



Niterói, 16 de outubro de 2019

Consulta Pública MME 085/2019 - Contribuições ENEL

Revisão da Garantia Física de Energia de Usinas Despachadas Centralizadamente: contribuições sobre medidas de curto prazo

A Consulta Pública MME 85/2019, divulgada por meio da Portaria MME nº 346, de 10 de setembro de 2019, ("CP 85/2019") tem por objetivo propor medidas de curto prazo, bem como cronograma de execução, voltadas à realização de revisões de Garantia Física ("GF") de energia de usinas despachadas centralizadamente. Para subsidiar a CP 85/2019, o MME apresentou a Nota Técnica Nº EPE-DEE-RE-046/2019-r2 ("*Revisão da garantia física de energia das usinas despachadas centralizadamente: Contribuições sobre Medidas de Curto Prazo*") ("NT"), elaborada pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE.

Em síntese, esta NT propõe as seguintes recomendações para revisão das GF de todas as usinas hidrelétricas e termelétricas despachadas centralizadamente:

- Revisão excepcional de GF no 1º trimestre de 2020, com validade em janeiro/2021;
- Revisão do Decreto 2.655/1998, de forma a possibilitar a extrapolação dos limites de 5% e 10% e a redução do período de validade e de eficácia de cada valor publicado;
- Posteriores revisões ordinárias anuais de GF;
- Considerar revisão dos critérios de suprimento, em consonância com os trabalhos decorrentes do grupo de trabalho de modernização do setor elétrico (GT-Modernização), instituído por meio da Portaria MME nº 187, de 4 de abril de 2019;
- Considerar aperfeiçoamentos metodológicos do modelo Newave, aprovados pela CPAMP;
- Endereçar medidas de reequilíbrio econômico-financeiro dos agentes geradores;
- Prezar pelos consumidores; e
- Resguardar a estabilidade jurídico-regulatória.

No intuito de contribuir para o tema, a ENEL apresenta a seguir suas considerações ao exposto na Nota Técnica Nº EPE-DEE-RE-046/2019-r2.

1. Considerações

a. Preservação da segurança jurídica e respeito ao Decreto 2655/1998

A manifestação do MME, como apontado no item c deste documento, já indica que o respeito aos contratos e aos direitos já estabelecidos é uma premissa do MME, o que é premissa do ordenamento jurídico brasileiro, conforme estabelecido no art. 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Lei esta que determina que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, e a ENEL entende que a revisão extemporânea da GF e além dos limites estabelecidos pela legislação vigente quando da tomada de decisão dos investimentos em empreendimentos de geração com despacho centralizado, feriria a segurança jurídica das relações entre os agentes setoriais e o poder concedente.

A segurança jurídica é premissa da Lei 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, como demonstrado na exposição de Motivos da MP 144, origem desta lei, que dispunha que *“devem ser observados os seguintes pressupostos: **respeitar os contratos existentes; minimizar os custos de transação durante o período de implantação; evitar pressões tarifárias adicionais para o consumidor e criar ambiente propício à retomada de investimentos. Com isso, assegura-se a normalidade do processo e garante-se a desejada segurança jurídica.**”*, e cláusula pétrea da Constituição Federal, que determina, em seu art. 5º, que trata dos direitos fundamentais, em seu inciso XXXVI, que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

O desrespeito aos limites de revisão de GF física estabelecidos no Decreto 2655/1998 para geradores hídricos, a criação de revisão de GF para geradores termelétricos, não existente à época da concessão de tais empreendimentos, bem como a extemporaneidade de tais revisões, afetarão não apenas os agentes e investidores que confiaram no ordenamento da época, inclusive para fins de financiamentos, mas também terceiros com os quais estes tenham celebrado contratos de compra e venda de energia.

O artigo 21 do Decreto 2655/1998 instituiu que, a cada usina hidrelétrica, será correspondido um montante de energia assegurada (hoje denominada de GF, em razão do Decreto 5163/2004) que constitui o limite máximo de contratação de energia associada ao empreendimento. A GF de uma usina corresponde à fração a ela alocada da garantia física total do sistema que, por sua vez, corresponde à quantidade máxima de energia que o sistema pode atender a um dado critério de suprimento.

O Decreto 2655/1998 ainda definiu que a GF (até então energia assegurada) alocada a cada usina hidrelétrica será revista a cada 5 anos ou na ocorrência de fatos relevantes, denominadas, respectivamente, de revisões ordinárias e extraordinárias. Essas revisões não poderão implicar em redução superior a 5% do valor estabelecido na última revisão e devem ser limitadas, durante todo o período de concessão da usina, a no máximo 10% da garantia física original.

Em maio/2017, respeitando os limites definidos pelo Decreto 2655/1998 e após realização de revisão ordinária de GF, o MME publicou a Portaria 178/2017, que definiu os novos valores de GF das usinas hidrelétricas despachadas centralizadamente, com vigência a partir de janeiro/2018. De forma a viabilizar esta revisão ordinária, durante o período entre 2015 e 2017

foi formado um grupo de trabalho, composto por diversos agentes de mercado com profundo conhecimento no tema, que contou com diversas reuniões e consultas públicas, aprimorando-se assim, de forma ampla e transparente, o critério de cálculo e revisão da GF. Um trabalho que se estendeu por quase 3 anos.

Dado que a GF de um empreendimento corresponde ao limite máximo possível de comprometimento dessa usina com contratos de venda de energia, atrelada ao fato da revisão ordinária de GF ocorrida em 2017, vigente a partir de janeiro/2018, é fundamental que os direitos definidos pelo Decreto 2655/1998 sejam respeitados (tanto os períodos para realização de revisões ordinárias quanto os limites aplicados a cada revisão).

Essas revisões de GF podem trazer impactos positivos ou negativos para os agentes de geração, principalmente no que se refere às posições contratuais das usinas. Nesse ponto, é exatamente o Decreto 2655/1998 que (i) garante segurança jurídica e estabilidade regulatória para a fonte hídrica, (ii) possibilita a tomada de decisão para investimentos atrelados às estratégias comerciais de médio e longo prazo, (iii) delimita os riscos a serem tomados pelos agentes e investidores e (iv) permite a valoração econômico-financeira dos empreendimentos de geração.

Do ponto de vista da distribuição, mesmo entendendo que este seja mais um esforço que o MME está travando com o objetivo da Modernização do Setor Elétrico, convergindo em melhoria contínua de questões de sobrecontratação, existe um ponto de reflexão que seria o impacto que esta alteração poderia ocasionar nas distribuidoras que não se encontram sobrecontratadas, haja vista o tempo viável para adequação contratual das mesmas.

Assim, a desconsideração dos limites estabelecidos e/ou revisões ordinárias extemporâneas de GF, em períodos inferiores a 5 anos, podem gerar prejuízos inestimáveis aos empreendimentos, inclusive com alto risco de uma nova onda de judicialização no setor, pois ferem os princípios técnicos, jurídicos e regulatórios estabelecidos à época da tomada de decisão pelos investimentos realizados.

Impacto que seria percebido não só pelos geradores, mas oneraria também os consumidores finais com o reflexo da revisão dos montantes físicos nos preços da energia. Ou seja, com essa proposta de redução de garantia física além dos percentuais no Decreto nº 2.655/1998, os custos associados aos contratos de compra e venda poderiam ser ainda mais agravados. Impactos estes que não deveriam ocorrer, afinal as distribuidoras, para a compra de energia, ainda que exerçam a função de repasse dos custos aos consumidores, possuem alinhamento com o regulador quanto à busca de não onerar o consumidor final quando da alteração de procedimentos e regras vigentes.

Portanto, destacamos a importância de que os prazos legais sejam respeitados e que a próxima revisão ordinária de GF ocorra a partir de janeiro/2023.

Aqui, cabe ainda pontuar que, em 13 de março de 2018, o MME publicou a Portaria nº 86/2018, que define os “dez princípios das ações governamentais”, buscando traduzir espécie de pilares fundamentais a serem observados pelas instituições de Governo / Estado em todos os processos de definição de políticas públicas no setor elétrico brasileiro:

1. Respeito aos direitos de propriedade, respeito a contratos e intervenção mínima;
2. Meritocracia, economicidade, inovação e eficiência (produtiva e alocativa, do curto ao longo prazo) e responsabilidade socioambiental;

3. *Transparência e participação da sociedade nos atos praticados;*
4. *Isonomia;*
5. *Priorização de soluções de mercado frente a modelos decisórios centralizados;*
6. *Adaptabilidade e flexibilidade;*
7. *Coerência;*
8. *Simplicidade;*
9. *Previsibilidade e conformidade dos atos praticados; e*
10. *Definição clara de competências e respeito ao papel das instituições.*

Dessa forma, nos parece que os princípios grifados acima deveriam de ser inobservados para que a normatização das medidas propostas pudesse ser implementada.

b. Atualização de dados e parâmetros técnicos

A Nota Técnica Nº EPE-DEE-RE-046/2019-r2 argumenta que a proposta de revisão excepcional é para “solucionar a questão do desequilíbrio entre a soma dos certificados em vigor (total de lastro comercial) e a quantidade de energia que o sistema consegue suprir, atendendo um dado critério de garantia de suprimento, considerando tanto empreendimentos hidrelétricos quanto termelétricos despachados centralizadamente”.

Contudo, a própria NT cita que “a avaliação do critério de suprimento e a reavaliação da metodologia de garantias físicas são aspectos explicitamente relacionados com os eixos temáticos propostos ao Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 187/2019, responsável pelo desenvolvimento de propostas de modernização do setor elétrico”.

Ainda, reconhece que “como a revisão dos critérios de suprimento é o primeiro passo para a evolução estrutural da metodologia de definição de lastro das usinas, atualmente representada pela GF, a discussão de medidas de curto prazo poderia, nesse momento, dividir esforços com medidas mais estruturais e, por consequência, comprometer o sequenciamento adequado para a efetiva implementação das medidas de modernização”.

Por fim, a NT cita o Plano de Ação para Revisão Ordinária de GFE de Hidrelétricas – ROGFE. Plano este, estabelecido junto ao TCU, em resposta ao Acórdão 1.631/2018, para estabelecimento de marcos para a revisão dos dados necessários para as análises e cálculos da próxima revisão ordinária de GF das usinas hidrelétricas, com previsão de término até 2023. Dados os marcos estabelecidos pelo Plano de ação para a próxima revisão ordinária de GF, a NT da EPE opina que “quaisquer novas publicações e estudos de revisão de garantia física de empreendimentos hidrelétricos anteriores a esta data ainda não conseguiriam considerar dados atualizados no nível pretendido para a próxima ROGFE”.

Isto posto, a proposta de revisão excepcional de GF não solucionaria o desequilíbrio entre a soma dos certificados (total de lastro) e a quantidade de energia que o sistema consegue atender, justificado pelo reconhecimento da própria EPE de que estão em andamento discussões no GT-Modernização quanto aos critérios de suprimento e atualização dos

parâmetros técnicos, conjunturais e estruturais, inerentes ao processo de revisão de GF de usinas hidrelétricas despachadas centralizadamente, previstos para serem concluídos até a próxima revisão ordinária em 2023.

Além disso, um tema dessa magnitude demandaria de maiores reuniões técnicas e participações públicas dos agentes setoriais, que, assim como na revisão ordinária de GF ocorrida em 2017, precisa ser amplo, transparente e eficiente.

c. Manifestação do MME posterior à abertura da Consulta Pública MME 085/2019

Posteriormente à abertura da CP 85/2019, em 25/09/2019 o MME publicou nota em seu sítio eletrônico quanto à NT para esclarecer *“que o respeito aos contratos é uma premissa do MME e que não há qualquer discussão para desconsiderar contratos firmados. O intuito é assegurar que quaisquer que sejam as revisões propostas nas garantias físicas, os direitos já estabelecidos sejam mantidos, inclusive mantendo-se o caráter opcional à adesão às alterações porventura propostas”*.

A ENEL entende que a nota publicada em 25/09/2019 aumentou o nível de incertezas e preocupações dos agentes já expostos nessa contribuição. Ainda que seu conteúdo tivesse sido incluído inicialmente na NT, isso demandaria avaliações técnicas com detalhamento da proposta quanto às condições que seriam apresentadas aos agentes para a opção pela adesão e suas implicações. Mesmo assim, não estariam afastados os riscos de distorções no MRE como um todo, caso a adesão fosse verificada majoritariamente por usinas com possíveis aumentos de GF. A eventual opcionalidade continuaria violando um direito estabelecido pelo Decreto 2.655/1998 e poderia agravar o desequilíbrio entre a soma dos certificados (total de lastro) e a quantidade de energia que o sistema consegue suprir, distorcendo ainda mais o real objetivo de uma revisão de GF.

2. Conclusões

Com base em todo o exposto, a ENEL contribui no sentido de recomendar a manutenção do cronograma atualmente previsto para a revisão ordinária de GF das usinas hidrelétricas despachadas centralizadamente em 2023 e o pleno atendimento ao estabelecido no Decreto 2.655/1998, de modo a resguardar a segurança jurídico-regulatória hoje prevista na legislação em vigor e nos contratos de compra e venda de energia elétrica dessas usinas.

Para que até 2023 os modelos e dados de entrada necessários para as análises e cálculos da próxima revisão ordinária de GF estejam finalizados e os critérios e parâmetros técnicos das usinas estejam atualizados, recomenda-se a suspensão da proposta colocada no âmbito dessa Consulta Pública e a criação de um grupo de trabalho com agentes e órgãos do setor, a exemplo do que foi feito na revisão de GF realizada em 2017, para que a futura revisão ordinária ocorra por completo e reflita as reais necessidades do setor elétrico.