

Consulta Pública nº 42/ 2020– ANEEL – 2ª fase

Obter subsídios para o aprimoramento dos módulos, da consolidação de resultados, do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits, e do Mecanismo de Vendas de Excedentes das Regras de Comercialização de Energia Elétrica

A AES Tietê Energia, detentora de um portfólio de 3.343 MW composto pelas fontes hídrica, eólica e solar, majoritariamente comercializadas no Mercado Livre de energia, vem constantemente investindo nesse mercado por sua credibilidade, segurança jurídica, regulatória e previsibilidade. Nesse espírito, portanto, vimos expor e solicitar o que segue no tema autoprodução de energia.

1. Autoprodução e os encargos setoriais

O consumidor alcançado pela Lei nº 11.488/2007, em seu art. 26, é equiparado a autoprodutor e, portanto, faz jus ao não pagamento dos encargos setoriais (CDE, CCC e Proinfa) na parcela do seu consumo próprio, objeto do referido comando legal.

Num primeiro momento, cabe esclarecer que existem vários encargos que visam o desenvolvimento do setor elétrico, estabelecidos por políticas públicas governamentais. Esses encargos são impostos por leis e alguns deles não alcançam os agentes de Autoprodução na parcela do seu consumo próprio.

Conta de Consumo de Combustíveis (CCC)

O Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996 – que regulamentou a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 - regulamentou a produção de energia elétrica por Produtor Independente de Energia Elétrica e por Autoprodutor. Em seu art. 2º, o referido decreto considerou autoprodutor a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.

Já em seu art. 16, ao tratar dos encargos aos quais o Produtor Independente de Energia Elétrica (PIEs) e o Autoprodutor (APEs) se sujeitam, o Decreto nº 2003/1996 apontou a Compensação Financeira pelo Uso de Recursos Hídricos (CFURH) e a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC). Ao tratar da CCC do sistema isolado (CCC *isolado*), o decreto apenas impôs o pagamento ao produtor independente de energia elétrica, na parcela comercializada com consumidores finais, isentando implicitamente esse encargo sobre a parcela de consumo próprio.

Conta de Desenvolvimento Energético (CDE)

O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004 - que regulamentou a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 - em seu art. 74, estabeleceu, explicitamente, que os autoprodutores e produtores independentes não estão sujeitos ao pagamento das quotas da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) na parcela da energia elétrica destinada ao consumo próprio, conforme se reproduz:

*“Art. 74. Os autoprodutores e produtores independentes **não estão sujeitos ao pagamento** das quotas da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, tanto na produção quanto no consumo, exclusivamente com relação **a parcela de energia elétrica destinada a consumo próprio.**” (grifo nosso)*

Por sua vez, o §1º, do art. 13, da Lei nº 10.438/2002, com redação dada pela Lei nº 12.783/2013, dispôs que os recursos da CDE serão provenientes das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com o consumidor final, mediante encargo tarifário, incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, além de outras fontes.

Logo, a redação vigente, acima reproduzida, permanece alinhada com o estabelecido no Decreto 5.163/2004, ao isentar o produtor independente e o autoprodutor do pagamento da cota de CDE na parcela de energia destinada ao consumo próprio, uma vez que essa parcela não será comercializada com o consumidor final.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa)

A Lei nº 10.438/2002, já mencionada, também criou o Proinfa com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de produtores independentes autônomos, concebidos com base em fontes eólicas, pequenas centrais geradoras e biomassa.

Com alteração dada pela Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010, o art. 3º, da Lei 10.438/2002, estabeleceu que o valor pago pela energia no âmbito do Proinfa, bem como os custos administrativos e financeiros e os encargos serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidos pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional (SIN). Logo, o autoprodutor, por não se caracterizar como consumidor final atendido pelo SIN e sim pela sua própria produção de energia, por determinação legal não deve participar do rateio para custeio do Proinfa, sendo esse também um encargo do qual o Autoprodutor fica afastado.

Diferentemente dos encargos CCC, CDE e PROINFA, o fato gerador do EER e do ESS não é a comercialização de energia, mas sim o consumo líquido.

Encargo de Serviço de Sistema (ESS)

Conforme definição constante do Caderno de Regras de Comercialização da CCEE, os Encargos de Serviços do Sistema (ESS) consistem basicamente num valor em R\$/MWh correspondente à média dos custos incorridos na manutenção da confiabilidade e da estabilidade do sistema para o atendimento do consumo em cada Submercado, e que não estão incluídos no Preço de Liquidação das Diferenças. Este valor é pago por todos os Agentes com medição de consumo registrada na CCEE, na proporção do consumo sujeito ao pagamento desse encargo, contratado ou não.

Os ESS contemplam o ressarcimento aos Agentes de geração dos Custos das Restrições de Operação, prestação de Serviços Ancilares e Encargos de Serviços do Sistema por Razão de Segurança Energética.

Cabe ainda frisar que do parágrafo único do Art. 59 do Decreto nº 5.163/2004, o autoprodutor equiparase ao consumidor na parcela de seu consumo líquido no SIN.

Encargo de Energia de Reserva (EER)

Conforme definido na Resolução Normativa ANEEL nº 337/2008, o EER é o encargo específico destinado a cobrir os custos decorrentes da contratação de energia de reserva, incluindo os custos administrativos, financeiros e tributários, a serem rateados entre os Usuários de Energia de Reserva, que são agente de distribuição, consumidor livre, consumidor especial, autoprodutor na parcela da energia adquirida, produtor de geração com perfil de consumo ou agente de exportação e, por equiparação, o gerador hidráulico participante do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, em virtude da repactuação do risco hidrológico.

E ainda, conforme a referida norma, as regras de comercialização deverão conter mecanismo que considere, no cálculo do EER dos agentes de autoprodução, dos consumidores livres e dos consumidores especiais, apenas a parcela do consumo verificado que exceda o atendimento feito por geração própria.

Corroborando com esta redação a Nota Técnica nº 209/2008-SEM/ANEEL, constante da Audiência Pública 055/2008 para elaboração de ato regulamentar, estabelecendo as disposições relativas à contratação de energia de reserva e o modelo do Contrato de Uso de Energia de Reserva, CONUER. Da mesma forma que para o ESS, a parcela da energia do autoprodutor “decorrente da interligação ao SIN” está associada ao seu consumo líquido:

*“A diretoria da ANEEL, no processo de aprovação das regras de comercialização aplicáveis ao despacho fora da ordem de mérito de custo econômico, nos termos da Resolução CNPE nº 08/2007, consagrou o entendimento de que os custos adicionais de geração térmica despachada por razão de segurança energética, ressarcidos mediante cobrança de ESS, devem ser **rateados proporcionalmente ao consumo líquido do agente autoprodutor**, “posto que agentes com unidades geradoras localizadas ou não no mesmo ponto de consumo já contribuem para o incremento da segurança sistêmica e confiabilidade do SIN e, portanto, não podem ser onerados, para fins de pagamento de encargos, ao ponto de se desconsiderar sua geração injetada no sistema”.*

*Dado que a contratação de energia de reserva também está alinhada com o propósito de promover incremento da segurança sistêmica e da confiabilidade do SIN, a SEM entende que, no processo de rateio dos custos decorrentes da contratação de energia de reserva, deva ser considerada a **carga líquida do agente de autoprodução**, independentemente da localização dos pontos de geração e de consumo.” (grido nosso)*

Com relação à Nota Técnica nº 2/2020-SRM-SRG/ANEEL, de 17/01/2020, que embasou o encerramento da AP nº 33/2019¹, foi proposto alterar o que segue, no entanto, não se procedeu a atualização das regras naquele momento:

- (i) a forma de cálculo do pagamento de ESS e EER, proporcionalmente ao consumo líquido de cada agente, utilizando para tal, apenas a geração de uso exclusivo do agente nesse cálculo, e não a geração total produzida; e
- (ii) quais usinas deveriam ser consideradas para o cômputo da Geração Total do Agente, sendo que atualmente são consideradas todas as usinas outorgadas ao agente em questão e também aquelas em que o agente detém participação societária (Sociedades de Propósito Específico – SPE), de acordo com o percentual de participação. Já a proposta seria apenas para, segundo o Decreto nº 5.163, considerar aquelas em que o autoprodutor é o agente titular da concessão ou autorização, e não naquelas em que o consumidor detém participação societária como sendo geração própria, já que não há previsão na Lei nº 11.488/2007 para o caso do ESS e EER.

Já a Nota Técnica nº 100/2020 – SRM-SRG-SEL/ANEEL, de 01/09/2020, informa que na presente Consulta Pública, portanto, será tratada apenas a álgebra disposta nas REGRAS, conforme determinação da Diretoria Colegiada da ANEEL. Contudo, há que se observar a ausência de divulgação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) acerca da mudança pretendida, o que não condiz com a realidade da alteração em questão já que é verdadeira a opção de outra alternativa regulatória (o que não permite que se prescindia de AIR) para cobrança/isenção de encargos, opção essa que vigora desde 2006 e é destacada na aprovação das Regras de Comercialização vigentes para o ano 2020².

Assim, para o item (i), diferente do apresentado nas definições citadas anteriormente, quando a ANEEL considera apenas a geração de uso exclusivo do agente, priorizando sua geração efetivamente produzida para outros compromissos, está desconsiderando uma parcela da geração que efetivamente concorre para promover a segurança do sistema, além do incremento da oferta de energia, já que quando da implantação de um empreendimento de geração para atendimento da sua carga, o autoprodutor libera esta energia que seria requerida do SIN para atendimento dos demais consumidores do mercado.

Ademais, se o autoprodutor investe, por sua conta e risco, num empreendimento que concorre para a segurança do abastecimento, assim como os encargos ESS e EER o fazem, não há propósito em onerá-lo com um encargo adicional que não trará benefício e/ou contrapartida a ele, ou seja, o autoprodutor

¹ A AP 33/2019 tratou do aprimoramento da proposta das Regras de Comercialização de Energia Elétrica, versão 2020.

² “91. Diante do exposto na Nota Técnica nº 2/2020-SRM-SRG/ANEEL e tendo em vista que: (i) as Regras de Comercialização, desde 2006, apesar de não haver previsão legal, tratam consumidores com participação em outras empresas geradoras como autoprodutores; (...):” (Voto Condutor da REN 869/2020 – Aprovação das Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Sistema de Contabilização e Liquidação – SCL).

justamente opta pela produção de energia própria dentre outras razões para minimizar os riscos de não atendimento do sistema e ao fazê-lo ainda assim teria que pagar encargos para o sistema suprir a segurança de outros consumidores, que apesar de igualmente importantes, não pagam pela implantação do empreendimento de geração, gestão de risco, geração a maior de energia, dentre muitos outros aspectos de responsabilidade dos autoprodutores para garantia de seu suprimento de energia.

Desta forma, tanto o EER quanto o ESS devem incidir apenas sobre eventual parcela atendida pela energia requerida do SIN (consumo líquido), mantendo-se, portanto, a adequada alocação de custos e riscos setoriais, não imputando ao autoprodutor um custo que não é seu.

Importa referir ainda que ao falar de consumo líquido resta claro que trata-se de energia consumida e produzida, não de contratos de compra e venda, como propõe essa Agência indicando que a energia gerada pelo autoprodutor seria inicialmente para atendimento de seus contratos de venda de energia, o que não guarda qualquer relação com a realidade, principalmente, porque o autoprodutor tem como finalidade produzir energia para seu autoconsumo e ainda assim este agente tem o direito à comercialização de energia.

Com relação ao arranjo societário, item (ii), cabe considerar que a destinação da energia será a mesma se o autoprodutor for agente titular da concessão/ autorização ou mesmo participante em uma SPE, qual seja, atender sua carga. Desta forma, sendo equivocado e desproporcional onerar o empreendedor que investe por sua conta e risco em empreendimento cuja produção de energia será por ele autoconsumida.

Deve-se caracterizar também que apesar de existir um registro de contrato entre a SPE autoprodutora (parte produtora) e o APE/PIE (parte consumidora) junto à CCEE, trata-se apenas da **operacionalização do repasse de energia a ser autoconsumida** dado o diferente registro do agente no sistema da Câmara, não havendo, então, caracterização de uma relação contratual típica de comercialização de energia a terceiros, mas sim como geração própria.

Ainda, há que se observar com atenção que dado ao alto valor envolvido para implantação de uma central geradora, entre outros desafios, com vistas a viabilizar os empreendimentos de geração, muitas empresas diversificam a seus arranjos societários. A constituição de uma SPE para receber uma autorização de geração, por exemplo, visa atender exigência das instituições financeiras para que o projeto a ser financiado seja isolado de eventuais compromissos, riscos e resultados das empresas por ele responsáveis e que participam da sociedade.

Assim, é nítido que o que distingue o autoconsumo do APE nas suas deferentes figuras societárias é tão somente a sua operacionalização. Na figura de consórcio, o consorciado autoprodutor é personalizado por seu CNPJ, o que é suficiente para a CCEE, responsável pelo controle e supervisão da comercialização

de energia elétrica, tratá-lo como tal, fazendo jus às isenções dedicadas ao autoprodutor na parcela de seu consumo/participação no empreendimento. Já no caso de uma SPE, o consumidor/investidor, com participação societária na SPE que explora o empreendimento, não figura com seu CNPJ no ato de outorga do empreendimento de geração, impossibilitando à CCEE visualizar essa correlação com o CNPJ registrado **no segmento consumo**. O agente autoprodutor perde a sua caracterização como tal, assumindo personalidade jurídica como participante do controle da SPE constituída.

Atento a essa situação, o Regulador empenhou-se e publicou a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que em seu art.26 equiparou a autoprodutor aquele consumidor participante de SPE constituída para explorar, mediante autorização ou concessão, a produção de energia elétrica.

*“Art. 26. Para fins de pagamento dos encargos relativos à Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, ao Programa de Incentivos de Fontes Alternativas - PROINFA e à Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolado - CCC-ISOL, **equipara-se a autoprodutor o consumidor** que atenda cumulativamente aos seguintes requisitos:*

*I - que venha a **participar de sociedade de propósito específico** constituída para explorar, mediante autorização ou concessão, a produção de energia elétrica;*

II - que a sociedade referida no inciso I deste artigo inicie a operação comercial a partir da data de publicação desta Lei; e

III - que a energia elétrica produzida no empreendimento deva ser destinada, no todo ou em parte, para seu uso exclusivo.

*§ 1º A **equiparação de que trata este artigo limitar-se-á à parcela da energia destinada ao consumo próprio do consumidor ou a sua participação no empreendimento, o que for menor.**”*

Em contrapartida, o Decreto nº 5.163/2004, quando tratou da comercialização de energia, incluiu também a figura do autoprodutor, aqui destacada pela Nota Técnica nº 100/2020 – SEM/SRG-SEL/ANEEL, e que utiliza o **conceito específico** da comercialização:

*“Art. 1º A **comercialização de energia elétrica** entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á nos Ambientes de Contratação Regulada ou Livre, nos termos da legislação, deste Decreto e de atos complementares.*

(...)

*§ 2º **Para fins de comercialização** de energia elétrica, entende-se como:*

(...)

V - agente autoprodutor o titular de concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo;” (grifo nosso)

Ora, se o Decreto nº 2.003/1996, no seu art. 2º, inciso II, considerou autoprodutor a pessoa física (PF) ou jurídica (PJ) ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica **destinada ao seu uso exclusivo** e se o Regulador equiparou a autoprodutor aquele consumidor participante de SPE, **na parcela da energia elétrica destinada ao consumo próprio**, não há que se falar em incidência de novos encargos sobre esta parcela de energia, e sim, somente, sobre eventual parcela atendida pela energia requerida do SIN.

Em síntese, a destinação da energia elétrica produzida pelo autoprodutor para uso exclusivo é a característica principal da figura aqui em questão, já que o objetivo é que o investidor na geração se aproprie da produção mediante a alocação da energia produzida para próprio consumo. Nesse caso, a operação é independente das unidades de geração e de consumo estarem ou não no mesmo local, bem como da estrutura societária adotada pelo titular da outorga.

Diante do exposto, **solicitamos que sejam mantidas as regras vigentes**, tanto para o cálculo do consumo líquido para autoprodutores, como a consideração da Geração Total do Agente, quanto a aplicação do ESS e do EER apenas sobre eventual parcela atendida pela energia requerida do SIN (consumo líquido), **independente do arranjo societário. Afastando-se, portanto, a avaliação deste aspecto específico na CP 42/2020 até que seja apresentada a correspondente AIR** tendo em vista a ampla necessidade de discussão aqui evidenciada.

Não menos importante, cumpre destacar que os investimentos em empreendimentos de energia são de grande monta e um período de transição deve ser rigorosamente estudado, tão quanto qualquer mudança que se pretenda realizar. No caso apresentado, a transição apenas se configuraria para outorgas que tenham sido emitidas no ano de 2020, sendo que estas permaneceriam sob a apuração das regras atualmente em vigor. Contudo, a medida é danosa e punitiva ao desconsiderar que há uma série de investimentos já iniciados com base no modelo atual de negócios do setor elétrico que estão em processo de autorização e não necessariamente teriam suas outorgas públicas em 2020, levando à possíveis falências de negócios já maduros e comprometidos.

Por fim, importa recordar que a proposta veiculada nessa CP caminha de forma contrária ao aprimoramento do setor elétrico, altamente discutido nos últimos anos pelos instrumentos de Consulta Pública MME nº 33/017 e, atualmente, pelos Projetos de Lei nº 1.917/2015 (Câmara) e nº 232/2016 (Senado), que melhoram o reconhecimento da figura autoprodutor ao cancelar o conceito do consumo líquido que se dá pela diferença entre o consumo total do autoprodutor e a energia elétrica autoproduzida.