



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA GERAL ESPECIALIZADA - ANEEL



EM 5 DE JULHO DE 2011.

PARECER N° 0406/2011-PGE/ANEEL

Referência: Processo n. 48500.000582/2008-85

Interessada: Superintendência de Gestão e Estudos
Hidroenergéticos - SGH

Assunto: Nota Técnica n. 221/2011-SGH

Ementa: Potencial hidráulico. Interesse nacional.
Usinas hidrelétricas. Ampliação.
Necessidade de observar o aproveitamento
ótimo. Conceito dinâmico e plural.
Impossibilidade de autorizar ampliação em
desconformidade com o aproveitamento
ótimo.

A Superintendência de Gestão e Estudos Hidroenergéticos - SGH, por meio do Memorando nº 561/2011-SGH/ANEEL, solicita a esta Procuradoria Geral que analise as questões jurídicas existentes no bojo da Nota Técnica n. 221/2011-SGH/ANEEL, referente ao projeto de ampliação da UHE Santo Antônio.

I - DA ANÁLISE

I. 1 Da exploração do potencial hidráulico e o interesse nacional

2. O potencial hidráulico é bem da União¹, e no caso do complexo do Rio Madeira, sua exploração se dá através de contratos de concessão de uso de bem público, na modalidade produção independente de energia elétrica.

3. O produtor independente (PIE) recebe uma outorga para exercer atividade reservada à União², de exploração do aproveitamento energético de um curso d'água, para

¹ CF, "Art. 20. São bens da União: [...]VIII - os potenciais de energia hidráulica."

² CF, Art. 21. Compete à União: [...]XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

(Fls. 2 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

fins de produção de energia elétrica, sendo-lhe assegurado, para tanto, o uso privativo de um bem público, qual seja, o potencial de energia hidráulica.

4. A Constituição Federal, no art. 176, § 1º, determina que o aproveitamento dos potenciais hidráulicos dar-se-á no interesse nacional, mediante autorização ou concessão da União.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

5. Dessa forma, a exploração do potencial hidráulico está adstrita à observância do interesse nacional. Em outras palavras, a autorização ou concessão para exploração do potencial hidráulico não se dá para o atendimento de fins particulares, mas deve ocorrer com respeito à função social estabelecida pela Constituição, qual seja, o interesse nacional.

6. Nesse sentido, cumpre citar a explicação dada pelo Procurador Federal Márcio Pina Marques³ em artigo sobre o uso do potencial hidráulico para produção independente de energia:

Contudo, não se pode descuidar que a exploração do potencial de energia hidráulica não se dá exclusivamente no interesse do particular.

[...]

Percebe-se, portanto, que o próprio constituinte delimitou a função social que deve pautar a exploração do potencial de energia hidráulica: o interesse nacional. Como sabido, toda propriedade tem de atender a função social a que está vinculada, é o que decorre dos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal.

O potencial de energia hidráulica não pode ser analisado sem se observar os retro citados dispositivos constitucionais. Se a função social é atributo inerente a toda e qualquer propriedade, o que se dizer então da função social de um bem de propriedade da União, como é o caso do potencial de energia hidráulica?

Percebe-se que o aproveitamento desses potenciais, ainda quando outorgados a particulares, por meio de contratos de uso de bem público, não podem servir tão-somente ao interesse particular e econômico de seus

³ MARQUES, Márcio Pina. O Uso do Potencial Hidráulico para Produção Independente de Energia Elétrica: uma Concessão Mista para Exploração de Atividade Econômica. In: CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (Orgs.). Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais. Brasília: Ed. UNB, 2010. p. 466-467.



(Fls. 3 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

empreendedores. O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica deve atender também ao interesse da coletividade. [...]

7. O disposto no § 1º do art. 176 da Constituição Federal baseia-se no princípio da supremacia do interesse público, também chamado por parte da doutrina de princípio da finalidade pública. Ele afirma a importância do Estado tutelar direitos difusos e coletivos, através de leis que zelem pela justiça social e pela proteção do bem público. Tais leis – que compõem o Direito Público – trazem em si a diretriz de que se deve proteger o interesse comum em detrimento do individual quando conflitantes.

8. Maria Sylvia Di Pietro⁴, ao tratar do princípio da finalidade pública, dispõe que “da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa”. Mais adiante ela explica:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão.

9. No que se refere à geração de energia elétrica, sabe-se que o interesse nacional consiste em zelar pela segurança energética e modicidade tarifária. Para alcançar tais objetivos, deve-se, em primeiro lugar, cuidar para que os aproveitamentos hidrelétricos sejam explorados em sua potencialidade, respeitando o chamado “aproveitamento ótimo” definido no estudo de inventário apresentado pelo empreendedor e validado pela ANEEL.

1.2 Interesse nacional e a observância do aproveitamento ótimo

10. A questão que ora é posta ao crivo desta Agência tem como base o conceito de aproveitamento ótimo, introduzido no ordenamento pela Lei nº 9.074/95.

11. O aproveitamento ótimo e sua importância foram definidos no art. 5º, §§ 2º e 3º da Lei 9074/95. Abaixo transcrevemos:

§ 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do “aproveitamento ótimo” pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

§ 3º Considera-se “aproveitamento ótimo”, todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

12. Vale ressaltar que o aproveitamento ótimo é um conceito dinâmico, podendo, portanto, ser revisto periodicamente com vistas a incorporar novas condições de contorno existentes; tanto no que diz respeito aos aspectos tecnológicos de geração de energia elétrica, quanto para as questões ambientais e de uso dos recursos hídricos.

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. Ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p.84.



(Fls. 4 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

13. Os estudos de inventário hidrelétrico podem ser definidos como sendo a etapa de engenharia onde se avalia a capacidade de geração hidrelétrica de uma bacia hidrográfica ou rio, por meio de um estudo de divisão de quedas que visa definir o número de aproveitamentos hidrelétricos levando-se em consideração os locais onde os mesmos serão instalados, e que, no conjunto, propiciem o máximo de energia ao menor custo, com o mínimo de impactos sobre o meio ambiente e em conformidade com os cenários de utilização múltipla dos recursos hídricos, caracterizando, assim, o aproveitamento ótimo da bacia ou rio.

14. O aproveitamento ótimo, em uma das suas acepções, significa a maximização da exploração em consonância com a necessidade de preservação do meio-ambiente. A subexploração de qualquer recurso natural vai contra a política ambiental. Embora o ambiente não seja um fim em si mesmo, é razoável que toda vez que nele o homem tenha que intervir, que o faça do modo mais eficaz e, ao mesmo tempo, menos agressivo. O aproveitamento ótimo visa, dentre tantos outros escopos, coibir qualquer forma de subexploração.

15. A SGH, na Nota Técnica n, 221/2011-SGH/ANEEL (fl. 526), destaca que o aproveitamento ótimo é dinâmico, alterando-se periodicamente:

28. Note-se que o conceito de aproveitamento ótimo é dinâmico no tempo e caracteriza-se pelo objetivo de se determinar a máxima produção energética de um potencial hidráulico teórico existente em uma bacia hidrográfica qualquer, atendidas as restrições de caráter sócio-ambiental, de gestão de recursos hídricos, contratuais e regulatórias (legais), as quais, por sua vez, tendem a ser mais restritivas na medida em que se avança no tempo.

16. A necessidade de observância do aproveitamento ótimo seja quando da aprovação dos estudos de inventário, dos estudos de viabilidade, do projeto básico ou da ampliação, já foi exposta em diversos Pareceres desta Procuradoria. Para ilustrar, segue trecho do Parecer n. 107/2011-PGE/ANEEL, no qual se ressalta que poderá ocorrer a revisão dos estudos de inventário, caso os estudos anteriores não reflitam mais o aproveitamento ótimo:

40. Nesse ponto, importante ressaltar que não se está afirmando que os estudos de inventário não devem ser revistos.

41. Pelo contrário. É claro que tal revisão se mostra devida e impositiva quando restar comprovado que os estudos anteriores não mais se compatibilizam com o conceito de aproveitamento ótimo. O que se busca evidenciar é que os estudos aprovados não devem ser alterados por outros que não apresentem melhorias claras e objetivas quando comparados com os primeiros. (grifo nosso)

17. Também no Parecer n. 348/2007-PF/ANEEL, destacou-se a importância dos estudos de inventário contemplarem o aproveitamento ótimo, podendo este último modificar-se, uma vez que é um conceito dinâmico:

(Fls. 5 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

47. Nos termos da Lei nº 9.074/95, nenhum aproveitamento poderá ser licitado sem a definição do aproveitamento ótimo. No inventário, há uma definição prévia do que seria o aproveitamento ótimo, definição esta que resta consolidada nos estudos de viabilidade.

48. O conceito de aproveitamento ótimo, como já afirmado em outros Pareceres, é plural e dinâmico, de sorte que as contribuições no sentido de que a discussão seja a mais ampla possível coaduna-se com as metas setoriais. Nessa medida, permitir o máximo de contribuições corresponde ao intento maior que é a definição de aproveitamento ótimo que a Lei nº 9.074/95 requer.

49. Pode-se objetar no sentido de que se o estudo de inventário é similar ao de viabilidade, qual a razão de um ser sigiloso e o outro não? A um, porque o estudo de viabilidade tem uma acepção plural (tal qual a de aproveitamento ótimo) de sorte que quanto maiores contribuições, maior o prestígio ao interesse público. A dois, porque se haverá licitação após a realização e aprovação do estudo de viabilidade, a única forma de permitir a competição é o acesso de todos aos dados constantes no processo sob pena, repita-se, de que apenas aquele que realizou o estudo de viabilidade tenha reais condições de competir ou como forma de evitar que este entre na competição de forma privilegiada.

50. O inventário, no caso das UHES, não tem como desiderato permitir a realização de certame licitatório e sim a realização do estudo de viabilidade. A definição de aproveitamento ótimo, por seu turno, é prévia e poderá ser modificada posteriormente. E, por fim, a realização do inventário não traz privilégios que lesem a competitividade da licitação a ser realizada após o estudo de viabilidade. (grifos nossos)

18. A SGH, na Nota Técnica n. 169/2008-SGH/ANEEL ressaltou a importância das otimizações dos aproveitamentos, que podem ocorrer na etapa posterior ao estudo de inventário, e que ensejam sua revisão:

11. Outro ponto que necessariamente implica a revisão de inventário refere-se a otimizações no projeto nas etapas posteriores que resultem na alteração do enquadramento do aproveitamento. Ou seja, um aproveitamento que não se caracterizava como PCH no inventário aprovado passa a sê-lo após a realização dos estudos nas fases seguintes, e vice-versa. O mesmo se aplica às CGHs.

[...]

16. Por fim, é importante lembrar que um dos objetivos primordiais de um estudo de inventário, se não o principal, é a definição da partição de queda de um corpo d'água, dentro do conceito de aproveitamento ótimo. Por isso, a ANEEL considera que o tópico mais relevante para justificativa de uma revisão de inventário é a mudança da partição de quedas, com novos aproveitamentos que venham a alterar e/ou interferir na divisão anteriormente aprovada. (grifos no original)

19. Dessa forma, quando a ANEEL promove a análise de um projeto básico de ampliação deve sempre verificar se este obedece ao aproveitamento ótimo.



(Fls. 6 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

20. A Lei 9.427/1996, no seu artigo 26, inciso V, disciplina, mais especificamente, a questão da ampliação das centrais geradoras, instituindo que cabe ao poder concedente, diretamente ou mediante delegação da ANEEL, autorizar os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico. Observa-se aí também a preocupação com o bom uso do bem público.

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar:

[...]

V - os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

21. Pensando em corrigir as situações que implicam prejuízos para o sistema elétrico nacional, e a fim de garantir a observância do aproveitamento ótimo, o legislador criou no § 7º do art. 26 da Lei 9.427/96, hipótese excepcional de prorrogação da concessão para incentivar as repotenciações:

§ 7º As autorizações e concessões que venham a ter acréscimo de capacidade na forma do inciso V deste artigo poderão ser prorrogadas por prazo suficiente à amortização dos investimentos, limitado a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

22. Esta Procuradoria, em diversos pareceres anteriores, em especial no Parecer n. 1074/2010-PGE/ANEEL, manifestou-se contrariamente à ampliação sem a observância do aproveitamento ótimo, uma vez que as outorgas de usinas hidrelétricas possuem como finalidade a exploração do potencial de forma otimizada. O projeto básico de um empreendimento hidrelétrico, seja ele de ampliação ou de construção de uma usina, deve estar em consonância com o aproveitamento ótimo do potencial.

6. A Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração – SCG, no Memorando n. 540/2010-SCG/ANEEL consulta esta Procuradoria sobre a necessidade de a ampliação de centrais geradoras já outorgadas observar o aproveitamento ótimo.

7. Sustenta a SCG que apesar de ser indubitável que as outorgas conferidas a partir da publicação da Lei 9.074/1995 devam necessariamente contemplar o aproveitamento ótimo definido nos estudos de inventário, a ANEEL não possui instrumentos coercitivos para obrigar a concessionária a realizar investimentos na ampliação das hidrelétricas mais antigas que ainda possuam um potencial a ser explorado.

8. Aproveitamento ótimo e sua importância foram definidos no art. 5º, §§ 2º e 3º da Lei 9074/95. Abaixo transcrevemos:

§ 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

§ 3º Considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

(Fls. 7 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

9. Vale ressaltar que o aproveitamento ótimo é um conceito dinâmico, podendo, portanto, ser revisto periodicamente com vistas a incorporar novas condições de contorno existentes, tanto no que diz respeito aos aspectos tecnológicos de geração de energia elétrica, quanto para as questões ambientais e de uso dos recursos hídricos. Contudo, frisamos que todas as etapas subseqüentes de estudos de engenharia devem respeitar as características dos aproveitamentos ótimos definidas no respectivo estudo de inventário em vigor.

10. Os estudos de inventário hidrelétrico podem ser definidos como sendo a etapa de engenharia onde se avalia a capacidade de geração hidrelétrica de uma bacia hidrográfica ou rio, por meio de um estudo de divisão de quedas que visa definir o número de aproveitamentos hidrelétricos levando-se em consideração os locais onde os mesmos serão instalados, e que, no conjunto, propiciem o máximo de energia ao menor custo, com o mínimo de impactos sobre o meio ambiente e em conformidade com os cenários de utilização múltipla dos recursos hídricos, caracterizando, assim, o aproveitamento ótimo da bacia ou rio.

11. Nesse ponto, insta apontar o entendimento de que o projeto básico deve estar em consonância com o estudo de inventário anteriormente aprovado, haja vista que esses estudos representam as diretrizes para o desenvolvimento do projeto básico. De fato, uma das principais exigências normativas para a obtenção de aceite é estar o projeto básico de acordo com aquele estudo, que, por sua vez, foi aprovado por ato administrativo com presunção de legalidade e legitimidade. Sobre o assunto, segue a Resolução/ANEEL n. 343, de 2008:

Art. 10. Para que o projeto básico seja aceito, avaliar-se-á o atendimento ao conteúdo e abrangência de que trata o art. 9º desta Resolução, bem como a compatibilidade com o respectivo estudo de inventário aprovado.

[...]

27. Em suma, entende esta Procuradoria que as outorgas de usinas hidrelétricas possuem como finalidade a exploração do potencial de forma otimizada. Por esta razão, o estudo de inventário é instrumento que vincula o projeto, seja ele de construção ou de ampliação da usina. E que, ao autorizar um empreendimento, a Agência não pode, desmotivadamente, ignorá-lo sob pena de ferir um dos princípios basilares do Direito Administrativo e os regramentos dele decorrentes.

III – CONCLUSÃO

28. Diante do exposto, esta Procuradoria manifesta-se pela impossibilidade de se autorizar a ampliação requerida pela Celesc Geração S.A. para a PCH Pery, já que esta não alcança o aproveitamento ótimo definido nos estudos de inventário.

23. Em suma, entende esta Procuradoria que as outorgas de usinas hidrelétricas possuem como finalidade a exploração do potencial de forma otimizada. Por esta razão, a aprovação de qualquer projeto básico seja ele de construção ou de ampliação da usina, deve observar o aproveitamento ótimo. E, ao autorizar um empreendimento, a Agência não



(Fls. 8 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

pode, desmotivadamente, ignorá-lo sob pena de ferir um dos princípios basilares do Direito Administrativo e os regramentos dele decorrentes.

24. No caso concreto a análise não pode considerar o potencial hidráulico isoladamente, mas sim de forma associada e conjunta, para que se obtenha o aproveitamento ótimo do complexo rio Madeira como um todo.

I. 3 Ampliação e expectativa de direito

25. A lei 9.427/96, no art. 26, V, prevê a possibilidade do Poder Concedente autorizar os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico.

26. Contudo, a ampliação da capacidade geração de um potencial hidráulico, não constitui direito adquirido daquele que o explora, mas mera expectativa de direito. Passa-se à melhor elucidação do tema.

27. A Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Art. 5º

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

28. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Dec-Lei 4657/42, assim define o direito adquirido:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

29. De acordo com as lições de Maria Helena Diniz, "direito adquirido é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem lei nem fato posterior possa alterar tal situação pretérita, pois há direito concreto, ou seja, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato⁵."

30. Por outro lado, a expectativa de direito, constitui "a mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito, por estar na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico. O direito adquirido já se integrou ao patrimônio, enquanto a

⁵ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 184-185.

(Fls. 9 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

expectativa de direito dependerá de acontecimento futuro para poder constituir um direito⁶.

31. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da diferença existente entre direito adquirido e expectativa de direito:

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, QUE DETERMINOU A NÃO PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. 2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Segurança denegada. (MS 26250, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, Dje-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-02 PP-00294)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ELEITORAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECANDIDATURA. DIREITO ADQUIRIDO. DIREITO ATUAL. AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. ARTIGOS 14, § 5º E 128, § 5º, II, "e" DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO SEU TODO. Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que socorre a recorrente é o direito, atual --- não adquirido no passado, mas atual --- a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo artigo 14, § 5º, da Constituição do Brasil. Não há contradição entre os preceitos contidos no § 5º do artigo 14 e no artigo 128, § 5º, II, "e", da Constituição do Brasil. A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 597994, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-10 PP-01931 RTJ VOL-00212- PP-00598)

32. Pode-se afirmar que não há direito adquirido à ampliação da capacidade de geração de um potencial hidráulico, mas mera expectativa de direito, que poderá ser autorizada ou não pelo Poder Concedente.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 186.



(Fls. 10 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

33. Nesse sentido, já se manifestou esta Procuradoria no bojo do Parecer n. 107/2011-PGE/ANEEL:

43. A insurgente alega que a implementação da PCH Guarani inviabilizará o exercício de seu direito de expansão da PCH Salto Voltão previsto no artigo 4º, VIII da Resolução n. 384, de 2000:

Art. 4º Constituem direitos da Autorizada, na condição de Produtor Independente de Energia Elétrica:

[...]

VIII - modificar ou ampliar a PCH, mediante prévia autorização da ANEEL;

44. Desde já, impende mencionar que o direito à ampliação do aproveitamento, embora legítimo, não é absoluto e ilimitado.

45. Com efeito, não há que se afirmar em direito adquirido ao aumento da potência instalada quando tal exercício se chocar com outro direito igualmente legítimo. De fato, quando o direito à expansão de certo aproveitamento entrar em confronto com o direito à exploração de outro potencial hidráulico, há, em verdade, conflito de direitos cuja solução remonta à dogmática constitucional.

46. Nesse sentido, o exercício de determinado direito poderá ser limitado quando constatada a colisão com outro bem jurídico igualmente tutelado. A análise dessa solução deve ser feita à luz das circunstâncias concretas do caso, não havendo, portanto, solução previamente estabelecida para cada caso. Logo, verificado o conflito, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos, devendo-se utilizar como parâmetro o princípio da proporcionalidade.
[...]

35. Em relação ao direito à ampliação, entende-se pela ausência de direito absoluto à expansão da capacidade instalada, que deverá ser analisada à luz das circunstâncias concretas e do conceito de aproveitamento ótimo. (grifos nossos)

34. No caso do produtor independente de energia, na modalidade de concessão de uso bem público, ao participar de leilão de compra e venda de energia com outorga de geração de energia elétrica associada, ele tem assegurado que o Poder Concedente garantirá as condições da proposta, ou seja, que manterá as condições para que a garantia física seja preservada.

35. Vale ressaltar que no caso do complexo Rio Madeira o acréscimo de geração não foi objeto da licitação para outorga da UHE Santo Antônio, nem da UHE Jirau, não havendo que se falar que o aumento de geração pertença a um ou outro concessionário, pois o que existe é mera expectativa de direito a ampliar.

36. E uma vez que o Poder Concedente decida pela possibilidade da ampliação, deverá autorizá-la com o respeito ao aproveitamento ótimo do complexo Rio Madeira como um todo.

37. A ampliação do potencial de geração de um empreendimento hidrelétrico, conforme dito alhures deve observar o aproveitamento ótimo, como forma de expressão do interesse nacional.



(Fls. 11 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

38. Isso significa que a análise realizada pela ANEEL para a aprovação do projeto básico de ampliação está condicionada ao conceito de aproveitamento ótimo, a fim de atender ao disposto no § 1º do art. 176 da Constituição Federal, qual seja, a exploração dos potenciais de energia elétrica em observância ao interesse nacional.

39. Logo, não basta ao concessionário apresentar projeto de ampliação que lhe seja mais vantajoso, uma vez que a utilização do potencial hidráulico não serve aos fins particulares, mas ao interesse nacional.

40. Assim, sob esta perspectiva só resta concluir que o interesse nacional encontra-se atendido quando se obtém do potencial hidráulico o máximo que ele pode produzir, observados os aspectos energéticos, ambientais, hídricos, econômicos e sociais.

41. No caso do complexo do Rio Madeira, o acréscimo de geração objeto da apresentação do projeto básico de ampliação pela SAE, deve ter sua análise conduzida da mesma forma.

42. A aprovação de qualquer projeto de ampliação não visa ao interesse privado, mas deve contemplar o interesse nacional. Ademais, devidamente demonstrada que a ampliação é física e economicamente viável, embora não contemplada quando da realização da licitação, está o agente adstrito ao dever de ampliar, uma vez que explora o potencial no interesse nacional, e este último somente será atendido quando explorado o potencial hidráulico de acordo com o aproveitamento ótimo do potencial.

43. No caso ora em análise, o aproveitamento ótimo, em decorrência de alterações de certas características dos empreendimentos, conforme citado pela SGH, mudança do eixo da UHE Jirau, e posterior estudo de remanso, modificaram o aproveitamento ótimo do complexo Rio Madeira.

44. Isso ocasionou a necessidade de se buscar novamente qual seria o ótimo para o complexo, e a ampliação a ser aprovada terá de levar em conta o novo aproveitamento ótimo do sítio.

I. 4 As restrições contratuais apontadas na Nota Técnica n. 221/2011-SGH/ANEEL

45. A Nota Técnica n. 221/2011-SGH/ANEEL apresentou diversas restrições jurídicas à aprovação do projeto básico de ampliação protocolizado pela concessionária que detém a titularidade da outorga da UHE Santo Antônio.

46. A SGH destaca que a análise do aproveitamento ótimo do complexo do Rio Madeira deve levar em conta não apenas os aspectos energéticos, ambientais, técnicos, econômicos, etc., assim como as disposições e premissas fixadas nos contratos de concessão de cada um dos empreendimentos. Segue trecho pertinente:

32. Concluiu-se que, no âmbito da ANEEL, no exercício da função de gestor dos contratos de concessão em nome do poder concedente, a análise do



(Fls. 12 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

potencial ótimo do complexo dessas usinas passa a ter uma dimensão adicional além das tradicionais econômica, técnica, sócio-ambiental e de recursos hídricos, já consideradas à época do inventário, qual seja, a dimensão contratual, que se caracteriza pelo atendimento às disposições e premissas firmadas nos respectivos contratos de concessão assinados. [...]

[...]

36. Nesse ponto da análise, julgue-se (sic) importante elucidar a questão do aproveitamento ótimo no atual contexto em que se encontram os dois empreendimentos do rio Madeira (Figura 3). Como já assinalado nesta Nota Técnica, ambos os empreendimentos já foram objeto de licitação, cujas concessões, são, portanto, também reguladas pelos respectivos contratos de concessão. Entende-se que esta última condição - a qual é representada pela restrição nº 5 do problema de otimização em tela - distingue claramente o potencial hidráulico de cada uma das duas usinas. Assim, eventuais pleitos de aprimoramento passam a ser considerados localmente, segundo as especificidades de cada projeto, respeitadas as condições de contorno contratuais que zelam pela não intervenção de uma usina sobre o potencial da outra.

37. Assim, pode-se afirmar que, na atual fase de projeto básico, a análise do aproveitamento ótimo do conjunto disposto na Figura 3 não deve, obviamente, se furtar de levar em conta a existência de alguma margem para a maximização do potencial hidroenergético da cascata de usinas, na medida em que são inerentes os avanços na concepção e utilização do potencial quando também se avança na escala temporal de desenvolvimento de cada projeto. Entretanto, deve atentar-se para que esses aproveitamentos respeitem integralmente as condições contratuais que regulam os limites de atuação de cada projeto.

47. A constante preocupação da SGH para que a busca do aproveitamento ótimo observe as restrições contratuais é louvável.

48. Não há dúvida de que as condições contratuais de cada empreendimento devem ser preservadas.

49. Aliás, esta conduta é, acima de tudo, e antes de mais nada, dever da ANEEL, como gestora do contrato. E esta Agência sempre primou e continua zelando da forma mais diligente pelo respeito integral e absoluto dos contratos de concessão.

50. No entanto, a questão posta ao crivo da SGH não diz respeito, essencialmente, às limitações contratuais porventura existentes nos contratos de concessão da UHE Santo Antônio e da UHE Jirau, que pudessem, eventualmente, restringir a aprovação do projeto de ampliação.

51. A análise da área técnica é fundamental e imprescindível para que se apure qual a melhor proposta, sob o ponto de vista técnico, aquela que apresente a máxima exploração do potencial hidráulico, de acordo com o aproveitamento ótimo considerado em seu aspecto dinâmico e plural.

(Fis. 13 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

52. Eventuais condicionantes legais e contratuais podem e devem ser levantadas, a fim de que esta Procuradoria faça a análise e preste o devido suporte jurídico às decisões tomadas no âmbito desta Agência.

53. Assim, a área técnica concluiu que dentre os quadros possíveis de ampliação há aqueles em o ganho adicional é alocado para qualquer um dos concessionários de forma que não interfere no contrato de concessão, não demandando qualquer alteração contratual, nem a necessidade de concordância do outro concessionário. Eis o teor da Nota Técnica n. 221/2011-SGH/ANEEL:

64. Note-se que, em todos os casos analisados, à exceção do segundo, considerou-se que o ganho adicional existente no canal de fuga da UHE Jirau, contabilizado na etapa anterior, seriam passíveis de alocação para qualquer um dos dois interessados. Das alternativas expostas, duas delas não ensejariam alteração contratual ou necessidade de consentimento da outra parte envolvida, que são as duas primeiras opções dispostas. Dentre elas, é notório que a alternativa 1 seria a mais interessante do ponto de vista energético.

54. Em seguida, a SGH analisa as opções que necessitam de ajustes contratuais e/ou entendimento entre os concessionários:

65. Em relação às demais combinações, aquela identificada pelo número 4 não estaria vinculada a uma alteração de regra contratual firmada, pois não envolve modificação de nível operativo já estabelecido. No entanto, far-se-ia necessário indagar à SAE sobre a viabilidade financeira de se instalarem mais 279 MW de potência da UHE Santo Antônio, com uma remuneração baseada em 48 MW médios.

66. Para implementação dos demais casos, faz-se necessária a redefinição da regra operativa pactuada em ambos os contratos e a confirmação da proposta original de investimento da ESBR, a qual consiste em ampliar em mais 450 MW a potência instalada da usina de Jirau. Assim, para atingir-se até 372 MW médios de energia adicional para o SIN, há que se considerar essas condicionantes, quais sejam, da repactuação da regra firmada nos contratos de concessão e a manutenção das propostas iniciais de ampliação nessa nova perspectiva.

67. Reconhecida a existência de combinações de motorização das duas usinas que levam a um produção energética da cascata superior àquelas que consideram a ampliação de ambas isoladamente (ganho sinérgico), essas combinações estariam vinculadas a um entendimento entre as partes (SAE e ESBR) no sentido de prover a necessária compatibilização contratual dessa configuração.

[...]

68. Nesse ínterim, os pleitos de ampliação das usinas do Rio Madeira associados à sobre-elevação da cota operacional do reservatório da UHE Santo Antônio (Projeto Básico Complementar da SAE) levam à maximização da produção energética da cascata, necessitando de ajustes nos contratos firmados com as concessionárias SAE e ESBR para serem viabilizados (ato vinculado). Na hipótese do referido acordo não se concretizar, restam as possibilidades de cada concessionária ampliar suas usinas segundo seus próprios interesses, respeitadas as condições de contorno hoje vigentes, cujas decisões

(Fls. 14 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

possivelmente estão atreladas à mencionada decisão alocativa que será arbitrada pelo MME.

55. A análise realizada pela SGH aponta para o projeto da SAE com alteração da cota operacional do reservatório da UHE Santo Antônio como o projeto que leva à maximização da produção energética da cascata. Porém, segundo a área técnica, há necessidade de ajustes nos contratos firmados pela SAE e pela ESBR.

56. Embora a SGH refira-se, em diversas oportunidades, a alterações ou a restrições contratuais, não aponta, claramente, quais as limitações, ou quais as cláusulas que necessitariam ser alteradas, ou que constituiriam entraves à aprovação do projeto básico complementar de ampliação apresentado pela SAE, de forma a permitir que esta Procuradoria pudesse fazer a análise jurídica adequada.

57. Assim, limitar-nos-emos à análise da possibilidade de alteração da cota do reservatório da UHE Santo Antônio, uma vez que esta alteração foi objeto do projeto complementar apresentado pela SAE.

I. 5 Alteração da cota de operação

58. A cota de operação do reservatório constitui uma das características técnicas do empreendimento da UHE Santo Antônio, de acordo com o item 3.1 do Anexo II ao Edital de Leilão n. 005/2007-ANEEL.

3. Elementos Característicos

3.1. Os Projetos Básico e Executivo da Usina Hidrelétrica deverão obedecer aos elementos estruturantes dos estudos de inventário e viabilidade, relacionados aos aspectos técnicos do aproveitamento hidroenergético e às condições essenciais de segurança do empreendimento:

Empreendimento	Reservatório (m)			Capacidade Mínima Instalada (MW)	Vertedouro Descarga de projeto $T_R = 10.000$ anos (m ³ /s)
	NA Max. Maximorum	NA Max. Normal	NA Min. Normal		
UHE Santo Antônio	72	70	70	3.150,4	84.000

59. O item 12.8.6 do Edital de Leilão n. 005/2007-ANEEL, dispõe que as alterações nas características técnicas da UHE Santo Antônio podem ocorrer após a outorga da concessão, por solicitação da Concessionária ou da Administração.

12.8.6 Alterações nas características técnicas da UHE Santo Antônio somente poderão ocorrer após a outorga da concessão, por solicitação da Concessionária ou da Administração Pública.

60. De acordo com o disposto no item 3.2 do Anexo II ao Edital de Leilão n. 005/2007-ANEEL, essas características devem ser respeitadas pela Concessionária, dependendo, sua alteração, de prévia anuência da ANEEL.



(Fls. 15 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

- 3.2. As características acima listadas devem ser respeitadas pela Concessionária e eventuais alterações dependerão de prévia anuência da ANEEL.

61. No mesmo sentido, a Subcláusula Primeira, da Cláusula Quinta do Contrato de Concessão n. 001/2008-ANEEL.

CLÁUSULA QUINTA

Subcláusula Primeira - A Concessionária deverá apresentar em volumes separados o projeto básico da UHE, conforme item 3.3 do Anexo II do Edital de Leilão n. 05/2007, e o projeto básico das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Usina Hidrelétrica, conforme item 4.3 do Anexo II do Edital de Leilão n. 05/2007, para análise da ANEEL, devendo ser respeitados os elementos a seguir relacionados, os quais caracterizam plenamente a obra a ser desenvolvida e sua alteração dependerá de prévia anuência da ANEEL. (conforme Anexo II do Edital do Leilão n. 05/2007-ANEEL).

- a. Reservatório
N.A. máximo maximorum: 72 m
N.A. máximo normal: 70 m
N.A. mínimo normal: 70 m
- b. Capacidade instalada mínima: 3.150,4 MW
- c. Descarga mínima de projeto do vertedouro: 84.000 m3/s.
- d. Número de unidades: 44

62. Por ocasião da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n. 001/2008-ANEEL, foi adequado o NA Máximo Normal da UHE Santo Antônio de 70m para 70,5 m, em função da revisão de cotas dos marcos do IBGE utilizados na locação do empreendimento.

CLÁUSULA QUINTA

Subcláusula Primeira - A Concessionária deverá apresentar em volumes separados o projeto básico da UHE, conforme item 3.3 do Anexo II do Edital de Leilão n. 05/2007, e o projeto básico das Instalações de Transmissão de Interesse Restrito à Usina Hidrelétrica, conforme item 4.3 do Anexo II do Edital de Leilão n. 05/2007, para análise da ANEEL, devendo ser respeitados os elementos a seguir relacionados, os quais caracterizam plenamente a obra a ser desenvolvida e sua alteração dependerá de prévia anuência da ANEEL. (conforme Anexo II do Edital do Leilão n. 05/2007-ANEEL).

- a. Reservatório
N.A. máximo maximorum: 72 m
N.A. máximo normal: 70,5 m
N.A. mínimo normal: 70,5 m
- b. Capacidade instalada mínima: 3.150,4 MW
- c. Descarga mínima de projeto do vertedouro: 84.000 m3/s.
- d. Número de unidades: 44

63. O edital é o instrumento que rege o procedimento licitatório, vinculando a Administração Pública a seus termos. Pelo princípio da vinculação ao instrumento



(Fls. 16 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

convocatório a Administração e os licitantes estão adstritos aos termos do edital, sendo considerado este, lei entre as partes. Trata-se de princípio essencial cuja inobservância acarreta a nulidade do procedimento licitatório. Dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93 que:

Art. 41 A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

64. Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho⁷:

Edital é o ato pelo qual a Administração divulga as regras a serem aplicadas em determinado procedimento de licitação. Como rara felicidade, HELY LOPES MEIRELLES caracterizou o ato como "a lei interna da concorrência e da tomada de preços", palavras tantas vezes repetidas pelos estudiosos do assunto.

[...]

O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é ato vinculado e não pode ser desrespeitado por seus agentes. Nesse sentido é expresso o art. 41 do Estatuto: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

65. Dessa forma, existe previsão editalícia e contratual que permite a alteração das características técnicas, condicionada à prévia anuência da ANEEL, o que significa que, sob o ponto de vista estritamente jurídico, não há impedimento à alteração da cota de operação NA Maximo Normal, proposta pela SAE para 71,3 m.

II - CONCLUSÃO

66. Diante do exposto, esta Procuradoria manifesta-se pela:

a) necessidade de observância do aproveitamento ótimo no complexo do Rio Madeira como um todo, a fim de aprovar o projeto básico de ampliação que o contemple de forma sistêmica, em respeito ao disposto no § 1º do art. 176 da Constituição Federal e nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei 9.074/95;

b) possibilidade de alteração da cota de operação NA Maximo Normal, proposta pela SAE para 71,3 m, sob o ponto de vista estritamente jurídico, uma vez que há previsão editalícia e contratual que permite a alteração das características técnicas, condicionada à prévia anuência da ANEEL.

67. É o parecer.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 236-237.

Documento Cópia - SICnet



(Fls. 17 do Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL).

68. Assim concluído e fundamentado, submete-se o presente Parecer à consideração do Senhor Procurador-Geral, para que haja, posterior encaminhamento à Superintendência de Gestão e Estudos Hidroenergéticos - SGH.

Brasília, 05 de julho de 2011.

MICHELE FRANCO ROSA
Procuradora Federal

De acordo. Encaminhe-se ao Procurador-Geral.

Brasília, 05 de julho de 2011.

MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
Procurador Federal

Coordenador do Núcleo de Geração

Aprovo o Parecer nº 0406/2011-PGE/ANEEL. Encaminhe-se a Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração - SCG .

Brasília, 05 de julho de 2011.

MÁRCIO PINA MARQUES
Procurador-Geral