
- d. A Lei nº 13.203/2015 promoveu adequações a legislações posteriores, de forma a tornar mais claro o dispositivo⁹ e estendeu o incentivo à parcela de autoprodução para empreendimentos que entrassem em operação comercial a partir de 01.01.2016; e
- e. Por fim, a Lei 13.360/2015 promoveu novas adequações¹⁰ e fez referência expressa à energia elétrica proveniente de resíduos sólidos urbanos e rurais.

(ii) **Comercialização com consumidores especiais (art. 26, §5º, da Lei nº 9.427/1996):**

- a. A Lei nº 10.438/2002 estendeu o incentivo para empreendimentos a partir de fontes eólica, biomassa ou solar;
- b. A Lei nº 10.762/2003 (i) estendeu o incentivo para empreendimentos com potência igual ou inferior a 1.000 kW; (ii) estabeleceu o limite superior da potência das fontes eólica, biomassa ou solar em 30.000 kW; e (iii) previu a possibilidade de o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando à garantia de suas disponibilidades energéticas, mas limitado a 49% (quarenta e nove por cento) da energia média que produzirem;

⁸ Essa Lei adequou o dispositivo em face de alteração por ela própria promovida no art. 8º da Lei nº 9.074/1995, que ampliou de 1.000 kW para 3.000 kW a potência de referência para dispensa de concessão, permissão ou autorização para exploração de aproveitamentos de potenciais hidráulicos.

⁹ A referida Lei retirou o trecho final do inciso “*comercializada pelos aproveitamentos*”, a fim de referir-se expressamente a toda a energia elétrica produzida.

¹⁰ Essa Lei adequou o dispositivo em face de alteração por ela própria promovida no art. 8º da Lei nº 9.074/1995, que ampliou de 1.000 kW para 5.000 kW a potência de referência para dispensa de concessão, permissão ou autorização para exploração de aproveitamentos de potenciais hidráulicos

- c. A Lei nº 11.488/2007 alterou o limite de “potência instalada” para “potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição” para as fontes solar, eólica e biomassa;
- d. A Lei nº 11.943/2009¹¹ estendeu o incentivo para aproveitamentos de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW, independentemente de ter ou não característica de PCH, e ampliou o limite superior da potência dos empreendimentos com base em fontes solar, eólica e biomassa para 50.000 kW; e
- e. Por fim, as Leis nº 13.097/2015, 13.203/2015 e 13.360/2016 promoveram adequações e ajustes similares aos que foram feitos em relação ao desconto no fio.

25. Desse modo, a redação em vigor dos §§1º e 5º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996 se encontra da seguinte forma:

Art. 26 (...)

§1º Para o aproveitamento referido no inciso I do **caput** deste artigo, para os empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e para aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, conforme regulamentação da Aneel, incluindo proveniente de resíduos sólidos urbanos e rurais, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), a Aneel estipulará percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidindo na produção e no consumo da energia: (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

I – comercializada pelos aproveitamentos; e (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)

II – destinada à autoprodução, desde que proveniente de empreendimentos que entrarem em operação comercial a partir de 1º de janeiro de 2016. (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)
(...)

§5º Os aproveitamentos referidos nos incisos I e VI do caput deste artigo, os empreendimentos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) poderão comercializar energia elétrica com consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW (quinhentos quilowatts), observados os prazos de carência constantes do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme regulamentação da Aneel, podendo o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando à garantia de suas disponibilidades

¹¹ Essa Lei inseriu o inciso VI no *caput* do art. 26, a fim de inserir esses empreendimentos no rol de aproveitamentos sujeitos à autorização da ANEEL.

energéticas, mas limitado a 49% (quarenta e nove por cento) da energia média que produzirem, sem prejuízo do previsto nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

26. Pode-se afirmar, assim, que a Lei nº 9.648/1998 instituiu políticas públicas de incentivo às PCHs, com o objetivo de assegurar a competitividade dessa fonte renovável e limpa em um cenário de competição injusta com fontes convencionais amortizadas e subsidiadas¹².

27. Ademais, as referidas políticas públicas foram ratificadas e ampliadas para aproveitamentos hidráulicos de maior e menor potência e para outras fontes por inúmeras leis posteriores, inclusive mais recentes, que reforçaram a necessidade de assegurar a competitividade das fontes amparadas pelos incentivos legais. Esse foi o entendimento exposto pela Consultante em sua contribuição à Consulta Pública nº 033/2017:

82. Por relevante, cumpre-nos recordar que esses conceitos foram adotados pelos Senhores Pedro Parente, Pedro Malan, José Jorge de Vasconcelos Lima e Sérgio Silva do Amaral, respectivamente, Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Ministro da Fazenda, Ministro de Minas e Energia e Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, todos integrantes do Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, por ocasião da Exposição de Motivos da Medida Provisória 14/2001, posteriormente convertida na Lei 10.438/2002, ao sustentarem à instituição do PROINFA – Programa de Incentivos às Fontes Alternativas, inclusive em um contexto de abertura de mercado.

83. A lógica de estímulos à expansão por fontes renováveis permanece válida, especialmente para PCHs e CGHs. Não sem razão, o estímulo legal à competitividade desses empreendimentos foi preservado em diversas oportunidades, conforme previsto na Lei 10.438/2002, na Lei 10.762/2003, na Lei 11.488/2007, na Lei 13.097/2015, na Lei 13.203/2015 e, recentemente, na recente Lei 13.360/2016.

84. Destaca-se trecho do Relatório da Comissão Mista, de relatoria do Deputado José Carlos Aleluia, exarado no processo de conversão da Medida Provisória 735/2016, ao afirmar que, “para a fonte solar, (...) os incentivos devem permanecer os mesmos, pois tal fonte ainda não apresenta a mesma competitividade das demais. Tratamento similar deve ser dado para os aproveitamentos hidroelétricos de pequeno porte, pois o nosso país possui um enorme potencial que necessita ser explorado e que nos últimos anos perdeu competitividade”.

28. No que concerne ao mercado de energia especial, a política pública fixada em lei restringe somente aos empreendimentos por ela alcançados a possibilidade de celebração de contratos no ACL com consumidores ou conjunto de consumidores em comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW e inferior a 3.000 kW.

¹² Na linha de contribuição apresentada pela Abragel à Consulta Pública nº 033/2017.

IV- DA PROPOSTA DE PORTARIA DO MME NO ÂMBITO DA CONSULTA PÚBLICA Nº 063/2018

29. Como mencionado, em 11.12.2018, o MME publicou a Portaria nº 495/2018, que divulgou para Consulta Pública a minuta de Portaria que visa regulamentar o disposto no art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995, com prazo de contribuições até 17.12.2018. A referida minuta prevê a redução de 3.000 kW para 2.000 kW do limite de carga de que tratam os arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995, para que o consumidor seja enquadrado como potencialmente livre, de forma escalonada, conforme abaixo:

PORTARIA Nº, DE DE DE 2018.

O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o que consta do Processo nº 48300.001446/2018-31, resolve: Art. 1º Regulamentar o disposto no art. 15, § 3º, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com o objetivo de diminuir os limites de carga para contratação de energia elétrica por parte dos consumidores.

§ 1º A partir de 1º de julho de 2019, os consumidores com carga igual ou superior a 2.500 kW, atendidos em qualquer tensão, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo Sistema Interligado.

§2º A partir de 1º de janeiro de 2020, os consumidores com carga igual ou superior a 2.000 kW, atendidos em qualquer tensão, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo Sistema Interligado.

30. Juntamente com a minuta de Portaria, foram disponibilizados (i) o Ofício nº 421, de 04.12.2018, da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), que traz uma avaliação sobre possíveis impactos decorrentes da redução do limite de carga; e (ii) a Nota Técnica nº 18/2018/CGPT/DGSE/SEE, de 07.12.2018, que encaminha a minuta de Portaria e a proposta de abertura de Consulta Pública sobre o assunto. No referido Ofício, a ANEEL informou o seguinte:

2. Ressalta-se, preliminarmente, que unidades consumidoras com carga entre 2 MW e 3 MW já podem ter a energia elétrica adquirida no Ambiente de Contratação Livre - ACL, de modo que a “flexibilização” dos critérios de acesso ao ACL diz respeito tão somente ao tipo de energia que se possa contratar. Esses consumidores, que atualmente só podem adquirir energia no ACL proveniente de fonte especial, passam a acessar a fonte convencional.

3. Destaca-se que essa medida aumenta a oferta de energia para as unidades consumidores com carga entre 2 MW e 3 MW, que poderão adquirir energia proveniente de qualquer fonte, introduzindo novo estímulo a competição, sendo esperada possível redução de preços no ambiente até então restrito às

fontes especiais. O aumento da competitividade poderá ocorrer inclusive no eventual mercado especial remanescente (entre 0,5 MW e 2 MW), podendo-se inferir que parte da energia especial comercializada com consumidores com carga superior a 2 MW passaria a ser comercializada com consumidores com patamares menores de carga.

31. Desse modo, a ANEEL admite e reconhece expressamente os impactos ao mercado atual de energia especial, atualmente restrito a fontes renováveis que são autorizadas a comercializar energia elétrica com consumidores com carga igual ou superior a 500 kW e inferior a 3.000 kW, por força do disposto no art. 26, §5º, da Lei nº 9.427/1996.

32. A ANEEL atesta, ainda, a existência (i) de 1.197 unidades consumidoras no ACR, com uma carga de 874 MW médios; e (ii) 706 consumidores especiais no ACL, com uma carga de 683 MW médios, que seriam atingidos pela flexibilização proposta na minuta de Portaria e, com sua aprovação, passariam a poder adquirir energia convencional.

33. Ao final, a ANEEL conclui ser *“salutar a discussão sobre a ampliação do mercado livre, visando a mais eficiência e competitividade do Setor, que reflita em resultados positivos para os consumidores de energia elétrica”*, bem como destaca ser *“importante que eventuais reduções dos limites para acesso ao mercado livre ocorram de maneira gradual, de forma a minimizar os impactos para os agentes envolvidos”*. Todavia, o regulador não analisa a possibilidade de emissão de Portaria ou outro ato infralegal para tal fim, não avaliando a competência do MME para redução dos limites de carga e tensão previsto nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995.

34. Em complemento, a Nota Técnica nº 18/2018/CGPT/DGSE/SEE apenas relata a instrução do processo e apresenta a minuta de Portaria para Consulta Pública, sem detalhar qualquer manifestação jurídica sobre a proposta. O tópico seguinte terá por escopo exatamente analisar a proposta de Portaria sob o ponto de vista da legalidade.

V- DA ILEGALIDADE DA PROPOSTA SUBMETIDA À CONSULTA PÚBLICA Nº 063/2018

35. Como visto, a proposta submetida à Consulta Pública nº 063/2018 visa reduzir, mediante a emissão de ato administrativo, na forma de Portaria do MME, os limites de carga para enquadramento como consumidor potencialmente livre, utilizando como fundamento o disposto no art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995, *in verbis*:

Art. 15 (...) § 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16.

36. Em relação ao dispositivo transcrito e à proposta da Consulta Pública, ao menos dois questionamentos devem ser feitos sob o ponto de vista da legalidade:

- (i) Diante das políticas públicas às fontes renováveis descritas anteriormente, instituídas por lei posterior, que concedem incentivo na forma de contratação exclusiva com consumidores com carga entre 500 kW e 3.000 kW, há legalidade na proposta de redução, via ato infralegal a ser editado com base no §3º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995, dos limites de carga de consumidor potencialmente livre, de maneira a estabelecer concorrência entre fontes renováveis e convencionais em determinada faixa de carga abaixo de 3.000 kW?
- (ii) O poder concedente a que se refere o §3º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995 pode ser representado pelo MME?

37. São essas perguntas que os tópicos seguintes cuidarão de responder. Antes, porém, cumpre-nos destacar novamente que **a presente análise não envolve a avaliação sobre o mérito da medida proposta na Consulta Pública**. Em outras palavras, esta Opinião Jurídica não pretende analisar os aspectos jurídicos e seus impactos (positivos ou negativos) decorrentes do conteúdo material da proposta de redução do mercado de energia incentivada. A presente avaliação possui caráter jurídico-formal, sobretudo no que diz respeito aos limites de competência do Ministério de Minas e Energia para a edição da respectiva portaria, para que seja alcançada a indispensável segurança jurídico-regulatória.

V.1- Da impossibilidade de redução dos limites de carga dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 mediante ato infralegal

38. De acordo com o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), tem-se que *“a lei posterior revoga a anterior quando (...) seja com ela incompatível”*.

39. No que aqui interessa, como mencionado, leis posteriores instituíram um mercado especial de comercialização de energia para estimular fontes renováveis, de forma que o presente questionamento a ser respondido em relação à legalidade da proposta do MME se refere à possibilidade de um ato infralegal modificar política pública instituída mediante lei posterior à atribuição legal dada ao poder concedente.

40. Recorde-se que a política pública de incentivo às fontes renováveis foi instituída pela Lei nº 9.648/1998, três anos após a entrada em vigor do §3º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995, na forma de três incentivos: (i) flexibilização do procedimento de outorga; (ii) desconto no fio; e (iii) redução dos limites mínimos de carga e tensão para permitir a comercialização de energia elétrica com consumidores com carga igual ou maior que 500 kW e inferior a 3.000 kW.

41. O objeto da presente consulta se refere especificamente ao último incentivo (item iii), o qual, vale repisar, inicialmente concedido a PCHs, foi ratificado e estendido a aproveitamentos hidrelétricos de menor (CGHs) e maior potência (UHEs até 50.000 kW) e a empreendimentos de outras fontes (eólica, solar e biomassa) por inúmeras leis posteriores (Leis nº 10.438/2002, 10.762/2003, 11.488/2007, 11.943/2009, 13.097/2015, 13.203/2015 e 13.360/2016).

42. Todas essas medidas resultaram na **consolidação da política pública de incentivo a fontes renováveis, na forma de um mercado especial de comercialização de energia, reconhecendo a necessidade de manutenção da garantia da competitividade desses empreendimentos, com status de lei ordinária aprovada por ambas as Casas do Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.**

43. Em outras palavras, a legislação posterior à edição do art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995, ao criar o mercado especial para comercialização de energia renovável (por consumidores com carga entre 500 kW e 3.000 kW), revogou, por incompatibilidade, a atribuição conferida pelo dispositivo citado ao poder concedente para reduzir os limites de carga de consumidor potencialmente livre para aquisição de energia elétrica proveniente de fontes convencionais.

44. Vale observar, neste ponto, que todas as alterações promovidas nos limites de carga e tensão posteriores às Leis nº 9.648/1998, seja (i) para modificar a política de incentivos às fontes renováveis; seja (ii) para reduzir os requisitos para os consumidores potencialmente livres existentes à época da publicação da primeira Lei (inclusão do §2º-A no art. 15 da Lei nº 9.074/1995 pela Lei nº 13.360/2016), foram procedidas mediante lei ordinária.

45. O Congresso Nacional, portanto, afirmou e reafirmou a preservação da política pública de estímulo às fontes renováveis, evidenciando a incompatibilidade dessa política pública criada e reafirmada em leis supervenientes com a possibilidade de sua alteração por ato infralegal, tal como consta do art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995.

46. Certamente, não sem razão, tem-se a *“Proposta Compilada de Aprimoramento Contemplando todas as Alterações”* disponibilizada pela Consulta Pública nº 033/2017, que previa a alteração dos

limites de carga e tensão de consumidor potencialmente livre na forma de minuta de projeto de lei ordinária.

47. Nesse sentido, as premissas da proposta discutida na referida Consulta Pública foram incorporadas pelos seguintes projetos de lei atualmente em tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional, ambos em estágio avançado: (i) PLS nº 232/2016, em tramitação perante o Senado Federal; e (ii) o PL nº 1.917/2015, em tramitação perante a Câmara dos Deputados.

48. A edição da Portaria submetida à Consulta Pública fatalmente ofenderá o princípio constitucional da separação dos poderes, mediante invasão de competência do Poder Legislativo por ato infralegal de Ministro de Estado, pois, sem embargo de eventual discussão sobre a proibição de retrocesso em matéria ambiental ou sobre a razoabilidade/proporcionalidade da medida proposta, somente uma nova lei ordinária, também aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional, teria o condão de alterar, especialmente para restringir, a referida política pública.

49. Nesse particular, a proposta de Portaria submetida à Consulta Pública mostra-se manifestamente ilegal, ultrapassando os limites do poder regulamentar atribuído aos Ministros de Estado, pois inova na ordem jurídica de forma contrária ao disposto na Lei 9.427/1996 (*contra legem*). Assim como se verifica no exercício do poder regulamentar detido pelo Chefe do Poder Executivo, a expedição de instruções pelos Ministros de Estado possui limites bastante claros, destinados a evitar indesejáveis alterações do sentido original das leis, dos decretos e dos regulamentos¹³. Sobre o assunto, assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) - PODER REGULAMENTAR SECUNDÁRIO DESVESTIDO DE CONTEÚDO NORMATIVO PRIMÁRIO - (...) O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico

¹³ Vejamos a doutrina de Celso Bandeira de Mello: *“Tudo que se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. (...)*

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portaria ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. 25.ed. p. 364-365.

de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União.

- **As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu**, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência. (...). (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24.11.2006.

50. A principal expressão do princípio da legalidade encontra-se no art. 5º, II, da Constituição Federal, que também elenca esse princípio como um dos que regem a Administração Pública, conforme art. 37:

Art. 5º (...) II - 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:

51. Também a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 2º e respectivo parágrafo único, traz dispositivos com objetivo de garantir a observância do princípio da legalidade:

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; (...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.

52. Nesse sentido, afirma a doutrina:

Com relação aos administrados, o princípio da legalidade os protege pela instituição da referida reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como expresso no referido art. 5º, II, da Constituição¹⁴.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Opus cit.*, p. 86.

53. Em relação ao princípio do paralelismo das formas, em decisão liminar recente concedida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal (“STF”) reconheceu sua aplicação de maneira a não permitir a dispensa de autorização legislativa prévia para o desfazimento de ato cuja prática demandou a aprovação de lei ou autorização legislativa prévia, *in verbis*:

Destarte, a prerrogativa do controle legislativo decorre da relevância atribuída, pela Constituição, aos preceitos imperativos que regem a atuação do Poder Público, conforme art. 173 da Constituição (segurança nacional ou relevante interesse coletivo), bem como o art. 37, XIX, do mesmo diploma, o qual, ao dispor que “*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*”, aplica-se também à alienação do controle acionário por força do princípio do paralelismo das formas¹⁵.

54. Da mesma forma, se a política pública foi instituída por lei ordinária, sua alteração, restrição, ampliação ou extinção somente pode ser procedida mediante lei ordinária ou norma de hierarquia superior. Disso decorre que a alteração da política pública de criação de um mercado especial formado por fontes renováveis instituída pela Lei nº 9.648/1998, e consolidada em inúmeras leis posteriores, mediante ato infralegal (Decreto do Poder Executivo ou Portaria, por exemplo) ofende os princípios da legalidade e do paralelismo das formas, além da hierarquia entre as normas do ordenamento jurídico, consistindo em afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

V.2- Da impossibilidade de representação do poder concedente pelo MME para os fins do art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995

55. No extremo, caso fosse admitida a possibilidade de regulamentação do assunto, ignorando-se a revogação do §3º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995, o instrumento jurídico adequado certamente não seria uma Portaria Ministerial.

56. Nos termos do art. 21, XII, b, da Constituição Federal, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica. Diante

¹⁵ Supremo Tribunal Federal (“STF”). ADI 5.624/DF. Liminar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. 27.06.2018.

disso, pode-se concluir, de forma objetiva, que o poder concedente, em primeira instância, é a própria União, a quem cabe outorgar os serviços e instalações de energia elétrica.

57. Todavia, em face da necessidade de descentralização e “*distribuição do planejamento, da decisão, da execução e do controle administrativos*”¹⁶, determinadas competências podem ser delegadas mediante desconcentração hierárquica, no plano federal, a Ministros de Estados, conforme autorizado pelo art. 87, IV, da Constituição Federal:

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** – sem grifos no original.

58. A doutrina conceitua a desconcentração hierárquica e seus limites da seguinte maneira:

A descentralização hierárquica ou desconcentração é a que se opera pela subdivisão de um ente e direito público ou de um órgão, em entes ou órgãos menores, que mantêm entre si relações diretas de subordinação e de coordenação, visando à especialização de funções e à gradação de responsabilidades entre eles.

As mais importantes figuras da desconcentração hierárquica são os ministérios, no plano federal, as secretarias, nos demais planos federativos, seguindo-se os departamentos, divisões, seções, serviços e outros órgãos, que **podem ser autônomos ou semiautônomos**, com ou sem denominação específica, **embora todos dotados da autonomia administrativa limitada e necessária ao exercício das respectivas competências, de modo a atuar sempre sem ruptura da linha hierárquica central** e sem criação de um novo ente¹⁷ – sem grifos no original.

59. Assim, os arts. 11 e seguintes da Lei nº 9.784/1999 estabelecem as regras para exercício e delegação de competências no âmbito da Administração Pública Federal. Na forma do art. 11, “a

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 135.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Opus cit*, p. 136.

competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

60. Nesse sentido, a competência deve ser exercida pelo órgão a quem foi atribuída originariamente, salvo casos de delegação legalmente admitidos, mediante ato publicado em meio oficial (art. 14 da Lei nº 9.784/1999¹⁸). É nessa medida que a competência representa um dos elementos constitutivos essenciais do ato administrativo, juntamente com a finalidade, forma, motivo e objeto, e sua delegação somente pode ser explícita.

Competência é, portanto, uma expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal, que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos, para executar sua vontade¹⁹.

61. Conforme disposto no art. 87 da Constituição Federal, já transcrito, os Ministros de Estado podem praticar os atos pertinentes às atribuições outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República. Diante disso, pode-se concluir que **o Ministro de Estado de Minas e Energia pode praticar atos pertinentes às atribuições do poder concedente em relação aos serviços e instalações de energia elétrica, desde que outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República mediante ato específico publicado em meio oficial**. Assim, por exemplo, o Decreto nº 7.805/2012, que regulamentou a Medida Provisória (“MP”) nº 579/2012, estabeleceu o seguinte em seu art. 17:

Art. 17. No Setor Elétrico, o poder concedente é representado pelo Ministério de Minas e Energia para os fins do disposto na Medida Provisória nº 579, de 2012, e neste Decreto.

62. Como se pode observar, a norma é expressa no sentido de delegar ao MME a atribuição de representação do poder concedente especificamente para os fins do disposto na MP nº 579/2012 e no Decreto nº 7.805/2012. O mesmo ocorre com a celebração, na outorga de concessões, dos respectivos contratos de concessão de geração de serviço público ou de uso de bem público com os vencedores dos leilões, função atribuída expressamente ao MME, na forma do art. 62 do Decreto nº 5.163/2004, *in verbis*:

Art. 62. O Ministério de Minas e Energia deverá celebrar, na outorga de concessões, os respectivos contratos de concessão de geração de serviço público ou de uso de bem público com os vencedores dos leilões, observado o disposto nos arts. 19 a 21.

¹⁸ Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Opus cit.*, p. 152.

63. Todavia, em relação ao disposto no art. 15, §3º, da Lei nº 9.074/1995, não se identifica qualquer delegação expressa ao MME para o exercício da competência nele prevista, como se pode depreender dos Decretos nº 1.717/1995²⁰ e 2.003/1996²¹, que regulamentaram alguns dispositivos da referida Lei. Desse modo, pode-se concluir que o **MME não detém competência para editar ato administrativo no sentido de regulamentar o referido dispositivo, sendo ilegal a eventual emissão de Portaria que estabeleça a redução dos limites de carga para enquadramento de consumidor potencialmente livre.**

VI- CONCLUSÕES

64. No que diz respeito ao cerne da consulta, pode-se concluir que a minuta de Portaria submetida à Consulta Pública é ilegal, pois:

- (i) o §3º do art. 15 da Lei nº 9.075/1995 foi revogado por incompatibilidade com o disposto no art. 26, §5º da Lei 9.427/1996, que, mediante lei posterior, instituiu política pública de incentivo a fontes renováveis, sucessivamente preservada pelo Congresso Nacional, estabelecendo mercado especial para a comercialização de energia por consumidores com carga igual ou maior que 500 kW e inferior a 3.000 kW; e
- (ii) o Exmo. Ministro de Minas e Energia não detém competência delegada em ato publicado em meio oficial para editar ato administrativo no sentido de regulamentar o art. 15, §3º, da Lei nº 9.075/1995, ainda que tal dispositivo produzisse efeitos no ordenamento jurídico.

65. Sem embargo de eventual discussão sobre o conteúdo material da proposta submetida à Consulta Pública, tem-se que, em face dos princípios da separação dos poderes, da legalidade, da hierarquia entre as normas do ordenamento jurídico e do paralelismo das formas, a modificação da política pública de estímulos às fontes renováveis somente poderia ser procedida mediante lei

²⁰ Estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e dá outras providências.

²¹ Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências.

ordinária, aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Dessa forma, a edição da Portaria submetida à Consulta Pública produzirá indesejável insegurança jurídica nas relações a serem pactuadas com base no ato infralegal ilegal, prejudicando o desenvolvimento equilibrado e sustentável do mercado de energia elétrica.

São essas as considerações sobre o objeto da presente consulta.

Atenciosamente.

Brasília, 17 de dezembro de 2018

Guilherme Pereira Baggio
OAB/DF nº 28.053 e RS nº 46.127

Lucas Pereira Baggio
OAB DF 32.180 e RS 58.408