CONTRIBUIÇÃO ENEL

Consulta Pública Ministério de Minas e Energia 139/2022

Minuta de Portaria Normativa contendo as diretrizes e condições para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva - CER firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado - PCS, de 2021: avaliação dos contratos decorrentes do Procedimento Competitivo Simplificado, de 2021, - PCS e das possibilidades de manutenção dos contratos, rescisão unilateral ou solução negociada.

Sumário

1. Introdução 3

2. Contribuição Enel Brasil 4

2.1. Análise na ótica de planejamento do setor elétrico nacional 4

2.2. Análise dos aspectos jurídicos das alternativas apresentadas 6

3. Considerações Finais 11

1. Introdução

O Grupo Enel Brasil vem, respeitosamente, apresentar suas contribuições à Consulta Pública MME nº 139/2021 e aproveita a oportunidade para parabenizar o Ministério de Minas e Energia pela abertura desta discussão e diálogo com os agentes participantes do setor elétrico, de forma a alcançar a melhor solução aos contratos do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS).

Em outubro de 2021, ocorreu o primeiro Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) com o objetivo de contratar Energia de Reserva de novos empreendimentos de geração de energia elétrica, no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, de forma a garantir maior segurança energética ao SIN até dezembro de 2025.

No âmbito do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) e da Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética (CREG), o PCS fez parte das medidas excepcionais adotadas com o objetivo de garantir a manutenção dos níveis dos reservatórios, de forma a preservar o uso da água, e manter a segurança e continuidade do suprimento de energia elétrica ao longo do período seco de 2021 e dos anos seguintes até 2025.

Contudo, observou-se a expressiva melhora do cenário hidrológico, muito além daqueles previstos nos estudos prospectivos do ONS realizados em 2021, com impactos positivos no armazenamento do SIN, potencializado pelas estratégias operativas adotadas, que permitiram uma melhora significativa das condições de atendimento, e que se refletiu em perspectivas favoráveis para o SIN, garantindo a segurança e continuidade da operação do setor elétrico brasileiro.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) ressaltou que a administração pública, no exercício de seu poder-dever de autotutela, deve realizar avaliação da pertinência da manutenção dos contratos decorrentes do PCS. O argumento do Tribunal é fundamentado na melhoria significativa do cenário hidrológico nacional e no fato do custo total estimado da execução dos contratos ser da ordem de R$ 39 bilhões.

O Tribunal também reconhece que não houve irregularidade na contratação emergencial objeto do PCS, tendo em vista as condições críticas dos reservatórios e a ausência de prognóstico seguro da melhoria da situação de escassez de chuvas, que levaram ao risco de desabastecimento à época.

Contudo, aponta que a mudança na conjuntura energética em comparação com setembro do ano passado, fornece indícios da possibilidade de que os contratos do PCS tenham se tornado antieconômicos. E para isso, o TCU destaca a existência de previsão contratual para a resolução dos instrumentos e indicou a necessidade de reavaliação governamental da pertinência, ou não, da rescisão desses contratos.

Assim, a partir desta breve contextualização, o grupo Enel Brasil apresenta as suas contribuições no sentido de ressaltar a segurança jurídica no setor elétrico e ao mesmo tempo, promover a modicidade tarifária aos consumidores finais.

2. Contribuição Enel Brasil

A contribuição do grupo Enel Brasil está fundamentada em aspectos importantes e complementares ao trabalho da nota técnica nº 24/2022.

No item 2.1, adicionamos sugestões sobre acontecimentos recentes no planejamento do setor elétrico nacional, que podem influenciar a tomada de decisão sobre os contratos do PCS.

Já no item 2.2, apresentamos a nossa avaliação jurídica da alternativa mais indicada para resolução dos contratos, garantindo a segurança dos empreendedores e dos consumidores.

2.1. Análise na ótica de planejamento do setor elétrico nacional

A Nota Técnica MME nº 24/2022 apresenta a mudança na conjuntura energética, por meio da melhoria do cenário hidrológico e outras medidas que poderão ser adotadas para evitar o uso de energia emergencial do PCS, que será mais custosa ao consumidor final até 2025.

Além dessas informações, o grupo Enel gostaria de adicionar novos aspectos regulatórios e do cenário energético internacional relevantes, que deveriam ser apreciados pelo MME na tomada de decisão sobre a proposta de resolução amigável da contratação simplificada:

I. Abertura de Mercado

Recentemente, o MME por meio da portaria nº 50/2022 determinou a liberalização de mercado aos consumidores de alta tensão, com limite inferior de 500kW, permitindo que possam comprar energia elétrica de qualquer supridor. Além disso, o MME está em andamento com a CP nº 137/2022 que trata da abertura de mercado aos consumidores do grupo baixa tensão, já a partir de 2026.

Em 2021, a abertura de mercado não estava considerada no cenário de contratação desta energia emergencial para o ambiente regulado. Nesse sentido, **o grupo Enel avalia como relevante a revisão destes contratos, de forma a minimizar o encargo adicional compulsório aos consumidores.**

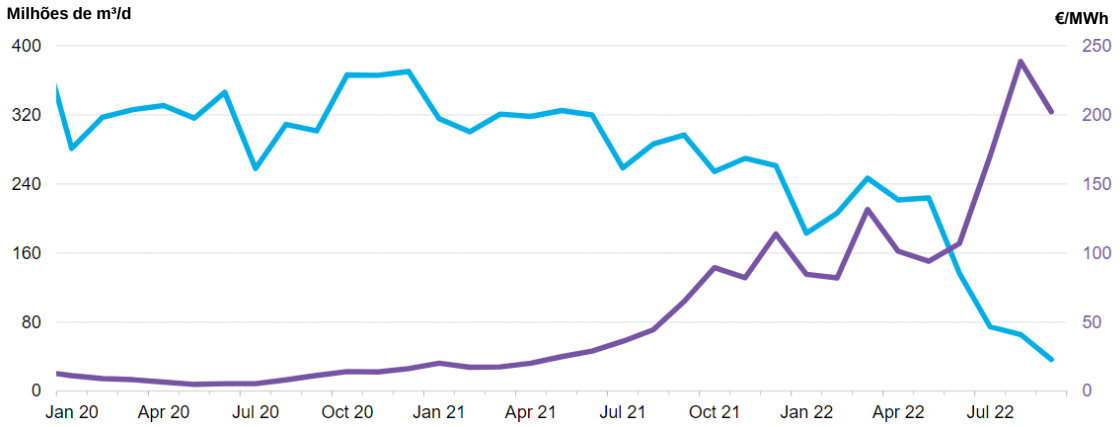
II. Crise Energética Internacional

De acordo com a Agência Internacional de Energia (2022), o mundo vive uma nova crise energética tão significativa quanto os choques do petróleo, que tem como principal causa o descompasso no planejamento energético mundial

frente aos atuais desafios geopolíticos. De um lado, há maior demanda e importação de gás natural pela rápida recuperação da economia no cenário pós pandemia, bem como as sanções geopolíticas do conflito entre a Rússia e a Ucrânia.

Nesse sentido, esses fatores contribuíram na elevação do preço no mercado internacional de óleo e gás, destacando os acentuados aumentos nos contratos de curto e longo prazo dos combustíveis fósseis termelétricos, principalmente do gás natural. Sabendo disso, há movimento estratégico na Europa e no resto do mundo para reduzir a demanda por gás natural, principalmente a exposição em contratos de curto prazo, cujo preço acelerou significativamente neste ano, como pode ser observado no gráfico 1 abaixo.

Gráfico 1. Fluxos de gás russo para a Europa Ocidental e preços do gás na Europa (TTF).



Fonte: BloombergNEF, outubro 2022.

Cabe ainda ressaltar, que esse cenário piorou após a realização do PCS e inclusive há empreendimento que já solicitou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante o aumento dos preços internacionais no cenário de conflito entre Rússia e Ucrânia, como apontado na nota técnica MME nº 24/2022, no item 6.19.

> "6.19. Cabe ressaltar que, em 27 de maio de 2022, a UTE Fênix entrou com Requerimento Administrativo junto à Aneel de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Energia de Reserva firmado no âmbito do PCS. No expediente, a geradora requer "(i) o reequilíbrio econômico-financeiro do CER atrelado à UTE Fênix oriundo do PCS n. 001/2021, a fim de majorar a receita de venda para valor compatível aos atuais custos de aquisição do combustível do empreendimento (cavaco de eucalipto) no cenário pós-guerra; ou (ii) a rescisão amigável do CER, por força da Cláusula 13.1.1. do contrato."

Dessa forma, **o grupo Enel entende como prioritária a rescisão desses contratos, com o objetivo de reduzir a exposição do setor elétrico brasileiro frente à oscilação dos preços no mercado internacional de óleo e gás, o que poderá impactar em significativos aumentos tarifários o usuário final.**

III. Neutralidade Tecnológica e Reserva de Capacidade

Historicamente, o mundo desenvolveu regramentos para atender a contratação de energia, apoiados no desenvolvimento e escolha de determinada opção tecnológica, em detrimento das demais. No caso brasileiro, observa-se isso quando os leilões determinam a tecnologia a ser escolhida, por meio dos contratos de quantidade e de disponibilidade nos ambientes regulado e livre.

Nesse contexto, entende-se por neutralidade tecnológica o ambiente regulatório competitivo que permita a disputa entre todas as tecnologias disponíveis para provimento de determinado serviço energético.

A partir da redução do custo das novas tecnologias e a modernização do setor elétrico, a introdução do mecanismo de neutralidade tecnológica está alinhada com os princípios da equidade e da isonomia desejados pelo TCU, no âmbito do processo de contratação de energia ao país, oferecendo a possibilidade de minimização do custo ao consumidor.

Para que isso ocorra, torna-se fundamental a remoção das barreiras regulatórias a tecnologias específicas, como é o caso do armazenamento, que poderão trazer benefícios para a concorrência e a eficiência do setor elétrico.

Quando se fala em armazenamento, trata-se de conceito amplo que permite a consideração de diversas tecnologias. Nesse sentido, ressaltamos a importância da regulamentação do armazenamento por baterias, para que já possam participar dos próximos Leilões de Reserva de Capacidade na forma de potência, a partir do conceito de neutralidade tecnológica.

Assim, **o grupo Enel reitera a importância da revisão dos leilões de contratação de reserva de capacidade, juntamente do aprimoramento regulatório aos sistemas de armazenamento por baterias nos próximos leilões, resultando em maior eficiência e competitividade setorial.**

2.2. Análise dos aspectos jurídicos das alternativas apresentadas

Conforme apresentado na Nota Técnica nº 24/2022/SE (“NT MME 24/2022”), o TCU, através do Relatório de Auditoria TC 001.722/2022-0 apontou para o fato de que “*a administração pública, no exercício de seu poder-dever de autotutela, deve realizar avaliação da pertinência da manutenção dos contratos decorrentes do PCS*", fundamentada, entre outros aspectos, na melhoria significativa do cenário hidrológico nacional e no fato de o custo total estimado da execução dos contratos ser da ordem de R$ 39 bilhões. O TCU destaca ainda

a existência de previsão contratual para a resolução dos instrumentos, o que, em sua visão, indica a necessidade de reavaliação governamental da pertinência, ou não, da rescisão dos contratos. Determina ainda que sejam analisados de forma individualizada e conclusiva os contratos oriundos do PCS, especialmente quanto às possibilidades de manutenção, rescisão unilateral ou solução negociada de cada contrato.

Nesse contexto, ainda que se incline para a manutenção dos contratos, o MME, em obediência à determinação do TCU, tece uma análise individualizada das opções jurídicas disponíveis para os contratos oriundos do PCS, alcançando o resumo abaixo, disponível na NT MME 24/2022:

ALTERNATIVA	VANTAGENS	DESVANTAGENS	RISCOS
Manutenção dos contratos	Previsibilidade das regras e credibilidade dos investidores nos processos licitatórios do setor elétrico. Preservação da segurança jurídica e da estabilidade das relações contratualmente estabelecidas. Disponibilidade para o sistema elétrico da energia e potência contratadas.	Valores elevados a serem arcados pelos consumidores de energia elétrica, mesmo em condições favoráveis de suprimento.	Deslocamento de despacho de geração mais barata no sistema elétrico.
Rescisão unilateral por inadimplência do vendedor	Redução dos custos do PCS devido ao não pagamento da energia associada aos contratos resolvidos. Recolhimento à CONER das penalidades de multa por resolução contratual.	Indisponibilidade para o sistema elétrico da energia e potência contratadas.	Disputas judiciais decorrentes da rescisão unilateral.
Rescisão unilateral por interesse público	Redução dos custos do PCS para cerca de 30% do total negociado por contrato resolvido.	Pagamento ao vendedor das penalidades de multa por resolução contratual. Indisponibilidade para o sistema elétrico da energia e potência contratadas.	Disputas judiciais decorrentes da rescisão unilateral, inclusive relacionadas a prejuízos de perdas e danos.
Rescisão amigável	Redução dos riscos jurídicos para as partes. Redução dos custos do PCS devido ao não pagamento da energia associada aos contratos resolvidos. Redução dos riscos para o gerador decorrentes da alta dos combustíveis.	Indisponibilidade para o sistema elétrico da energia e potência contratadas.	Ausência de interesse dos vendedores na solução negociada.
Redução da inflexibilidade de geração das usinas	Redução dos custos fixos a serem pagos pelo consumidores. Permanência das usinas em situação de disponibilidade para o sistema.	Desrespeita as diretrizes e o edital do PCS. Custo variável muito alto no caso de necessidade de geração.	Fragiliza a defesa do interesse público em questões judiciais que possam surgir em relação ao PCS.

Desde já, registra-se que ante às alternativas apresentadas, o Ministério de Minas e Energia destacou em sua NT MME 24/2022, que:

> "10.2. O respeito a regras e contratos é princípio basilar da atuação deste Ministério. O estrito cumprimento das diretrizes definidas para o Procedimento Competitivo Simplificado vai ao encontro da previsibilidade das regras e mantém a credibilidade dos investidores nos processos licitatórios do setor elétrico. Dessa forma, a manutenção dos contratos é uma possibilidade que deve estar presente entre as alternativas ofertadas aos empreendedores que se sagraram vencedores do certame e que cumpriram as obrigações pactuadas no contrato.
>
> (...)
>
> 10.4. Nesse sentido, a vantagem da manutenção dos contratos firmados é que ela preserva a segurança jurídica e a estabilidade das relações contratualmente estabelecidas. Isso traz ganhos de longo prazo para o setor elétrico, na medida em que reduz a percepção de risco de investidores. De outra forma, alterações nas regras contratuais definidas podem trazer riscos relevantes para a segurança jurídica e a estabilidade regulatória do setor."

Posição que a ENEL prestigia e endossa. Isto posto, e considerando as demais análises de cunho técnico-comercial realizadas pelo MME, ONS, ANEEL e EPE, a ENEL vem, respeitosamente, apresentar suas considerações:

Inicialmente, parabenizamos o MME pela louvável posição adotada, no sentido de respeito aos contratos administrativos celebrados e preservação da segurança jurídica. É salutar que seja valorizado o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, pois, são estes, direcionadores jurídicos basilares de qualquer ordem normativa civilizada, e, em especial, do Estado Democrático de Direito, como muito bem expõe o mestre J. J. Gomes Canotilho[1]:

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

Tal é a importância do princípio citado alhures que o Ilustríssimo Mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que "o princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgrida, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica." (MOREIRA NETO, 2006, p. 275).

O grupo ENEL, na condição de concessionária de distribuição de energia elétrica que preza pela modicidade tarifária, sempre com o intuito de entregar ao consumidor a tarifa mais justa e adequada, permitindo o amplo acesso à energia elétrica. E, tendo isso em vista, compreende-se a delicadeza da questão sob análise, uma vez que há, aparentemente, uma colisão entre a necessidade de entregar os preços mais módicos e a preservação da segurança jurídica.

Contudo, dos estudos feitos, a premissa de que haveria de se sacrificar um princípio em prol de outro, não se verifica, como já assim se posicionou o MME ao apresentar a solução que se mostra como a mais equilibrada: a de prioritariamente respeitar a segurança jurídica, preservando-se os contratos, abrindo para os geradores adimplentes a oportunidade de rescisão amigável, bem como, de resilir os contratos em que os geradores estão inadimplentes, conforme as normas jurídicas aplicáveis. A combinação destas duas soluções permitirá uma relevante redução dos custos oriundos das contratações do PCS, bem como, respeitará o ordenamento jurídico estabelecido.

A rescisão unilateral dos contratos com fundamento no interesse público, embora possível, não se mostra como a melhor das opções, conforme muito bem pontuado pelo MME. Isto porque, deve se avaliar os custos indiretos de tal ato,

[1] Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 256.

como a representatividade desta conduta para os administrados e os custos indenizatórios. A quebra da segurança jurídica advinda desta opção, além de ferir o direito, e gerar o dever de pagamento de multa pela Administração, ainda acabará por desencadear custosas disputas judiciais sobre as perdas e danos sofridas pelos geradores e que deverá ser indenizada pela União e/ou consumidores, além disso, dar-se-á um péssimo sinal para os investidores que verão nesta solução verdadeiro indicativo de aumento do risco de investimento no País.

Fato é que, nos termos do art. 79 da Lei Geral de Licitações (Lei 8666/93), a rescisão do contrato administrativo pode ocorrer de três formas diferentes: unilateral, amigável ou judicial. Entretanto, como ponderado alhures, a rescisão unilateral gerará, conforme estabelecido na Lei nº 8.666/1993 o dever de ressarcimento de todos os danos que restarem comprovados pelo contratado. Nisto estão englobados os danos patrimoniais, lucros cessantes ou qualquer outra modalidade de lesão que o contratado consiga comprovar, o que gera insegurança, inclusive para a Administração, tendo em vista, não ser possível calcular previamente e com precisão o *quantum* indenizatório a que possam fazer jus os geradores.

Para os casos dos empreendimentos que não entraram em operação comercial nos prazos acordados, a rescisão unilateral dos contratos firmados em decorrência do PCS tem previsão na Cláusula 10ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 12ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica. Conforme ponderado pelo MME, a rescisão desses contratos reduz os custos do PCS, devido ao não pagamento da energia associada aos contratos resolvidos. Além disso, o recebimento das multas aumenta os recursos da Conta de Energia de Reserva – CONER, trazendo benefícios para todos os consumidores de energia elétrica.

Para a alternativa mencionada acima, a Administração encontra resguardo na Lei Geral de Licitações, e no contrato firmado com os geradores, assim, dentro de seu poder-dever de preservação do interesse público, pode conduzir o processo de rescisão unilateral do contrato, devendo para tanto respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, e do regular processo administrativo que embase a referida decisão. Não restam dúvidas quanto ao fato de que a inexecução parcial ou total do contrato administrativo dá ensejo à possibilidade de sua rescisão, bem como, à aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8666/1993. Uma vez que a Administração comprove o inadimplemento do contrato, a multa e a rescisão se mostram regulares porque prevista na legislação específica e no instrumento firmado entre as partes.

A opção de redução da inflexibilidade de geração das usinas, conforme muito bem exposto na NT MME 24/2022, fere a diretrizes do edital do PCS. Assim, adotar essa opção coloca a Administração em posição vulnerável, tendo

em vista que constituir-se-á ato ilegal, que ferirá a segurança jurídica e o princípio da vinculação ao ato editalício, ademais, o próprio contrato firmado entre as partes veda esta opção. Embora não ponderado na NT MME 24/2022, há a opção de celebração de Termo Aditivo para alterar as regras contratuais relativas à redução de inflexibilidade, contudo, tal alternativa esbarra em três questões, duas de ordem técnico-jurídica e uma de ordem econômica.

Juridicamente, para a adoção dessa alternativa, mostra-se necessário a concordância da outra parte (vedada a alteração unilateral), minimizando os riscos contratuais, contudo, ainda com a concordância da contraparte, poder-se-ia questionar a legalidade da avença, tendo em vista a vedação prevista no edital. No que se refere à questão econômica, temos que a diminuição dos custos fixos, pagos pelos consumidores através da redução da inflexibilidade, pode gerar um custo variável mais alto caso seja necessário acionar essas usinas apesar da situação mais confortável no sistema, o que afeta a viabilidade econômico-financeira desta alternativa.

Assim, para os casos em que seja inviável a rescisão amigável ou unilateral, a redução da inflexibilidade se mostra como alternativa subsidiária para a questão, benéfica para as partes e para o setor elétrico, mas com riscos que precisam ser mitigados. Portanto, **o grupo ENEL entende que essa opção precisa ser discutida de forma mais aprofundada, analisando-se os contornos jurídicos, econômicos e técnicos, verificando-se a conveniência e oportunidade desta flexibilização. Assim, sugerimos que este aspecto seja analisado de forma pormenorizada em uma segunda fase desta consulta pública.**

Por fim, conforme pontuado pelo MME:

> "Diferentemente da alternativa de redução da inflexibilidade de geração, a rescisão dos contratos não afronta os princípios do certame nem as regras contratuais. O mecanismo da rescisão, seja amigável seja unilateral, tem amparo jurídico tanto no Código Civil quanto na Lei nº 8.666, de 1993, que rege os contratos da administração pública."

E:

> "10.24. Como vantagens da rescisão amigável: (i) o consumidor deixaria de pagar os custos da geração contratada no PCS; (ii) o gerador não teria mais a obrigação de entregar a energia negociada; e (iii) os riscos de disputas judiciais seriam minimizados. A desvantagem, assim como na possibilidade de rescisão unilateral, seria a indisponibilidade para o sistema elétrico da energia e potência associadas a esses contratados, o que pode ser mitigado por outras medidas, como explicado na Seção 8."

A opção de rescisão amigável é a que apresenta maior segurança jurídica tanto para a Administração quanto para o gerador, e, consequentemente, para todo o setor elétrico. Assim, **o grupo Enel recomenda que ao se adotar o caminho do consenso, o MME prestigie a autonomia da vontade das partes e o princípio da confiança, permitindo que os interessados em rescindir os presentes contratos se manifestem no devido processo administrativo, viabilizando uma rescisão com menor impacto e maior benefício mútuo.**

3. Considerações Finais

A partir das recentes mudanças estruturais apresentadas no cenário energético nacional e internacional, o grupo Enel entende a necessária avaliação dos contratos do PCS.

Dessa forma, sobre a escolha dos instrumentos legais a serem utilizados para resolução desses contratos, o Grupo Enel entende que deve ser priorizada a segurança jurídica do setor e modicidade tarifária ao consumidor. Para isso, sugerimos a adoção das seguintes medidas na ordem de prioridade indicada abaixo:

1) Rescisão amigável dos contratos entre as partes.
2) Rescisão unilateral dos contratos, com pagamento das respectivas multas.
3) A Enel entende que, para os casos em que seja inviável a rescisão amigável ou unilateral, a redução da inflexibilidade se mostra como alternativa subsidiária para a questão, benéfica para as partes e para o setor elétrico, mas com riscos relevantes. Portanto, a ENEL entende que essa opção precisa ser discutida de forma mais aprofundada, analisando-se os contornos jurídicos, econômicos e técnicos, verificando-se a conveniência e oportunidade desta flexibilização. Assim, sugerimos que este aspecto seja analisado de forma pormenorizada em uma segunda fase desta consulta pública.

Por fim, reafirmamos o nosso compromisso de contribuir com o avanço do setor elétrico brasileiro e ficamos à disposição do MME para eventuais dúvidas e esclarecimentos a respeito desta contribuição.