

CONTRIBUIÇÃO À CONSULTA PÚBLICA N.º 139, DE 28/10/2022

Processo n.º 48330.000167/2022-89

Sumário. Além da possibilidade de resolução amigável dos CER do PCS, é de Interesse Público que a Portaria Normativa a ser editada como resultado da CP 139/22 contenha a possibilidade de continuidade dos CER com a redução negociada da respectiva inflexibilidade. Conforme detalhado nesta contribuição, (1) há sólido fundamento jurídico de que a redução negociada da inflexibilidade não prejudica qualquer aspecto da licitação do PCS, não abrindo brechas consistentes para questionamentos ou judicialização; (2) a redução negociada da inflexibilidade resultará em expressiva redução de custos ao consumidor; (3) não haverá comprometimento da segurança energética, considerando o cenário hidrológico favorável e a conseqüente desnecessidade de geração inflexível; (4) os geradores do PCS que aderirem à redução continuarão obrigados a manter suas usinas disponíveis para despacho na forma do PCS, preservando-se o valor de seu CVU como parâmetro de classificação na fila de despacho pelo ONS; e (5) como condição à redução negociada da inflexibilidade, propomos que os geradores aceitem limitar sua receita advinda do eventual despacho de suas usinas ao montante a que teriam direito de receber no âmbito do PCS caso tivessem seguido inflexíveis, de modo que o cenário de redução da inflexibilidade nunca venha a se mostrar mais custoso aos consumidores (caso as usinas tenham de ser despachadas) do que o cenário em que a inflexibilidade continuasse tal como está. Em suma, os consumidores auferem todo o benefício financeiro da redução da inflexibilidade, sem qualquer risco de terem de arcar com eventuais custos de despacho que superem tal benefício.

LINHARES GERAÇÃO S.A., inscrita no CNPJ/ME sob n.º 10.472.905/0001-18 (“Linhares”);
POVOAÇÃO ENERGIA S.A., inscrita no CNPJ/ME sob n.º 43.174.526/0001-09 (“Povoação”); e
TERMELÉTRICA VIANA S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 09.043.782/0001-10 (“Tevisa” e,
em conjunto com Linhares e Povoação, “Geradoras”), vêm respeitosamente submeter

CONTRIBUIÇÃO

ao Ministério de Minas e Energia (“MME”), no âmbito da Consulta Pública n.º 139 (“CP 139/22”), instruída conforme a Portaria nº 701/GM/MME, de 27/10/2022 (“Port. 701/22”), e a Nota Técnica nº 24/2022/SE, de 27/10/2022 (“NT 24/22”), quanto à proposta de Portaria Normativa apresentada como anexo à Port. 701/22 (“Proposta”), contendo as diretrizes e condições para a

resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva (“CER”) firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado, de 2021 (“PCS”), conforme se detalha a seguir.

I. Insuficiência da Proposta da CP 139/22 face à determinação do TCU

1. A CP 139/22 é ora realizada como resultado de determinação do Tribunal de Contas da União (“TCU”) para que o MME busque alternativas aos CER do PCS, em vista do atual cenário de desnecessidade da energia elétrica nele contratada. Conforme reporta a NT 24/22 em seus itens 4.1 a 4.5, tal determinação ao MME consta do item 37.1.1 do Relatório de Auditoria nº TC 001.722/2022-0 do TCU (“Relatório TCU”), nos seguintes termos:

“37.1.1. determinar ao Ministério de Minas e Energia para que, no prazo de trinta dias, com base especialmente no seu poder-dever de autotutela, em face, entre outros, da melhoria do cenário hidrológico e dos elevados valores envolvidos, realize avaliação individualizada e conclusiva dos contratos decorrentes do PCS, comparando-se as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de manutenção dos contratos, rescisão unilateral ou solução negociada, indicando objetivamente a melhor solução para cada contrato, considerando impacto nas tarifas no curto, médio e longo prazos e a segurança do fornecimento de eletricidade, levando-se em conta também alternativas que possam substituir o aumento de oferta de energia e potência previstos nos instrumentos (...).” (Grifos nossos.)

2. A seguir, em seu item 4.6, a NT 24/22 registra expressamente que a CP 139/22 foi aberta “*com intuito de atender à referida determinação*” do Relatório TCU.

3. É fundamental destacar, contudo, que a Proposta da CP 139/22 não atende a amplitude da determinação do TCU. Mais precisamente, a Proposta da CP 139/22 limita-se a considerar apenas a possibilidade de rescisão amigável dos CER, enquanto o Relatório TCU requer do MME a avaliação de uma séria de abordagens e medidas.

4. Conforme se extrai do texto do acima transcrito item 37.1.1, o TCU, entre outros aspectos, requer uma “*avaliação individualizada*” dos CER, “*indicando objetivamente a melhor solução para cada contrato*”, sem nenhuma limitação a que tal solução seja a rescisão amigável considerada na CP 139/22.

5. Ao propor a rescisão amigável como única possibilidade, e com aplicação generalizada, sem observância das particularidades de cada CER, a Proposta da CP 139/22 vai em sentido restrito frente ao determinado no Relatório TCU, podendo até impedir que o MME,

ao final, atenda à exigência do TCU de indicar “*objetivamente a melhor solução para cada contrato*”.

6. Em função disso, é indispensável que a Proposta da CP 139/22 seja alterada de modo a atender o exigido pelo TCU e, mais precisamente, de modo a que situações de geradores do PCS que não desejam rescindir seus CER passem por efetiva “*avaliação individualizada*”, com vistas a se indicar, de forma concreta, “*objetivamente a melhor solução*”.

II. Indicando “*objetivamente a melhor solução*”

7. Vagueia a Proposta da CP 139/22 ao buscar listar exaustivamente o que entende por “*melhor solução*” em relação aos CER, sem que antes se tenha promovido a “*avaliação individualizada*” indicada pelo TCU. Agrava-se mais ainda de forma limitante e restritiva quando a lista se resume a apenas uma solução, a da rescisão amigável, a qual sequer é aplicável (ou factível) em todos os casos.

8. Na ordem lógica dos eventos, tal como prevista no Relatório TCU, primeiramente propõe-se realizar a “*avaliação individualizada*” de todos e cada um dos CER, um por um, ponderando-se a situação e as peculiaridades de cada gerador, a economia de cada contrato, as circunstâncias de cada usina. Além do não atendimento amplo ao TCU, a generalização é ineficiente, pois as situações dos vencedores do PCS podem ser – e são mesmo – muito distintas. É somente após essa “*avaliação individualizada*” que poderá emergir, para cada CER, “*objetivamente a melhor solução*”.

9. Uma tal solução, sob pena de se afastar da condição ínsita tanto ao termo “*objetivamente*” quanto ao termo “*melhor*”, deve ser jurídica e tecnicamente factível, aceitável às partes, passível de implementação da forma mais simples e expedita possível e, claro, resultar no maior benefício possível ao interesse público. A possibilidade de rescisão amigável pode até ser tal “*melhor solução*” em alguns casos, mas não em todos.

10. Esta contribuição não pretende propor hipóteses que pudessem atender a condição de “*melhor solução*”. Nossa contribuição é simplesmente no sentido de que o texto da Proposta da CP 139/22 seja revisado de modo a que:

- (a) o MME instrua a Agência Nacional de Energia Elétrica (“Aneel”) a (i) realizar a “*avaliação individualizada*” dos CER e, após isso, (ii) em conjunto com os respectivos geradores, definir “*objetivamente a melhor solução*” para cada CER;
- (b) a rescisão amigável seja referida exemplificativamente como uma das possibilidades de “*melhor solução*”, a ser verificada caso a caso; e
- (c) em razão do disposto nos itens 10.16 a 10.21, 10.26 e 10.30 da NT 24/22, que a possibilidade de redução da inflexibilidade prevista nos CER passe igualmente a ser citada como uma das possibilidades de “*melhor solução*”, a ser avaliada pela Aneel caso a caso.

11. Todas as alterações acima são simples e pontuais. Cabe aqui, porém, fundamentar nossa contribuição prevista na alínea (c) acima, o que fazemos no item III a seguir.

III. Cabimento da redução negociada de inflexibilidade

12. Discordamos do disposto nos itens 10.16 a 10.21, 10.26 e 10.30 da NT 24/22. Tais itens, em resumo, reconhecem os benefícios da redução negociada do montante de inflexibilidade contratado no PCS (e previsto nos CER), mas não admitem que tal redução negociada possa ser considerada como uma possibilidade de solução dos CER. Em outras palavras, a NT 24/22 entende que a redução negociada de inflexibilidade não poderia ser entendida como “*objetivamente a melhor solução*” requerida pelo TCU.

13. Nos exatos termos da NT 24/22, a rejeição da redução negociada de inflexibilidade se daria pelas seguintes três razões:

- (a) **Razão 1 – Não elimina todos os custos do CER:** “*os custos a serem pagos pelos consumidores até o final do período de contratação, mesmo com a redução da inflexibilidade a zero, ainda são expressivos, cerca de R\$ 4,5 bilhões, considerando os 207 MW associados às usinas que entraram em operação comercial.*”;
- (b) **Razão 2 – Afrontaria as regras do PCS:** “*essa alternativa tem como desvantagem o aumento do risco jurídico e regulatório associado ao certame, uma vez que ela afronta as diretrizes do PCS. Isso porque a Portaria Normativa*

nº 24/GM/MME, de 2021, veda a alteração da inflexibilidade da usina após a assinatura do CER. (...) o Edital do PCS, em seu item 14.10, reforçou essa vedação. (...) A redução da inflexibilidade das usinas fragiliza a defesa da União nas disputas judiciais, na medida em que altera as regras do leilão e afronta as diretrizes do PCS. (...) Os resultados da concretização desses riscos são imprevisíveis e podem representar prejuízos para os consumidores ou para a União em valores maiores do que aqueles decorrentes da manutenção dos contratos.”; e

(c) **Razão 3 – Implicaria custos adicionais se as usinas, ao invés de gerar por inflexibilidade, tivessem de gerar por despacho de mérito, recebendo CVU:**

“caso as usinas fossem chamadas a operar, o custo variável seria muito alto (superior a 5.000 R\$/MWh, conforme estimativa média de 5.290 R\$/MWh para o CVU das usinas Povoação 1, Linhares e Viana 1, calculada pela CCEE e apresentada na 269ª reunião do CMSE, de 8 de setembro de 2022), tendo em vista que o CVU é atualizado por índices que refletem a variação dos custos do combustível, hoje em cenário de forte alta em todo o mundo.”.

14. Trataremos a seguir de cada uma das três razões acima listadas, demonstrando sua total inaplicabilidade.

III.1 Efeito da redução negociada da inflexibilidade

15. De modo a acomodar compromissos de *take or pay* e *ship or pay* na aquisição de gás natural, as regras do PCS permitiram aos proponentes declararem suas usinas inflexíveis. No contexto original do PCS, a geração inflexível que daí resultaria era necessária e desejável, notadamente por entrar na base e poupar os reservatórios então exauridos. Verificaram-se, assim, níveis de inflexibilidade altos, mantendo as usinas praticamente em operação permanente.

16. Atualmente, com os reservatórios supreendentemente recuperados, essa geração inflexível tornou-se um ônus, na perspectiva tanto econômica (por representar ao consumidor um custo muito maior do que o da geração hídrica), quanto física (por, no extremo, implicar vertimento de reservatórios). Nesse sentido, desde que os compromissos de *take or pay* e *ship or pay* sejam equacionados na ponta da compra do gás, seria possível reduzir a

inflexibilidade das usinas a zero, eliminando-se integralmente a obrigação de pagamento aos geradores da chamada RFcomb, que passaria a ser zero.

17. Como se sabe, a RFcomb é a parcela do preço pago aos geradores sob os CER com o objetivo exatamente de compensar os custos com aquisição de gás natural para fins da inflexibilidade. Naturalmente, é o consumidor em última instância que arca com a o custo da RFcomb.

18. No contexto atual, zerar a inflexibilidade das usinas do PCS: (i) não altera em nada a segurança do sistema (na medida em que as usinas do PCS permaneceriam contratadas e disponíveis sob os CER); (ii) evita que a geração inflexível das usinas do PCS desloque energia hidráulica, hoje amplamente disponível e com custos muito mais módicos; (iii) imediatamente libera o consumidor do ônus de arcar com a RFcomb; e (iv) contanto que os compromissos de *take or pay* e *ship or pay* sejam equacionados na ponta da compra do gás, não implica custo ou ônus aos geradores.

19. Considerando-se apenas os CER das Geradoras, a liberação da obrigação de pagamento da RFComb, decorrente da redução negociada da inflexibilidade, resulta numa redução de custos da ordem de aproximadamente **R\$ 3 bilhões** ao longo da vigência dos CER.

III.2 Descabimento da Razão 1 contra a redução negociada da inflexibilidade

20. A Razão 1 (item 13(a) acima) se fundamenta em comparação entre a redução negociada da inflexibilidade e a rescisão amigável dos CER, assumindo que tal rescisão se daria a custo zero para a Administração Pública, para concluir que uma tal rescisão negociada seria economicamente mais vantajosa do que a redução negociada da inflexibilidade.

21. O argumento é equivocado. Considere especificamente o caso das Geradoras, na hipótese de não seguirem com rescisão alguma de seus CER. Nesse caso, a comparação correta não seria entre redução negociada de inflexibilidade e a referida rescisão negociada, mas entre redução negociada de inflexibilidade e nada.

22. Diante disso, pouco importa qual poderia ser o benefício econômico associado à rescisão dos CER das Geradoras, pois esse benefício jamais se materializará, na medida em que os CER das Geradoras não forem rescindidos. Importa, sim, o quanto se estaria deixando de economizar caso a redução negociada da inflexibilidade não possa ser implementada. Tal

economia, como se mencionou acima, é da ordem de aproximadamente **R\$ 3 bilhões** ao longo da vigência dos CER das Geradoras.

23. Portanto, em hipótese alguma a Razão 1 poderia ser considerada válida ou aplicável.

III.3 Descabimento da Razão 2 contra a redução negociada da inflexibilidade

24. A Razão 2 (item 13(b) acima) parte do entendimento de que a inflexibilidade assumida pelos vencedores do PCS não seria passível de alteração e, se alterada, poderia suscitar riscos de questionamentos jurídicos (judicialização) contra a Administração Pública.

25. Para sustentar tal entendimento, a NT 24/22, em seu item 10.18, considera que “a Portaria Normativa n.º 24/GM/MME, de 2021, veda a alteração da inflexibilidade da usina após a assinatura do CER”, sendo que tal vedação estaria contida em trecho da referida Portaria Normativa que autoriza os empreendedores a alterar as características técnicas de suas usinas “desde que as modificações não alterem a inflexibilidade da Usina”.

26. De forma análoga, a NT 24/22, em seu item 10.19, considera que o Edital do PCS, em seu item 14.10, reforçou essa vedação ao permitir que um gerador altere as características técnicas de suas usinas “desde que não altere a inflexibilidade”.

27. O argumento sustentando a Razão 2 precisa ser revisado.

28. Em primeiro lugar, e bem ao contrário do que diz a NT 24/22, não há na referida Portaria Normativa n.º 24/GM/MME, de 2021, ou no Edital do PCS, vedação alguma à alteração da inflexibilidade, tal como se a inflexibilidade fosse absoluta, e nunca pudesse ser alterada. O que há, isso sim, é uma condição específica para que empreendedores possam alterar as características técnicas de seus projetos, qual seja, não alterar a inflexibilidade. Isso é facilmente perceptível pelo uso da expressão “*desde que*”, tanto na referida Portaria, quanto no Edital. Num contexto de alteração de característica técnica – que definitivamente não é o caso aqui –, o empreendedor estaria autorizado a fazê-la, desde que sem alteração da inflexibilidade.

29. Mas o ponto é muito mais profundo, e vai muito além. O PCS foi estruturado para contratar usinas que permaneceriam sob disponibilidade para pronto despacho, sendo remuneradas pela chamada RFDemais e, quando despachadas, por CVU. Sem prejuízo disso,

as usinas **poderiam ou não** se declarar inflexíveis. Apenas no caso de virem a se declarar inflexíveis, passariam a fazer jus à já mencionada RFcomb pela geração inflexível efetivamente realizada.

30. Desde que respeitado o compromisso de disponibilidade das usinas, o nível de inflexibilidade poderia ser adotado à sua livre escolha. Todo o regramento do PCS (que não se resume à Portaria Normativa n.º 24/GM/MME, de 2021, e ao Edital do PCS, citados na NT 24/22, mas inclui a MP 1.055/21 e a Resolução CREG n.º 4/21) tinha como pressuposto relevante a disponibilidade, nada impondo ou restringindo quando a níveis de inflexibilidade. Todas essas regras, individualmente e no seu conjunto, sempre visaram à disponibilidade, nada exigindo como compromisso de inflexibilidade.

31. É a efetiva disponibilidade das usinas do PCS, portanto, que constitui princípio absoluto das referidas regras, e que não poderia ser alterado, não a inflexibilidade. Assim, diferentemente do compromisso de disponibilidade, o valor da inflexibilidade no contexto do PCS sempre se tratou de uma conveniência do gerador, podendo ser definido livremente, a seu exclusivo critério.

32. Entendido esse ponto, é preciso reorganizar as premissas, reordená-las na perspectiva correta. Veja: como é possível à NT 24/22 considerar juridicamente possível a rescisão amigável dos CER (em que se estaria abrindo mão justamente do compromisso de disponibilidade, esse sim absoluto), mas ao mesmo tempo entender questionável a redução da inflexibilidade dos CER (que não passa de conveniência relativa do gerador)? Se pode o mais, por pura coerência o menos também pode.

33. E, para não restar qualquer dúvida, reitere-se que no cenário de redução da inflexibilidade, as usinas do PCS permaneceriam integralmente disponíveis para despacho, sem qualquer alteração nesse quesito. Ou seja, a redução da inflexibilidade traria todo o benefício da redução da parcela do RFcomb, ao mesmo tempo em que nada prejudicaria a essência do PCS, pois as usinas não seriam desobrigadas de manterem-se prontas para despacho.

34. Mas há ainda consideração adicional, que não pode passar despercebida. A NT 24/22 indica temer riscos de judicialização associados à redução da inflexibilidade, como se terceiros pudessem questionar brechas deixadas pela medida. É legítima a preocupação, e tudo recomenda que órgãos da Administração Pública sempre ponderem riscos do tipo ao tomarem suas decisões.

35. Tal ponderação, contudo, há de ser objetiva e conclusiva, não meramente teórica ou especulativa. De que brechas se está falando? E quem exatamente poderá delas se valer? Com qual objetivo, com qual causa de pedir? Enfim, não há exatamente mérito apenas em se preocupar com eventual judicialização, mas, isto sim, em ter essas perguntas respondidas.

36. Não constam respostas do tipo na NT 24/22. Ainda assim, é possível aqui se trazer alguma luz, indicar uma saída, demonstrando que tal risco de judicialização é mínimo ou mesmo inexistente. Isso porque o montante de inflexibilidade que os licitantes poderiam declarar (a seu livre critério, como se viu acima) não constituía parâmetro de seleção de proposta na licitação do PCS. Isto é, seu valor, qualquer que fosse, em nada afetaria o critério de classificação dos lances do PCS. Logo, sua alteração agora não alteraria a ordem de classificação dos lances do PCS.

III.4 Descabimento da Razão 3 contra a redução negociada da inflexibilidade

37. A Razão 3 (item 13(c) acima) constitui uma contradição da NT 24/22 no que diz respeito à possibilidade de redução negociada da inflexibilidade. Isso porque, ao contrário das Razões 1 e 2, essa Razão 3 faz sentido. Considerando isso, e possivelmente mais do que qualquer outro ponto da NT 24/22, essa Razão 3 é, em verdade, uma das maiores justificativas para a própria realização da CP 139/22. Antes de servir como óbice à possibilidade de redução da inflexibilidade, essa Razão 3 deve – e merece – ser comentada pela sociedade.

38. Corretamente, a NT 24/22 identifica que a redução da inflexibilidade poderá implicar custos adicionais aos consumidores se as usinas do PCS, que não mais gerarão por inflexibilidade, tiverem de gerar por despacho de mérito, recebendo CVU. De fato, ainda que esse despacho seja mínimo no horizonte do prazo dos CER, o valor será muito mais alto no despacho por mérito do que no despacho por inflexibilidade considerando-se o custo unitário da energia gerada. Em resumo: a expectativa é de gerar pouco (ou nada) no mérito, mas, se e quando gerar, custará mais caro que a geração por inflexibilidade.

39. O ponto é que é possível solucionar essa dificuldade sem prejudicar a possibilidade de redução negociada de inflexibilidade, e tudo em benefício do consumidor. Para tanto, propomos o seguinte:

- (a) os geradores do PCS que aderirem à redução negociada da inflexibilidade de seus CER continuarão obrigados a manter suas usinas disponíveis para despacho na forma do PCS, preservando-se o valor de seu CVU como parâmetro de classificação na fila de despacho pelo ONS e remuneração pela geração em atendimento a despachos do ONS; e
- (b) paralelamente à redução negociada da inflexibilidade, os geradores aceitarão limitar sua receita advinda do eventual despacho de suas usinas ao montante a que teriam direito de receber no âmbito do PCS caso tivessem seguido inflexíveis, de modo que o cenário em que ocorra redução da inflexibilidade nunca venha a se mostrar mais custoso aos consumidores do que o cenário em que a inflexibilidade continuasse tal como originalmente contratada.

40. Acreditamos que a proposta acima endereça de forma suficiente e adequada a preocupação levantada pela NT 24/22 na Razão 3, que deixaria, portanto, de ser um impeditivo à redução negociada de inflexibilidade.

IV. Considerações Finais

41. Por fim, e mesmo que já esteja bem claro na Port. 701/22, na Proposta da CP 139/22 e na NT 24/22, não é demais reafirmar que a redução de inflexibilidade deve se dar por processo negocial, mediante acordo entre as partes, a ser formalizado por aditivo aos respectivos CER, cabendo aos geradores voluntariamente participarem de tal processo.

* * *

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2022.



Marcelo Pedreira de Oliveira
Diretor da Tevisa, Linhares
e Povoação