

Carta ABCE 023/2022

São Paulo, 25 de novembro de 2022

## **MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA**

**Ref.: Contribuição à Consulta Pública nº 139/2022 (“Consulta Pública”) - Portaria nº 701/GM/MME de 27.10.2022 (“Portaria MME 701”)**

Prezados Senhores,

A Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica - ABCE, com 86 anos de existência, é a mais antiga associação do setor elétrico, única a congregar concessionárias públicas e privadas de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica e possui relevante interlocução perante os poderes públicos, na busca por equilíbrio entre os agentes do setor, disponibilidade energética, preços compatíveis, preservação da concorrência, com sustentabilidade, respeito ao meio-ambiente e segurança jurídica.

Nesse sentido, a ABCE vem, respeitosamente, apresentar a presente contribuição à Consulta Pública objeto da Portaria MME 701, que traz diretrizes para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva (“CER’s”), firmados em decorrência do 1º Procedimento Competitivo Simplificado, estabelecido pela Portaria Normativa MME nº 24, de 17.09.2021, que foi realizado em 25.10.2021, para aquisição de energia elétrica (“PCS”).

A contribuição da ABCE à Consulta Pública decorre da preocupação com a preservação, no setor elétrico, de um ambiente de negócios propício a investimentos, o que somente se alcança quando há segurança jurídica, respeito a contratos e confiança nos atos da administração pública.

Segurança jurídica e respeito a contratos reduzem o risco e atraem investimentos indispensáveis neste setor nevrálgico da infraestrutura, que é base não só do crescimento econômico, mas também indutor de bem-estar social e de cidadania.

Em um ambiente de insegurança, os investimentos até podem ocorrer, mas a custos muito maiores, realizados por investidores que optam por maior risco para terem maiores retornos, o que pode penalizar o consumidor final, em prejuízo da sociedade, pois o risco elevado sempre é precificado e incluído no custo do empreendimento.

A participação da ABCE nesta Consulta Pública também deveu-se à preocupação com a redução de lastro, ou com a perda de potência, que o setor elétrico tem experimentado, decorrente do exponencial, apesar de correto e necessário, crescimento da geração de energia com base em fontes renováveis, especialmente solar e eólica.

Nesse sentido, o PCS contribui para a geração de energia firme, despachável, que confere lastro e segurança energética ao sistema elétrico brasileiro. O PCS foi concebido e considerado relevante pelo MME, em meio à pior crise hídrica da história nacional, para se evitar o caos e os prejuízos incomensuráveis que adviriam de um racionamento.

Assim como o PCS, outras medidas corajosas, apesar de polêmicas e impopulares, foram adotadas à época, como foi o caso do despacho contínuo da integralidade do parque gerador térmico brasileiro durante todo o período úmido, algo que jamais havia sido adotado, mas que promoveu a recuperação dos reservatórios das hidrelétricas e afastou o risco de racionamento neste ano de 2022 e possivelmente nos próximos anos.

Por obra da natureza, com a qual não se pode contar para prever, gerir e tomar decisões no setor elétrico, as quais devem ser conservadoras em vista dos graves impactos na sociedade, o período úmido entre final de 2021 e início de 2022 foi bastante favorável, o que contribuiu ainda mais para recuperação dos reservatórios.

Porém, deve-se evitar agir como “engenheiro de obra pronta”, para não se criticar, *a posteriori*, após passadas as condições críticas, decisões tomadas em um cenário de crise. Qualquer avaliação de uma decisão deve considerar a situação e as condicionantes que se apresentavam no momento em que foi tomada.

Diante das considerações acima, a ABCE elogia a iniciativa do MME, de propor a Consulta Pública para avaliar contribuições à minuta de portaria trazida com a Portaria MME 701, a qual concebe a possibilidade de resolução amigável dos CER's. Por ser amigável, a segurança jurídica e o respeito aos contratos estarão assegurados.

Contudo, a ABCE entende possíveis aprimoramentos à minuta da portaria, em vista da litigiosidade advinda do PCS, em vista de atrasos na entrada em operação comercial de usinas, as quais discutem perante a ANEEL a ausência de responsabilidade pelos atrasos. Vale ressaltar que um ambiente de litigiosidade também não é propício a investimentos, por sugerir ausência de segurança jurídica.

Além do exposto, a minuta da portaria autoriza a resolução amigável apenas aos empreendimentos em que “não tenha sido caracterizada nenhuma das hipóteses de resolução” descritas nos CER’s, perdendo-se, assim, a oportunidade para reduzir ou encerrar os litígios em curso.

Nesse sentido, sugere-se que, além da hipótese de resolução amigável, a portaria preveja a possibilidade de negociação dos CER’s, para manutenção de sua vigência, desde que em benefício do consumidor e observado o interesse público, o que, por exemplo, poderia ser alcançado com a negociação da inflexibilidade ou dos prazos constantes dos CER’s ou mesmo do preço da energia.

Não seria razoável descartar usinas que já estejam prontas, algumas em operação, nas quais foram investidos montantes vultuosos, e que conferem lastro, potência e energia firme ao sistema elétrico. Até porque a atual situação favorável dos reservatórios das hidrelétricas pode não se verificar em um futuro próximo.

Da mesma forma, o texto constante da minuta da portaria não esclarece se seriam elegíveis à resolução amigável aquelas usinas cujo atraso na entrada em operação comercial ainda esteja em discussão em processos administrativos ou judiciais e, portanto, em relação aos quais ainda não tenha sido definida a responsabilidade pelo atraso.

Caso a decisão administrativa ou judicial seja pela ausência de responsabilidade pelo atraso da usina, conhecida como excludente de responsabilidade, em decorrência de eventos de caso fortuito, força maior ou por ato da administração pública, a usina não teria incorrido em descumprimento contratual, hipótese em que seria elegível para a resolução amigável prevista na minuta da portaria.

Isto posto, a ABCE apresenta como contribuição as seguintes sugestões de alteração na minuta da portaria, abaixo evidenciadas na cor vermelha:

“MINUTA DE PORTARIA NORMATIVA Nº /GM/MME, DE DE DE 2022

O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 3º-A, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, no Decreto nº 6.353, de 16 de janeiro de 2008, no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, na Portaria Normativa nº 24/GM/MME, de 17 de setembro de 2021, e o que consta do Processo nº 48330.000167/2022-89, resolve:

Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Portaria, as diretrizes e condições para a resolução amigável **ou a negociação** dos Contratos de Energia de Reserva - CER firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado - PCS, de 2021, realizado em 25 de outubro de 2021.

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, na qualidade de gestora dos CER firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado de 2021 - PCS 01/2021-ANEEL, poderá resolver **ou negociar as condições** dos referidos Contratos de forma amigável, desde que:

I - no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação desta Portaria, o vendedor apresente à ANEEL o Termo de Aceitação de Resolução ou de Negociação Amigável, conforme modelo em Anexo;

II - não tenha sido caracterizada **em caráter definitivo, por decisão final nas esferas administrativa, arbitral e/ou judicial, quaisquer nenhuma** das hipóteses de resolução descritas 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; e

III - sejam realizados todos os pagamentos e recebimentos declarados como devidos pelas Partes **por decisão final nas esferas administrativas, arbitral e/ou judicial**, conforme as disposições estabelecidas no respectivo CER e na liquidação financeira relativa à contratação de energia de reserva, inclusive no que se refere às penalidades por não entrega de energia apuradas até a data do distrato **ou do aditivo contratual que for celebrado**.

IV – a **negociação das condições do CER poderá abranger o prazo de entrada em operação comercial, a inflexibilidade contratual, o prazo de vigência contratual, desde que não seja necessária a alteração de características técnicas das usinas em decorrência da negociação e haja o benefício da redução, ao consumidor final, do custo total da energia proveniente das usinas que forem objeto de negociação, em observância ao interesse público.**

§ 1º A resolução amigável **ou a negociação que for consumada** terá caráter irrevogável e irretratável e desobrigará as Partes do pagamento da penalidade de multa **por atrasos** ou por resolução contratual prevista na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 13ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica.

**§ 2º A resolução amigável será objeto de distrato e as condições negociadas será objeto de aditivo aos CERs.**

§ 3º A resolução do contrato não libera as partes dos direitos e obrigações assumidos até a data do distrato, **com exceção do pagamento de qualquer penalidade, que deixará de ser devida.**

§ 4º A negociação do contrato disporá sobre os direitos e obrigações assumidos pelas partes até a data do aditivo contratual.

Art. 3º A resolução amigável **ou a negociação** de que trata o art. 2º não se aplica aos casos em que já tenha sido caracterizada, **por decisão final e irrecorrível nas esferas administrativa, arbitral e/ou judicial**, quaisquer das hipóteses de resolução descritas 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, para os quais se aplica a resolução por descumprimento de obrigação contratual, com o consequente pagamento pelo vendedor da penalidade de multa por resolução prevista na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 13ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

## ANEXO II

### TERMO DE ACEITAÇÃO DE RESOLUÇÃO **OU DE NEGOCIAÇÃO** AMIGÁVEL

A (pessoa jurídica), inscrita no CNPJ sob o nº (00.000.000/0000-00), com Sede em (endereço completo), representada na forma de seu estatuto social, doravante designada simplesmente VENDEDORA, por este instrumento e na melhor forma de direito, resolve firmar o presente TERMO DE ACEITAÇÃO DE RESOLUÇÃO **OU DE NEGOCIAÇÃO** AMIGÁVEL DO CONTRATO DE ENERGIA DE RESERVA - CER Nº XXX/21 PRODUTO 2021-XXX, nas seguintes condições:

1. A VENDEDORA reconhece que a resolução **ou a negociação amigável** tem caráter irrevogável e irretroatável e desobrigará as partes do pagamento da penalidade de multa por resolução contratual prevista na Cláusula XXª do CER, sendo condicionada a:

I - apresentação à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL deste TERMO DE ACEITAÇÃO, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da Portaria Normativa nº XX/GM/MME, de XX de novembro de 2022;

II - não ter havido a caracterização, após decisão final **nas esferas administrativa, arbitral e/ou judicial**, de qualquer das hipóteses de resolução descritas na Cláusula XXª do CER; e

III - realização de todos os pagamentos e recebimentos declarados como devidos pelas partes **por decisão final nas esferas administrativas, arbitral e/ou judicial**, conforme as disposições estabelecidas no CER e na liquidação financeira relativa à contratação de energia de reserva, inclusive no que se refere às penalidades por não entrega de energia apuradas até a data do distrato **ou do aditivo contratual que consubstanciar a resolução ou a negociação**.

2. A VENDEDORA está ciente de que a resolução do contrato não libera as partes dos direitos e obrigações assumidos até a data do distrato.

3. A VENDEDORA está ciente de que o aditivo contratual que consubstanciar a negociação disporá sobre os direitos e obrigações assumidos pelas partes até a data do aditivo contratual, permanecendo vigentes e inalteradas as demais condições do contrato não alteradas expressamente pelo aditivo.

4. A VENDEDORA, em caráter irrevogável e irretratável, renuncia ao direito de questionar, no âmbito da justiça comum ou arbitral, as condições, os procedimentos, os direitos e as obrigações estabelecidos no Contrato de Energia de Reserva - CER objeto do distrato amigável **ou do aditivo que for celebrado**, inclusive no que se refere a prejuízos de perdas e danos.”

São essas as contribuições da ABCE, que respeitosamente pedimos sejam consideradas por V.Sas., no intuito de aprimorar a proposta de portaria apresentada com a Portaria MME 701.

Cordialmente,



**Alexei Macorin Vivan**  
**Diretor Presidente**