



Contribuições de FURNAS à Consulta Pública nº 085/2019

1 *Introdução*

Por meio deste documento apresentamos as contribuições de FURNAS à Consulta Pública nº 85/2019, que trata da proposta de Revisão da garantia física de energia das usinas despachadas centralizadamente, apresentada na Nota Técnica nº EPE-DEE-RE-046/2019-r2.

Inicialmente gostaríamos de parabenizar este Ministério de Minas e Energia e a equipe técnica das demais instituições envolvidas pelos esforços que vem sendo aplicados para a modernização do Setor Elétrico.

A seguir apresentamos nossas constatações quanto a proposta em tela.

No item 2 apresentamos um histórico da criação das regras atuais que regem os cálculos e revisões das Garantias Físicas, bem como destacamos os benefícios que tais regras trouxeram para a expansão da matriz de geração de energia.

No item 3 apresentamos nossas considerações sobre itens específicos da Nota Técnica em consulta e no item 4 as considerações sobre a facultatividade de adesão às novas regras de revisão de Garantia Física.

No item 5 apresentamos os aspectos jurídicos das alterações pretendidas pelo Governo.

Por fim, apresentamos no item 6 as conclusões e posicionamento desta empresa.

2 Considerações Iniciais

A reestruturação institucional do setor elétrico brasileiro, realizada entre 1995 e 2002, deu origem ao Modelo de Livre Mercado, e previa a separação das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, devendo as atividades de geração e comercialização ser exercidas em caráter competitivo. A competição dar-se-ia de forma gradual, cabendo à ANEEL, durante o período de 1998 a 2002, homologar os montantes de energia e demanda de potência a serem contratados e regulamentar as tarifas correspondentes. Durante a fase de transição, os Contratos de Suprimento foram substituídos por Contratos de Uso do Sistema de Transmissão, Contratos de Conexão e Contratos Iniciais de compra e venda de energia.

Através do Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, foi regulamentada pelo Governo Federal, dentre outras regras, aquela que define como Garantia Física (na época denominada “energia assegurada”) de uma usina hidrelétrica “a fração a ela alocada da energia assegurada do sistema”. Ainda nesse instrumento, é definido que a Garantia Física da hidrelétrica “constituirá o limite de contratação para os geradores hidrelétricos”, e tal valor de Garantia Física, calculado para um determinado projeto, estará sujeito a reduções limitadas a 5% do valor estabelecido na última revisão, limitadas as revisões em seu todo a 10% do valor base. Por fim, este Decreto prevê revisões ordinárias das Garantias Físicas das usinas hidrelétricas a cada cinco anos, ou na ocorrência de fatos relevantes.

A Resolução ANEEL nº 244, de 30 de julho de 1998, estabeleceu os critérios para cálculo dos montantes de energia e demanda de potência a serem considerados nos Contratos Iniciais. As energias a serem consideradas nesses contratos foram consideradas iguais a 95% (noventa e cinco por cento) da energia garantida. Essas energias eram denominadas de Energia Assegurada (hoje Garantia Física).

O cálculo dos certificados de energia assegurada das usinas hidrelétricas despachadas de forma centralizada foi feito em conjunto pelo Grupo Coordenador para Operação Interligada – GCOI, Comitê Coordenador de Operações Norte



Nordeste – CCON e Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos – GCPS.

Esses valores foram homologados pela ANEEL por meio das Resoluções nº 268, de 13 de agosto de 1998 (para as usinas hidrelétricas pertencentes às empresas da região Sul) e nº 453, de 30 de dezembro de 1998 (para as usinas hidrelétricas pertencentes às empresas das regiões Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste). Os critérios para o cálculo das referidas energias asseguradas foram discutidos no âmbito do GCPS e GCOI, tendo havido uma compatibilização de critérios entre esses dois órgãos de planejamento, da expansão e da operação do Sistema Interligado Brasileiro, respectivamente.

A Resolução ANEEL nº 232, de 27 de junho de 1999, homologou os montantes de energia e potência asseguradas para o período de 1999 a 2002. Esses foram os montantes considerados na elaboração dos Contratos Iniciais, conforme previsto no art.10 da Lei nº 9.648, de 1998.

Em continuidade ao processo de estabelecimento das Garantias Físicas foi publicada a Portaria MME nº 303, de 18 de novembro de 2004, a qual determina que “a garantia física dos empreendimentos de geração hidrelétrica, exceto Itaipu Binacional, será o valor vigente na data de publicação desta Portaria, estabelecido pela ANEEL, a título de energia assegurada, até 31 de dezembro de 2014”.

Nesse ano de 2004 houve uma nova reestruturação do setor elétrico, a qual foi denominada de Novo Modelo Institucional do Setor Elétrico. Vale destacar que diversas mudanças foram implementadas no setor, no entanto, os pilares que definiam a garantia física e as regras para suas revisões foram mantidas. Ou seja, todo o trabalho elaborado por vários anos e que contou com a participação de diversos grupos e personagens renomados no setor elétrico, foi mantido.

Sobre esta pavimentação regulatória foram introduzidos e realizados os Leilões de Energia Nova, tendo o primeiro deles ocorrido em 16 de dezembro de 2005. Desde então foram realizados diversos leilões de energia tendo todos como base,



dentre diversas regras, aquela que baseia a venda da energia sobre o valor de Garantia Física, que por sua vez são determinados pelo Poder Concedente para cada empreendimento de geração.

Esses leilões foram responsáveis pela viabilização de, cerca de, 25.300 MW de empreendimentos hidrelétricos (distribuídos em 27 projetos) e mais de 27.000 MW de empreendimentos termelétricos (distribuídos em 195 projetos), além de outras fontes de geração como eólicas e fotovoltaicas.

A expansão do parque de geração sob as regras desenvolvidas e postas em prática entre o final da década de 90 e início dos anos 2000, mais especificamente sobre o critério de contratação sobre os valores de garantia física e seus mecanismos de reajustes, foi altamente eficaz, o que pôde ser comprovado pelo sucesso dos leilões de energia e o adequado suprimento do mercado de energia que, desde a consolidação do Novo Modelo, teve um aumento, da ordem, de 50%, sem que houvesse grandes riscos de desabastecimento por déficit estrutural de energia. A forte participação dos agentes de geração nestes leilões deveu-se, dentre outros fatores, à segurança comercial percebida com as regras que balizavam as Garantias Físicas e suas regras de revisão, permitindo a estes agentes terem um fluxo previsível de recebíveis.

Todo esse sucesso deveu-se ao sólido arcabouço regulatório (mais especificamente no âmbito dos contratos de compra e venda de energia) cuidadosamente concebido no passado tanto com a participação do Governo quanto da sociedade. Neste ponto devemos frisar a importância dentro dos regramentos dos contratos de compra e venda de energia os esteios representados pela: (i) limitação de redução da garantia física de até 10%; (ii) a previsibilidade de revisão ordinária das garantias físicas a cada 5 anos, e (iii) a inexistência de revisões destas garantias para as usinas termelétricas. Tais esteios trouxeram segurança aos investidores em termos de previsibilidade de suas receitas, que foi fundamental para que a expansão do parque de geração se afluísse de forma sadia e sustentada.

Há de se convir que modernizações, seja em qualquer área da sociedade, são sempre necessárias haja vista as novas tecnologias que afloram como, também, os novos anseios da sociedade. No setor elétrico isto não é diferente.

No entanto, é importante observar que durante um processo de modernização devemos preservar os alicerces que ainda se mostram robustos e eficazes. Assim como no retrofit de um prédio, o engenheiro tem o dever de verificar se os alicerces daquela construção permanecem ainda firmes e “aproveitáveis” para serem a base de um novo empreendimento. Em caso positivo não se faz necessária a demolição deste componente.

Da mesma forma podemos entender a modernização do setor elétrico. Os alicerces que já demonstraram ser bastante robustos mesmo em momentos de terremotos, devem ser preservados, e, em certos casos, enriquecidos.

A proposta atualmente em consulta traz severas mudanças nas regras de revisão de Garantia Física das usinas hidrelétricas e termelétricas, dentre as quais destacamos:

- Revisão excepcional, antes do prazo de 5 anos desde a última revisão;
- Retirada dos limites máximos de redução da Garantia Física;
- Revisões anuais de Garantia Física; e
- Revisão de Garantia Física de Termelétricas.

Estas mudanças trazem, além de significativas perdas financeiras para os geradores de energia afetados pelas regras, insegurança aos titulares dos empreendimentos com a perda da previsibilidade de suas receitas e um acentuado desincentivo a investimentos em novos projetos de geração hidrelétrica e termelétrica.

Há de se destacar que estes dois tipos de fontes de geração (hidrelétricas e termelétricas) são hoje basicamente as fontes que sustentam o sistema de geração elétrico nacional, devido às suas características de despachabilidade e flexibilidade. A inserção de mecanismos que imputam insegurança aos negócios a

serem firmados com estas duas fontes, **pode trazer severas consequências incalculáveis**, colocando o suprimento do sistema sobre tremenda incerteza.

Outro ponto que poderia ser ocasionado pelas alterações propostas é um aumento do preço da energia elétrica em função do aumento da percepção de risco dos agentes de geração. **Isto contrariaria a bandeira levantada pelo próprio governo quanto à modicidade tarifária.**

O tripé “previsibilidade, transparência e participação da sociedade” deve ser requisito para qualquer alteração setorial.

Ademais, parece-nos que as medidas, se implementadas, contrariariam parte dos “dez princípios das ações governamentais”, definidos pelo MME na Portaria nº 86/GM, de 13 de março de 2018. Tais princípios são apresentados a seguir, sendo que aqueles grifados são, no nosso entendimento, contrariados pelas mudanças em discussão.

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.

A seguir apresentamos nossas considerações sobre pontos específicos da proposta em consulta pública.

3 Contribuições

3.1 Revisão Excepcional, antes do Prazo de 5 Anos Desde a Última Revisão

Em 2017 foi realizada a primeira revisão ordinária de Garantia Física, cujos valores revistos entraram em vigência a partir de 1º de janeiro de 2018.

Conforme já dito no item 2 deste documento, o Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, definiu a periodicidade de 5 anos para as revisões ordinárias de Garantia Física, e as revisões extraordinárias na ocorrência de fatos relevantes.

A revisão excepcional ora proposta e que tem como objetivo definir novos valores de Garantia Física para vigorarem a partir de 2021, além de não estar prevista na legislação, anteciparia em dois anos as perdas econômicas para aqueles geradores que venham a ter suas Garantias Físicas reduzidas, uma vez que, a luz da legislação em vigor, a próxima revisão somente deveria ocorrer a partir de 2023.

3.2 Retirada dos Limites Máximos de Redução da Garantia Física

Conforme já apresentado no item 2 deste documento, o Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, definiu limites de redução da Garantia Física, sendo a redução limitada a 5% do valor estabelecido na última revisão, e de 10% no seu todo tendo como base o valor definido na Resoluções ANEEL nº 268, de 13 de agosto de 1998, e para os empreendimentos licitados após esta data, o valor definido pelo Poder Concedente no Contrato de Concessão.

A retirada dos pisos da Garantia Física será para muitos geradores bastante traumática, sendo ainda para alguns fatal.

Conforme pode ser verificado no relatório da EPE nº EPE-DEE-RE-016/2017-r2, 45 usinas hidrelétricas teriam percebidos uma redução ainda maior do que aquela imputada na revisão ordinária de 2017/2018, caso não existisse a regra definida no Decreto nº 2.655 que limita as reduções de Garantia Física.

A própria regra definida pelo Decreto nº 2.655, de 1998, que escalona as reduções de 5% em 5%, já previa que reduções em maiores patamares seria bastante danosa aos contratos. Portanto tal limitação de redução foi criada.

A retirada dos pisos para a Garantia Física iria em sentido contrário ao que se previa quando da formulação das regras deste lastro.

3.3 Revisão de Garantia Física de Termelétricas

A Nota Técnica da EPE em Consulta Pública apresenta no seu item 3 a seguinte redação: *“Embora o Decreto 5.163/2004 não estabeleça revisão ordinária para as garantias físicas de energia de usinas termelétricas, conforme o disposto no §1º, art. 4º do referido decreto, o MME possui a prerrogativa de revisar ordinariamente a GFE das usinas termelétricas.”*.

Consultando o referido Decreto verificamos que não existe neste instrumento regulatório nada que trate da possibilidade do MME **revisar** ordinariamente as Garantias Físicas das Termelétricas. O §1º, art. 4º afirma apenas que caberá ao MME definir a forma de cálculo da Garantia Física, não tratando em momento algum da revisão dos valores. O referido parágrafo é transcrito a seguir: §1º, art. 4º *“O Ministério de Minas e Energia, mediante critérios de garantia de suprimento propostos pelo CNPE, disciplinará a forma de cálculo da garantia física dos empreendimentos de geração, a ser efetuado pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, mediante critérios gerais de garantia de suprimento.*

Não existe na legislação do setor elétrico nenhum mecanismo que preveja a revisão ordinária das Garantias Físicas de usinas termelétricas. Portanto a revisão

ora proposta seria uma alteração regulatória totalmente imprevisível por qualquer agente termelétrico. Os efeitos negativos trazidos por esta mudança poderão ser bastante sentidos não só pelos atuais geradores termelétrico, como também pelo abastecimento do sistema com a introdução de um risco incalculável e imprevisível que induzirá ao afastamento dos investidores neste tipo de fonte.

3.4 Revisões Anuais de Garantia Física

O Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, definiu que as revisões ordinárias de Garantia Física deveria ocorrer a cada 5 anos.

A alteração de tal regra traria aos geradores uma grave perda de previsibilidade e estabilidade de receitas.

O reequilíbrio econômico-financeiro citado na Nota Técnica, apesar de não estar explicitado como seria implementado, a nosso ver, poderia solucionar a perda de Garantia Física que seria observada numa eventual revisão excepcional. No entanto, resta uma importante questão: como seriam tratadas as perdas extrínsecas devido à falta de estabilidade dos recebíveis? É certo que esta estabilidade causaria uma redução no *valuation* das empresas detentoras de usinas hidrelétricas e termelétricas, no entanto, de difícil mensuração.

Além do mais, tais revisões anuais trariam uma maior dificuldade para a celebração de contratos de médio e longo prazos, uma vez que o agente gerador não saberia qual seria seu lastro nos próximos anos.

Este fato é ainda agravado pela complexa metodologia de cálculo da Garantia Física, que requer uma infinidade de dados de entrada, sendo alguns deles carregados de alta subjetividade. Adicionalmente, nem todos os modelos são disponíveis aos agentes, como é o caso do MDI, integrante do processo de geração do custo marginal de expansão, parâmetro de alta influência nos resultados. Soma-se ainda o fato dos modelos de simulação que são empregados no cálculo de Garantia Física estarem permanentemente sofrendo

alterações/atualizações. Todos estes fatos agravam ainda mais as instabilidades citadas anteriormente.

Além disso, revisar as Garantias Físicas anualmente impactará diretamente novas usinas que terão suas Garantias Físicas revisadas já no início de sua operação comercial, onde os recebíveis têm maior importância para a viabilidade do empreendimento, já que poderão sofrer grande perda por uma simples mudança de parâmetro de simulação, se tratando, portanto, de um tremendo desincentivo a novos projetos.

3.5 Proposta de Solução para o Desequilíbrio Econômico Financeiro

A proposta de mudança das regras de revisão das Garantias Físicas trará impactos diretos e indiretos sobre a situação econômico-financeira dos agentes de geração.

Interpretamos como impacto direto a redução das Garantias Físicas que vierem a ocorrer na revisão excepcional proposta, e, como impacto indireto, as perdas que as revisões com periodicidade anual e a retirada dos limites de redução da Garantia Física trarão aos agentes. Essas perdas indiretas seriam representadas pela: (i) instabilidade das receitas; (ii) redução do *valuation* das empresas; (iii) dificuldades para celebração de contratos de médio e longo prazos; (iv) dificuldade de capitalização das empresas com a perda e/ou instabilidade dos seus lastros, dentre outros fatores.

Definidos estes dois tipos de perdas (direta e indireta) passamos a analisar como seriam reestabelecidos o equilíbrio econômico-financeiro dos agentes e quais mecanismos poderiam ser aplicados.

Para as perdas diretas (redução da Garantia Física na revisão excepcional) entendemos que o cálculo das perdas econômico-financeiras poderia ser relativamente de fácil execução. Entretanto, a determinação dos valores associados às perdas indiretas não o seriam, uma vez que os fatores atingidos

pelas regras que estão sendo aventadas possuem diversas particularidades, além de variarem ao longo dos anos a que perdurarem as concessões.

Como alternativas de ferramentas a que o Governo poderia fazer uso para realizar o reequilíbrio em tela, identificamos: (i) o ressarcimento à vista; (ii) a revisão tarifária dos agentes de geração; e, (iii) a extensão dos prazos das concessões dos empreendimentos atingidos.

Em qualquer uma dessas soluções existirão problemas de implementação. Destacamos os principais problemas que visualizamos, não se limitando a: disponibilidade de alto recurso por parte do Governo para ressarcimento direto e à vista; elevação das tarifas para o consumidor final; definição das taxas de desconto a serem adotadas; incapacidade de se alcançar o equilíbrio financeiro por mais que se estendam os prazos de concessão, no caso das usinas que sofrerão elevadas perda de Garantia Física (estima-se que em alguns casos as perdas poderão ser superiores a 40%).

Ademais, há de se ressaltar que existem diversos contratos firmados no Ambiente de Contratação Livre – ACL. A solução para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá prever a existência desses contratos. Além de não ser possível a aplicação da revisão tarifária nesses casos, independentemente da forma que será adotada para obter tal reequilíbrio deverá considerar as particularidades de cada um dos contratos no ACL.

Entendemos que a solução para se determinar as perdas a que um agente estaria susceptível deve ser bastante debatido dado os efeitos negativos das alterações propostas e a complexidade dos cálculos e das premissas envolvidos.

3.6 Operacionalização das Revisões Anuais

O modelo regulatório vigente, com sabedoria, prevê que as Garantias Físicas devem ser definidas e revisadas a partir de simulações estáticas do sistema, diferentemente das simulações dinâmicas realizadas continuamente pelo ONS para operação do sistema e pela CCEE para definição dos PLDs. Em tais

simulações, são consideradas premissas de expurgo das condições conjunturais do sistema, de forma que os certificados de energia, dada a sua relevância na equação econômico-financeira dos contratos, possuam caráter mais estrutural, estável e previsível.

Da forma como está sendo proposto, as Garantias Físicas deixariam de ser de caráter estrutural, passando a ter um caráter mais conjuntural e de difícil de previsão.

Seguindo na linha da previsibilidade, a operacionalização proposta se opõe ao conceito, pois depende de diversos dados declarados por agentes, além de preconizar a elaboração de diversas configurações de simulação em função da não revisão dos benefícios indiretos.

3.7 Sistemática da revisão excepcional

Adiciona-se aos problemas elencados nos itens anteriores, o fato dos prazos estipulados inviabilizarem qualquer análise mais detalhada dos agentes antes da declaração de seus dados, principalmente, em função da quantidade enorme de casos de simulação a serem considerados numa eventual revisão.

4 Facultatividade de Adesão às Alterações Propostas

O MME publicou no seu site na internet, no dia 25 de setembro de 2019, comunicado referente a facultatividade de adesão às alterações que venham a ser implementadas quanto a revisão de Garantia Física.

É de nosso entendimento que tal opcionalidade traria outros problemas ao setor, uma vez que seria esperado que somente os agentes que visualizassem ganhos de Garantia Física adeririam à nova regra. Os demais, a princípio, não fariam tal opção, e, como consequência, teríamos um aumento artificial das Garantias Físicas do sistema.

Este aumento artificial de energia iria em sentido contrário ao que se espera das ações que visam a segurança de suprimento de energia. O Balanço Energético observaria um aumento de energia, o que não seria real, mascarando possíveis déficits de energia.

5 Aspectos Jurídicos

Diante do cenário apresentado nesta contribuição relativamente à repercussão que as medidas propostas poderão trazer para o ambiente de negócios, a extrema falta de previsibilidade e estabilidade de receitas, o desincentivo à contratação de longo prazo, o risco à viabilidade de captação de investimentos e a repercussão para modicidade tarifária, importa dizer que a proposta tangencia o Princípio da Segurança Jurídica e Estabilidade Regulatória.

Nesta esteira, importa dizer que a doutrina administrativista prestigia a estabilidade das relações jurídicas, ainda que o ato seja legal. Desta sorte é amplamente reconhecido pela doutrina Administrativista que é extremamente relevante evitar que situações jurídicas permaneçam sob instabilidade, criando um ambiente de incertezas e receios nos indivíduos. Importa, ainda, dizer que é importante prestigiar a legítima confiança depositada pelos Administrados nas relações estabelecidas para garantir investimentos.

Tamanha é a importância de que garantir a estabilidade das relações que o Direito reconhece a prescrição e a decadência como institutos pelos quais, superado prazo legal, o ato passa a ser imutável, sendo exemplos de prestígio à segurança das relações estabelecidas. No mesmo sentido, podemos citar a possibilidade de conferir efeitos apenas prospectivos às decisões em ações de diretas de inconstitucionalidade, sendo certo que nesta hipótese a norma manifestamente inconstitucional produz efeitos até a decisão sobre sua inconstitucionalidade.

Relativamente ao assunto em comento, convém transcrever o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho em sua obra “Manual de Direito Administrativo”:

*“Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, **advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o poder normativo da Administração, não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: 1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; 2º) a imprevisibilidade das modificações. Em tais hipóteses, cabe à Administração aditar algumas soluções para mitigar os efeitos das mudanças: uma delas é a exclusão do administrado do novo regime jurídico; outra o anúncio de medidas transitórias ou de um período de vacatío; outra, ainda, o direito do administrado a uma indenização compensatória pela quebra da confiança decorrente de alterações em atos normativos que acreditava sólidos e permanentes”.***

Pode-se observar do excerto supratranscrito, que o Princípio da Segurança Jurídica está intimamente ligado ao Princípio da Estabilidade Regulatória, não sendo legítima a edição de ato normativo que altere de forma cabal o regime jurídico posto sem que o Administrado, cuja relação jurídica já esteja consolidada seja excluído no novo regime, sejam criadas normas de transição ou seja fixada indenização pela violação da justa expectativa dos Administrados.

Depreende-se da proposta apresentada alteração drástica no regramento da revisão das garantias físicas das usinas. Neste sentido, destacamos que no bojo da proposta consta a previsão de realização de “revisão excepcional”, não prevista no regime atual, e que tal revisão será ilimitada, inovando em relação à regra posta, que possui limites para revisão de garantia física.

Necessário registrar que tal proposição enquadra-se perfeitamente nos requisitos indicados por José dos Santos Carvalho Filho, vez que enseja, de uma só vez, a ruptura inesperada da disciplina vigente e a da previsibilidade das modificações. Portanto, podemos constatar grande desprestígio ao Princípio da Segurança Jurídica e da Estabilidade Regulatória, ensejando quebra da confiança dos Administrados e dever de indenizar pelos prejuízos causados.

Ademais, a proposta sugere que as revisões ordinárias e extraordinárias possam ser realizadas de forma ilimitada. Tal previsão atrai para o bojo das relações jurídicas já entabuladas por longos períodos insegurança e falta de previsibilidade, vez que não há qualquer limite à possibilidade de revisão da garantia física que, conforme já esclarecido na presente missiva, possui relevantes implicações energéticas e comerciais, tornando a revisão da garantia física verdadeira potestade da Administração em desprestígio ao Concessionário.

Não obstante a argumentação já apresentada, além dos Princípios da Segurança Jurídica e Estabilidade Regulatória, a proposta deixa de observar os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Neste sentido, vale dizer que segundo o já citado mestre José dos Santos Carvalho Filho, *“razoabilidade é a qualidade de que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade.”*

Assim, considerando que garantia física representa o limite máximo de venda de energia de uma usina por contratos, a proposta de alteração normativa que permite sua “revisão excepcional” e revisões ordinárias e extraordinárias sem qualquer limite, mostra-se pouco razoável, vez que é inaceitável que grandes investimentos e contratos de longo prazo possam ser celebrados diante de tamanho risco e falta de previsibilidade de retorno.

Sobre o que diz respeito ao Princípio da Proporcionalidade, a doutrina renomada na esfera Administrativista indica que ser o agir que congrega três atributos: i) adequação – o meio de atuação deve ser compatível com o fim pretendido; ii) exigibilidade – a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa menos prejuízo possível; iii) proporcionalidade em sentido estrito – quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

Ante os requisitos supra, percebe-se que há fundadas incertezas quanto à proporcionalidade das medidas propostas nas três esferas apresentadas, vez que a simples revisão das garantias físicas descontextualizada das demais medidas relativas à modernização do setor elétrico, aparentemente, não é o meio menos oneroso para solucionar o problema posto, há que se perquirir uma solução estruturante para o problema, além de que, no que concerne às vantagens conquistadas, necessário ponderar se diante da necessidade de indenização dos concessionários se as referidas vantagens superaram as desvantagens.

Contudo, ainda que diante dos argumentos apresentados, o Decreto 2.655/98 venha a ser alterado nos termos da proposta apresentada, mostra-se pertinente a recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos, sendo certo que a própria Nota Técnica nº EPE-DEE-RE-046/2019-r2 reconhece tal necessidade, valendo destacar:

“Portanto, de acordo com o estabelecido pelo MME, devem ser avaliados os impactos resultantes e se existem formas de endereçar medidas de reequilíbrio econômico-financeiro dos agentes geradores, prezando pelos consumidores e resguardando a estabilidade jurídico-regulatória.

Nesse contexto, um processo de consulta pública seria a forma mais adequada de levantar contribuições do setor e da sociedade em geral no que se refere a questão aqui colocada, assim como para recepcionar propostas no que se refere à pertinência e à exequibilidade

de formas de reequilíbrio econômico financeiro dos agentes geradores.”

Sobre o tema, cumpre dizer que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra “Direito Administrativo”, resta esclarecido que os contratos administrativos em geral são mutáveis por atos da Administração, o que torna o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos dinâmico, vez que a necessidade de reequilibrar decorre desta prerrogativa de mudança.

A citada autora aponta três riscos para os administrados em relação à mutabilidade dos contratos administrativos que se amoldam perfeitamente aos contratos de concessão, são eles: i) álea ordinária – risco que todo empresário corre ao celebrar seus negócios jurídicos no mercado; ii) álea administrativa que compreende a alteração unilateral do contrato para atendimento ao interesse público, o Fato do Príncipe que consubstancia ato de autoridade relacionado com o objeto do contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele e o Fato da Administração entendido como comportamento da Administração que torne impossível o cumprimento, pelo particular, do contrato; iii) álea econômica – corresponde às circunstâncias externas ao contrato relacionadas à Teoria da Imprevisão.

Como se pode constatar, a alteração do Decreto 2.655/98 conforme proposto configura Fato do Príncipe, vez que enseja *“medida de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”*, gerando o dever de recompor o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Também nesse sentido, está Jose dos Santos Carvalho Filho, valendo transcrever:

“O efeito da aplicação da teoria da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre com a teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular

o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral.”

Neste sentido é o parágrafo 5º do art. 65 da Lei 8.666/93:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada **repercussão nos preços** contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

No mesmo sentido, mais especificamente para concessões de serviço, assim prevê a Lei 8.987/95:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, **implicará a revisão da tarifa**, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, **o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.**”

Conforme se pode observar dos dispositivos legais elencados, a recomposição da equação econômico-financeira somente pode se dar em pecúnia, mediante indenização ou revisão das tarifas. Não há previsão legal para recomposição da já mencionada equação por qualquer outra forma.

Assim, vale esclarecer que, em que pese a Lei 13.360/16 prever uma possibilidade de extensão do prazo da concessão, esta **somente poderá ocorrer no caso de atraso na implantação dos empreendimentos em razão de circunstâncias caracterizadas pela Aneel como excludentes de responsabilidade**, portanto, trata-se de situação completamente diferente da descrita na Consulta Pública em comento.

Ademais, importa dizer que a extensão do prazo das concessões não recompõe satisfatoriamente a equação econômico-financeira do contrato, vez que **deixa de atender à imprescindível recomposição do fluxo de caixa do concessionário**, reequilibrando, apenas, a componente econômica da equação. Desta forma, não há efetiva recomposição do equilíbrio financeiro.

Diante de todo o exposto, cumpre registrar que consideramos que a proposta, tal como apresentada, confronta os Princípios da Segurança Jurídica, Estabilidade

Regulatória, Razoabilidade e Proporcionalidade. Ademais, caso o Poder Concedente opte por prosseguir com a proposta em comento, certo é o desequilíbrio das relações jurídicas firmadas, merecendo imediata revisão e recomposição em pecúnia, tal como previsto na legislação sobre o tema. Além disso, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante a extensão do prazo da concessão não recompõe a equação sob a ótica financeira, não possui previsão legal e poderá ensejar nova onda de judicialização do setor.

6 Conclusão

Em resumo, a proposta em Consulta Pública traz as seguintes implicações:

- inserção de desconforto e insegurança no ambiente de negócios no setor elétrico e no Brasil;
- a perda da previsibilidade e estabilidade de receitas e custos por parte dos geradores de energia;
- tendência a dificuldades para celebração de contratos de médio e longo prazos;
- dificuldades para capitalização das empresas, por meio de recursos próprios ou de terceiros, necessários tanto para a manutenção dos empreendimentos existentes e expansão do parque com empreendimentos novos;
- incertezas quanto a continuidade da expansão sustentada da matriz de energia elétrica nacional;
- aumento das tarifas de energia devido a inevitável precificação dos riscos percebidos pelos geradores;



- redução no *valuation* das empresas detentoras de usinas hidrelétricas e termelétricas; e,
- grande dificuldade e complexidade para se reestabelecer o equilíbrio econômico financeiro, com grandes chances de judicialização da questão.

Em função dos diversos problemas que serão causados pelas alterações propostas em debate, e por existirem outras formas de se alcançar os objetivos que motivaram o Governo a apresentar essas alterações nas regras, sugerimos que as propostas de alteração sejam retiradas de pauta.

Certos de que a sugestão de FURNAS será acatada, despedimo-nos.