



Na Mídia

19/09/2019 | [Canal Energia](#)

CP 85/2019 – Extinção dos limites para revisão das garantias físicas das usinas despachadas centralizadamente

Pois bem, não obstante a CP 85/2019 ter como fundamentação a legítima questão da compatibilização entre a Garantia Física dos empreendimentos com a sua real capacidade de geração, há aspectos jurídicos e econômicos de extrema relevância na proposta que merecem ser avaliados

Raphael Gomes

O Ministério de Minas e Energia – MME abriu, em 13.09.2019, a Consulta Pública nº 85/2019, que trata da “Proposta de medidas de curto prazo, bem como cronograma de execução, voltadas à realização da revisão das garantias físicas de energia de usinas despachadas centralizadamente” (CP 85/2019).

Como anexo da CP 85/2019, foi publicada a Nota Técnica da EPE, na qual é detalhada a diretriz traçada pelo Ministério e as propostas a serem analisadas no âmbito da Consulta.

Preliminarmente, é importante lembrar que a Garantia Física (anteriormente denominada de “Energia Assegurada”) de um empreendimento de geração corresponde à quantidade de máxima de energia que uma determinada máquina pode comercializar (lastro), bem como, para as usinas hidráulicas, corresponde à sua cota de participação no Mecanismo de Realocação de Energia – MRE.

Dada a singular importância operacional, econômica, financeira e estratégica do valor da Garantia Física para os geradores, o art. 21 do Decreto nº 2.655/98 prevê, de maneira expressa, que a Garantia Física dos empreendimentos de geração hidrelétrica pode ser alterada por revisão ordinária ou extraordinária, desde que sejam respeitados dois limites fundamentais:

- a) Cada revisão não poderá importar em redução superior a 5% da Garantia Física vigente; e
- b) O somatório das revisões não poderá resultar em redução maior do que 10% em relação à Garantia Física prevista no ato de outorga.

Essa regra, vigente há mais de 20 (vinte) anos, traduz-se em um verdadeiro parâmetro de limitação de riscos, sendo utilizada como um critério fundamental pelos empreendedores para fins de, entre outros: (i) operação de seus empreendimentos; (ii) planejamento de sua contratação; (iii) *valuation* para fins de compra e venda de ativos; e, até mesmo, (iv) decisão quanto a investir ou não no seguimento de geração no Brasil.

Pois bem, não obstante a CP 85/2019 ter como fundamentação a legítima questão da compatibilização entre a Garantia Física dos empreendimentos (como critério de confiabilidade física do sistema) com a sua real capacidade de geração, há aspectos jurídicos e econômicos de extrema relevância na proposta que merecem ser avaliados.

Isso porque, a Nota Técnica que subsidia a CP 85/2019 propõe uma alteração significativa na regra de revisão das Garantias Físicas hoje vigente. Em suma, propõe-se (i) revisão excepcional da Garantia Física das Usinas, o que deverá ocorrer até 31.03.2020; e (ii) revisão anual das Garantias Físicas, e ambos os casos sem a consideração dos limites previstos no art. 21 do Decreto nº 2.655/98, anteriormente citados.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a proposição de alteração de norma de tamanha importância e impacto para o Setor deveria ser precedida, obrigatoriamente, de estudos mais profundos com análises de seus mais variados impactos e repercussões para empreendedores e consumidores de energia.

Ora, a questão de alteração de limites previstos no art. 21 do Decreto nº 2.655/98 não foi, sequer, mencionada ou discutida no âmbito da Consulta Pública 33/2017, que foi objeto de amplo debate com agentes setoriais e com a sociedade, e cujos resultados ficaram de ser considerados pela nova equipe Ministerial.

Importante recordar, ainda, que, em 05.04.2019, foi publicada a Portaria MME nº 187/2019, criando Grupo de Trabalho com a atribuição de propor mudanças e evoluções em razão da necessidade de modernização do Setor Elétrico, em um prazo de 180 dias.

Assim, parecer ser paradoxal que um mesmo Ministério crie um Grupo de Trabalho objetivando a modernização e, talvez, uma abrangente reformulação do Setor, mas, ao mesmo tempo, proponha a alteração de regra basilar para o seguimento de geração, podendo criar uma ruptura apta a tornar sem efeito ou mudar substancialmente os estudos e conclusões do Grupo de Trabalho.

Em segundo lugar, a Nota Técnica que subsidia a CP 85/2019 não traz qualquer tratamento ou proposição para um eventual período de transição, o que seria absolutamente fundamental para manutenção da segurança jurídica. O documento cita que a nova regra redundará na alteração do Decreto nº 2.655/98, com a completa desconsideração dos limites de risco lá previstos, mas não aprofunda qualquer proposta de transição ou proteção às situações pré-constituídas.

Muito pelo contrário, a Nota Técnica dá a entender que a aplicação da “nova metodologia” seria para todos, sem qualquer distinção, bem como propõe, inclusive, um cronograma de implantação, que teria como data mais importante a publicação das novas Garantias Físicas já em março/2020.

Não obstante ser possível e legítima a alteração ou revogação de um decreto por meio da edição de outro decreto (ou lei), o que chama a atenção nessa proposta é aparente falta de preocupação com a observância dos institutos previstos no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, quais sejam, a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, cláusulas pétreas em nosso ordenamento jurídico. Sobre esse tema, deve ser lembrado que o decreto e/ou a lei, como normas jurídicas inferiores, retiram e devem guardar seu fundamento da validade na Constituição Federal.

Em outras palavras, a definição de limites máximos de redução de Garantia Física previstos no citado Decreto trata-se, sem dúvida alguma, de norma de proteção ao investidor, que fundamentou a decisão de investimentos no Setor e a estratégia de contratação pelos geradores ao longo dos últimos 20 (vinte) anos.

Sua alteração de maneira abrupta e sem o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito poderá representar, em uma análise preliminar, em afetação de direitos individuais pelo Estado, bem como insegurança jurídica e instabilidade regulatória, dando sinalização de percepção de risco diametralmente oposta àquela esperada de um País que deseja atrair investimentos.

Em terceiro lugar, ao tratar das razões pelas quais as Garantias Físicas necessitariam sofrer as revisões pretendidas, a Nota Técnica que subsidia a CP 85/2019 cita: (i) evolução natural da matriz elétrica; (ii) alteração dos critérios e modelos computacionais utilizados nas avaliações energéticas; (iii) alteração dos parâmetros econômicos, como o custo de déficit; e (iv) alteração dos mecanismos de aversão a risco.

Entretanto, os fatores citados pela Nota Técnica estão fora da ingerência dos geradores. Dito de outro modo, propõem-se alterar regra basilar que integra a matriz de risco e decisão de investimento no Setor, com incidência sobre contratos e outorgas vigentes, sob argumentos embasados em fatores exógenos e ingerenciáveis ao negócio de geração.

Não se pode negar a possibilidade – e até obrigação – de a Administração Pública estar atenta e ajustar distorções danosas ao mercado, à competição entre seus agentes e, principalmente, ao consumidor.

Todavia, qualquer alteração dessa natureza deve ser precedida dos necessários e profundos estudos, nos quais devem constar, impreterivelmente, análise detalhada sobre o impacto/benefício da proposta, vigência/aplicação da alteração normativa e tratamento do período de transição.

Não havendo análise/estudo quanto a qualquer dos aspectos citados, é forçoso concluir que resta prejudicado qualquer resultado útil da CP 85/2019 uma vez que, ao invés de produzir discussões sofisticadas e absorver a inteligência do Mercado e da sociedade, a Consulta Pública será, muito provavelmente, inundada por críticas e manifestações contrárias, que em nada irão agregar ao debate e/ou com a solução da problemática citada como fundamento da CP.

Em um momento em que o Governo Federal vem trabalhando na aprovação de importantes e necessárias reformas, bem como reiterando a necessidade de melhorar a imagem do País a fim de atrair investimentos, a abertura da CP 85/2019 contribuiu para aumentar a percepção de insegurança jurídica e instabilidade regulatória para investidores nacionais e estrangeiros.

Por fim, não se pode olvidar que a propositura de mudança dessa magnitude sem os cuidados e estudos necessários acaba por, inevitavelmente, trazer à tona a lembrança das ondas de judicialização que assolaram (e assolam) o Setor de Energia Elétrica Brasileiro.

Repita-se, a evolução das regras e ajustes de eventuais distorções são sempre bem-vindos e necessários.

Para tanto, o Governo e o Ministério de Minas e Energia têm dado excelentes sinalizações, como a criação do Grupo de Estudo para modernização do Setor e a demonstração de esforço na aprovação do PL nº 10.985/2018 objetivando resolver a questão do GSF e possibilitar a liquidação de bilhões de reais suspensos por meio de “ajustes liminares” no âmbito da Contabilização da CCEE.

Todavia, é necessária congruência e alinhamento nas ações adotadas, para que uma proposta de mudança profunda sem a necessária estruturação, como a CP 85/2019, não ocasione lesão a direitos, discussão não

produtivas e, até mesmo, risco de nova onda de judicialização no Setor de Energia Elétrica, o que é indesejável sob todos os aspectos.

Para finalizar, vale lembrar e ressaltar as sábias e precisas palavras do Ministro Bento Albuquerque :

“Nesse contexto, foi idealizado este seminário, que se coaduna, perfeitamente, às orientações do presidente Bolsonaro e aos pilares da nossa gestão:

(...)

Estabilidade regulatória e jurídica – garantindo a plena aplicação das regras e regulamentos que balizam o funcionamento do mercado, com respeito aos contratos.

Previsibilidade – fortalecendo a publicidade para que os investidores e a economia possam se preparar para responder às oportunidades.

Estamos convictos de que, ao perseguirmos esses conceitos, poderemos contar com um mercado mais competitivo, com mais investimentos e com melhores serviços prestados à sociedade.”

Considerando a incompatibilidade entre a CP 85/2019 e a concretização desses pilares e princípios tão bem expressados pelo Ministro, espera-se que a razão e razoabilidade prevaleçam, de modo que as propostas ora colocadas para discussão não prosperem, ao menos da forma como foram colocadas.

Raphael Gomes é sócio da área de Energia do Demarest Advogados.