

**Contribuição - Consulta Pública ANEEL nº 42/2020
Aprimoramento das Regras de Comercialização – Janeiro/2021**

1. A Statkraft Energias Renováveis S/A - STATKRAFT, por meio da presente, apresenta sua contribuição para a 2ª fase da Consulta Pública nº 42/2020 – “CP 42/2020”, instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no período de 03.09.2020 a 26.10.2020, com o propósito de colher subsídios para o aprimoramento das Regras de Comercialização, que vigorará a partir de janeiro de 2021, em especial no que tange às alterações abaixo elencadas, conforme segue:

- I. TRATAMENTO DO CONSUMO LÍQUIDO PARA AUTOPRODUTORES;
- II. PENALIDADE DE ENERGIA DE RESERVA; e,
- III. AJUSTE – TIPO DE ENERGIA PARA CBR ANTERIORES À LEI 10.848/2004.

2. Em nossa contribuição abordamos os conteúdos por alterações propostas, tratando cada tema, baseado na opinião legal do escritório de advocacia Demarest Advogados.

I. TRATAMENTO DO CONSUMO LÍQUIDO PARA AUTOPRODUTORES

I.1 BREVE HISTÓRICO DO CASO

3. No âmbito da discussão das Regras de Comercialização para 2019, a SRM havia solicitado à CCEE proposta de alteração no cadernos de Encargos para que “assim como tratado no caderno de AGP, seja considerada para abatimento de carga apenas a geração de uso exclusivo do autoprodutor, desconsiderando a geração que tenha sido comercializada com outro agente no ACR/ACL”.

4. Considerando que a CCEE não enviou as propostas solicitadas, no âmbito da Audiência Pública nº 33/2019, a SRM requereu que a Câmara de Comercialização enviasse:

“(...) os ajustes necessários no cálculo do consumo líquido dos agentes para rateio de encargos para que este considere apenas a geração de uso exclusivo do agente, de forma similar ao que é realizado no módulo Alocação de Geração Própria – AGP, com a ressalva de que o art. 26 da Lei nº 11.488/2007 trata apenas de 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 Isolados (CCC-ISOL), e não trata de Encargos de Serviços de Sistema e nem de Encargos de Energia de Reserva.”¹

5. Por meio da Nota Técnica nº 02/2020, a SRM registrou que “para o pagamento de ESS e ERR não há dispositivo legal que equipare o consumidor com participação em empresas detentoras de outorgas de

¹ Nota Técnica nº 82/2019-SRM/ANEEL, de 01/07/2019

geração a autoprodutor”. Ao final, a SRM deu a seguinte recomendação de encaminhamento para a versão 2021 das Regras de Comercialização:

“a) Para as Regras de Comercialização versão 2020:

- i. O módulo Encargos permanecerá considerando, para fins de cálculo do consumo líquido, a alocação de geração realizada em outras empresas com participação do consumidor, da forma como ocorre atualmente;
- ii. Quanto ao abatimento da energia comercializada, o módulo Encargos não será alterado para 2020;

b) Para as Regras de Comercialização versão 2021:

i. a CCEE deverá encaminhar proposta que contemple o seguinte tratamento para usinas outorgadas a SPE, para efeitos de cálculo do consumo líquido utilizado para pagamento de ESS e ER:

- a) usinas outorgadas até 31/12/2020 poderão ter sua geração utilizada para abatimento da carga de consumidores com CNPJ distintos, os quais possuam participação societária na usina outorgada, da forma como ocorre atualmente;
- b) usinas outorgadas, ou prorrogadas, após 1/1/2021 somente poderão utilizar sua geração para abater a carga do próprio agente outorgado;

ii. não deve ser realizada distinção de tratamento entre os tipos de outorga do agente, se de autoprodução ou produção independente;

iii. deve haver tratamento para empresas com cadastros da matriz e filial como agentes distintos, os quais devem ser tratados como agente único para fins de abatimento de encargos.”

6. Após manifestações contrárias dos agentes, a Procuradoria da ANEEL foi consultada por meio do Memorando nº 100/2020-SRM/ANEEL, que motivou o Parecer nº 00234/2020/PFANEEL/PGF/AGU.

7. Infelizmente, por meio do citado Parecer, a Procuradoria da ANEEL realizou uma análise rasa do tema, partindo da premissa de que, como não há previsão legal tratando especificamente do ESS e do EER, estaria dentro da discricionariedade da ANEEL regular a matéria. Para resumir o entendimento da Procuradoria, transcrevemos dois trechos representativos do Parecer:

“12. Com efeito, conforme informado pela SRM, não há, atualmente, lei que determine, como no caso da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, Programa de Incentivos de Fontes Alternativas - PROINFA e Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCCISOL (Lei nº 11.488/2007), a consideração da geração de usinas em que o consumidor detém participação societária como sendo geração própria. O assunto, portanto, inexistindo previsão

legal específica, inclui-se na discricionariedade técnica da ANEEL, que deve aprimorar a regulação da matéria a fim de melhor atender ao interesse público.

(...)

22. Ante o acima exposto, conclui-se que a modificação das regras de comercialização, conforme apresentada no âmbito da Audiência Pública nº 33/2019, insere-se na função normativa da ANEEL, não se vislumbrando, portanto, nenhum impedimento para que a ANEEL promova os aprimoramentos acerca do tratamento a ser dado às SPE para efeitos de pagamento de ESS e ER. A proposta reflete a atuação normativa da ANEEL, dentro de suas competências, com observância ao interesse público e com vistas à melhor alocação de custos associados aos referidos encargos, preservando-se a segurança jurídica e as situações já consolidadas.”

8. Tendo sido exposto o histórico da questão e os principais argumentos da ANEEL para a alteração da regra, passamos à nossa análise quanto à legalidade da mudança proposta.

I.2. ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIA

I.2.1 VÍCIO DE FORMA: A ALTERAÇÃO PROPOSTA DEVERIA SER OBJETO DE AUDIÊNCIA (E NÃO CONSULTA PÚBLICA) | INEXISTÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

9. A despeito da atribuição da ANEEL para promover alterações nas regras e procedimentos de comercialização atinentes aos CBRs, identifica-se que o método adotado pela Agência no caso concreto padece de vício de forma, o qual será detalhado a seguir.

10. A ANEEL pretende implementar o instituto da Autoprodução por Equiparação no bojo das Regras de Comercialização, versão 2021, o que se dará após a conclusão da Consulta Pública ANEEL nº 42/2020.

11. Na CP nº 42/2020, a ANEEL apresenta, ao todo, propostas de alteração de 9 (nove) itens das regras de comercialização, dos quais 4 (quatro) ela denomina de natureza “regulatória”, 5 (cinco) com natureza de “aprimoramento”, além de outras alterações, as quais denomina de “demais assuntos”.

12. Ocorre que, as alterações propostas pela ANEEL trazem alterações profundas nas regras de comercialização, com potencial impacto em diversos agentes. Por isso, não apenas o assunto tratado neste item, mas também para alterações, a seguir apresentadas, quais sejam, na criação de penalidade de energia de reserva para outras fontes, além da biomassa, bem como às alterações para CBR anteriores à LEI 10.848/2004, os quais são temas que não poderiam ser tratados no ambiente de uma Consulta Pública, como pretendido pela ANEEL.

13. De acordo com o artigo 23 da Norma de Organização ANEEL - 001, instituída pela Resolução Normativa ANEEL nº 273/2007 (“REN nº 273/2007”), a Consulta Pública é um instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.

14. A ANEEL alterações pretendidas pela ANEEL são conceituais, que afetam direitos e deveres de diversos agentes do setor elétrico. O ambiente de consulta escolhido pela ANEEL não é apropriado para promover os tipos de alterações pretendidas, posto que não permite que as discussões sejam realizadas com os agentes afetados e a própria sociedade de forma aprofundada, considerando as peculiaridades de cada caso.

15. Não se discute a competência da ANEEL de, por meio dos mecanismos de participação popular, como a consulta pública, por exemplo, promover o aprimoramento das regras de comercialização de energia. Todavia, a atribuição dada à ANEEL decorre de lei, sendo defeso à Agência regular assuntos estranhos aos limites impostos pela lei.

16. A ambiente de consulta pública escolhido pela ANEEL não pode implicar na aprovação de regras que inovam no mundo regulatório, precisamente o que está ocorrendo no âmbito da CP nº 42/2020.

17. Nesse diapasão, não é válido o argumento de que a alteração na cobrança do EER e do ESS para Autoprodutores por Equiparação já foi objeto da Audiência Pública nº 33/2019. Isso porque, a CP 33/2019 teve como objetivo alterar as Regras de Comercialização, versão 2020. Ou seja, de qualquer forma a ANEEL pretende alterar um instituto legal por meio de Regra de Comercialização.

18. Nos termos do art. 44 da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica², as “Regras de Comercialização constituem um conjunto de regras operacionais e comerciais e suas formulações algébricas, propostas pela CCEE e aprovadas pela ANEEL, aplicáveis à comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE”.

19. Ao mesmo tempo, a Portaria MME nº 349/19973 estabelece, em seu art. 25, que:

“Art. 25. Os atos da ANEEL serão expressos sob a forma de:

(...)

II – resoluções para fins normativos, autorizativos ou homologatórios;

(...)

XI – procedimentos técnicos, estruturados na forma de módulos, CONTENDO INSTRUÇÕES DETALHADAS SOBRE CONTEÚDO DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS que os aprovaram;”

20. Ou seja, as Regras de Comercialização são, como não poderiam deixar de ser, procedimentos técnicos, contendo detalhamentos operacionais sobre o conteúdo das resoluções normativas.

² Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004.

³ Essa Portaria aprova o Regimento Interno da ANEEL, tratando de seu Poder Normativo, Fiscalizatório e de Polícia.

21. Não é cabível, portanto, que a ANEEL venha a “regular” conceitualmente tema sem que haja Resolução Normativa correspondente tratando da matéria. No caso concreto, a situação é ainda mais limítrofe, pois a ANEEL deseja “regular” conceitualmente o tema de modo diverso do tratamento legal.
22. Outro aspecto formal – não menos importante –, que é peremptoriamente desconsiderado pela ANEEL, é o fato de que, mesmo que a presente alteração fosse discutida no âmbito de uma Audiência Pública para fins de publicação de Resolução Normativa, não é possível que matéria de tamanha relevância seja tratada em conjunto com diversos outros temas.
23. A abertura de Consulta Pública com uma infinidade de temas das mais diversas naturezas simplesmente desvirtua e retira a finalidade da participação popular. A instituto da Audiência Pública e da Consulta Pública é justamente discutir com a sociedade alterações e melhorias na regulação.
24. Por meio da confusão de temas, o interesse, foco e racionalidade da participação popular estão fatalmente ameaçados e caracteriza em desvio de finalidade, afrontando os princípios da Eficiência, Motivação, Transparência e Interesse Público.
25. A Consulta Pública, repita-se, deve ter como finalidade tão somente a discussão de aperfeiçoamentos e adequações nas Regras e Procedimentos de Comercialização decorrentes da necessidade de ajustes, correções e/ou alterações regulatórias. No caso de alterações regulatórias, essas devem ter sido objeto, preteritamente, de discussão por meio da competente Audiência Pública.
26. Ademais, o artigo 6º da Lei nº 13.848/2019, prevê que as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), o que também não foi feito pela ANEEL no caso.
27. Muito embora o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório pelas Agência Reguladoras, passará a produzir efeitos a partir de 15.04.2021, a relevância dos itens que estão sendo propostos pela ANEEL recomenda a realização de AIR, já que a edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos deve ser precedida de AIR, o que também está sendo esquecido pela ANEEL nesse caso.
28. Do exposto, considerando que (i) Consulta Pública não é o instituto correto para a discussão de alterações regulatórias; e (ii) mesmo que haja Audiência Pública, as Regras de Comercialização possuem objeto definido, devendo a ANEEL publicar Resolução Normativa, eventual publicação da versão 2021 das Regras de Comercialização que venha a alterar os conceitos hoje vigentes para a autoprodução poderão ser questionados na via judicial, devido à sua ilegalidade.

I.2.2. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 26 DA LEI Nº 11.488/2007 | ESS E EER NÃO SÃO CASOS DE ISENÇÃO

29. Enquanto o PROINFA, a CCC e a CDE incidem sobre a comercialização, o ESS e o EER já incidem sobre o consumo líquido, de maneira que, não havendo hipótese de incidência do encargo, não há o que se falar em isenção.

30. A Nota Técnica nº 347/2007-SEM/ANEEL, que fundamentou o voto da Resolução Normativa ANEEL nº 289/2007, assim dispôs sobre o tema:

“Nos casos onde a SPE é composta por diversas empresas, dentre elas APes e PIEs com consumo próprio, existe uma relação contratual entre a SPE e esses agentes. No âmbito da CCEE, há o registro de contrato de compra e venda de energia entre a SPE (parte 48513.016731/2020-00-1 (ANEXO: 001) vendedora) e o APE/PIE (parte compradora). Na estrutura desses projetos de geração, a existência de contratos de venda de energia assegura o fluxo mensal de recebíveis da SPE, minimizando o risco de inadimplência junto às instituições de financiamento.

Por essa relação contratual entre a SPE e os seus acionistas, configurava-se uma comercialização de energia elétrica, o que impedia a isenção, pelos APes e PIEs com unidade de consumo correlata, do pagamento dos encargos setoriais relativos à CCC-Isolado, à CDE e ao PROINFA.

Com a publicação da Lei nº 11.488, de 2007, foi conferido o entendimento de que a relação contratual existente entre a SPE e os acionistas, que atuam em regime de autoprodução e produção independente, não desfaz o caráter de autoprodução, visto que a parcela de energia produzida, referente à participação desses agentes na constituição do consórcio, é, de fato, um insumo em seu *core business*.”

31. O voto do então Diretor Relator, Dr. Romeu Donizete Rufino, confirmou esse entendimento: “...essa relação contratual entre a SPE e os seus acionistas, configurava-se uma comercialização de energia elétrica, o que impedia a isenção, pelos autoprodutores e produtores independentes com consumo próprio, do pagamento dos encargos setoriais relativos à CCC-Isolado, à CDE e ao PROINFA”.

32. Por outro lado, temos que o EER e o ESS sempre foram cobrados do consumo líquido.

ENCARGO DE ENERGIA DE RESERVA - EER

33. O Decreto nº 6.353/2008, que regulamentou a contratação de energia de reserva, determinou, em seu art. 4º, que os autoprodutores somente seriam responsáveis pelo recolhimento do encargo “na parcela da energia decorrente da interligação ao SIN, (...), a ser disciplinado pela ANEEL”.

34. Essa regra traduz a previsão constante do art. 3-A da Lei nº 10.848/2004, que delegou à ANEEL estabelecer o conceito de “parcela da energia decorrente da interligação ao SIN”.

35. Conforme consta da Nota Técnica nº 209/2008-SEM/ANEEL, elaborada no âmbito da Audiência Pública que tratou da regulação do Decreto nº 6.353/2008, a SEM (atual SRM) assim se posicionou:

“113. 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.”

36. A conclusão da Nota técnica é suportada pelos termos do art. 21 da Resolução Normativa ANEEL nº 337/2008 c/c a premissa 1.2.2 do Caderno 18 das Regras de Comercialização – Contratação de Energia de Reserva.

37. Para melhor esclarecimento da questão, segue transcrição dos dispositivos:

REN 337/2008

“Art. 21. Para promover o rateio dos custos decorrentes da contratação da energia de reserva, a CCEE deverá observar o montante de geração proveniente dos empreendimentos de autoprodução e produção independente destinado ao atendimento de unidades de consumo correlatas, conforme os seguintes critérios:

I – para os agentes de geração participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, a geração destinada ao atendimento das unidades de consumo correlatas deverá ser definida com base na energia assegurada alocada; e

II – para os agentes de geração não participantes do MRE, a geração destinada ao atendimento das unidades de consumo correlatas deverá ser definida com base na geração verificada.

Parágrafo único. 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, nos termos deste artigo.”

CADERNO 18 – REGRAS DE COMERCIALIZAÇÃO

Premissa 1.2.2

“(…)

Com relação ao rateio dos custos decorrentes da contratação de Energia de Reserva, a parcela devida individualmente pelos Usuários de Energia de Reserva é obtida em base anual, de acordo com os dados de medição do consumo registrados na CCEE para efeito de Contabilização do MCP nos últimos doze meses, sendo considerado, nesse rateio, os montantes de geração provenientes dos empreendimentos de autoprodução e produção independente destinados ao atendimento de unidades de consumo correlatas.”

38. Verifica-se, portanto, que não há dúvida que o EER somente é cobrado pelo consumo líquido e, portanto, não haveria motivo para que fosse citado para fins de isenção.

ENCARGO DE SERVIÇO DE SISTEMA - ESS

39. Em relação ao pagamento do ESS, também entendemos que este é cobrado somente em relação à parcela do consumo líquido do agente.

40. Não obstante a distorção criada pela tão comentada Resolução CNPE nº 03/2013, a Lei nº 10.848/2004, o Decreto nº 5.163/2004 e o §2º do art. 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 551/2013 não deixam dúvidas sobre qual parcela incidem os Encargos de Serviço do Sistema.

41. Para melhor entendimento do tema, segue a transcrição dos trechos mais importantes das citadas normas e documentos, *in verbis*:

Lei nº 10.848/2004

“§ 10. As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros:

I - a geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado ou por razões de segurança energética, a ser alocada nos consumidores com possibilidade de diferenciação entre os submercados;”

Decreto nº 5.163/2004

“Art. 59. As regras e os procedimentos de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive dos serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros:

I - custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado;

I - a geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão em cada submercado ou por razões de segurança energética, a ser alocada aos consumidores com possibilidade de diferenciação entre os submercados;”

REN 551/2013

“Art. 2º Para determinar o montante de energia comercializada de que tratam o § 5º do art. 2º e o item IX do Anexo da Resolução CNPE nº 3, de 2013, deverá ser considerado o maior valor, em módulo, entre:

I – a quantidade líquida de energia associada aos ativos de medição do agente da CCEE, dada pela diferença entre a geração, incluindo os efeitos do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, e o respectivo consumo;

II – a posição contratual líquida do agente da CCEE, aferida pela diferença entre os montantes dos contratos de compra e de venda de energia registrados; e

III – o balanço energético do agente da CCEE, obtido com base nos montantes de energia relativos à exposição ao Mercado de Curto Prazo – MCP.

(...)

§2º Para o autprodutor e o consumidor participantes de sociedade de propósito específico ou de consórcio, a energia alocada para consumo próprio não deverá ser considerada como energia comercializada. (...)"

42. Corroborando com o entendimento, vale a transcrição do item 7 do voto do Diretor Relator da Audiência Pública nº 30/2013:

VOTO AP 30/2013

“A SEM e a SRG propuseram, ainda, o acolhimento da ressalva, pleiteada pela ABIAPE, de que, no caso dos autoprodutores, seja considerada como energia comercializada, sobre a qual incide o encargo de segurança energética, a parcela do consumo não coberta por geração própria, geração essa que inclui a energia vinculada à participação de autprodutor em Sociedades de Propósito Específico – SPEs, à semelhança do rateio dos custos associados ao despacho por ultrapassagem da Curva de Aversão a Risco - CAR.”

43. Verifica-se, portanto, que tanto o EER quanto o ESS são encargos que já recaem sobre o consumo líquido do consumidor, não havendo fundamento para a existência de previsão de isenção, como ocorre com o PROINFA, CCC e CDE.

44. Como se não bastasse, será demonstrado a seguir que, além de não haver fundamento e/ou motivação para que o ERR e o ESS figurassem na redação do art. 26 da Lei nº 11.488/2007, tal fato também não é cabível sob a dimensão fática por uma simples razão: esses encargos não existiam e/ou não eram cobrados quando da publicação da referida Lei.

1.2.3. SUPERVENIÊNCIA DA CRIAÇÃO E/OU COBRANÇA DOS ENCARGOS EM RELAÇÃO À LEI Nº 11.488/2007

45. O argumento superficial das áreas técnicas e da Procuradoria da ANEEL de que a inexistência de menção do ESS e do EER no texto da Lei possibilitaria que a Agência Reguladora viesse a regular a matéria de

acordo com sua discricionariedade é falso, também por uma razão fática: os citados encargos sequer existiam e/ou eram cobrados quando da publicação da Lei nº11.488, em 15.06.2007⁴.

46. Por outro lado, o ESS passou a ser cobrado somente, em 20.12.2007, com o advento da Resolução CNPE nº 08/2007.

47. Da mesma forma, o EER foi regulamentado pelo Decreto nº 6.353, de 16.01.2008, e regulado pela Resolução Normativa ANEEL nº 337, de 11.11.2008.

48. Nesse sentido, não é necessário maiores digressões para verificar que, mesmo que desconsiderássemos os argumentos constantes dos itens anteriores da presente Contribuição, ainda assim, estaríamos diante de um argumento fático incontestável: não era possível que o legislador pudesse ter previsto algo em Lei que ainda não existia e/ou era cobrado.

49. Para colocar uma pá de cal sobre a questão, vale transcrever trecho do Parecer do Relator da Lei de Conversão da Medida Provisória nº 351/2008, Deputado Odair Cunha, que deu origem à Lei nº 11.488/2007:

“O art. 26 do PLV visa a incentivar novos investimentos na expansão do sistema de geração pelo próprio consumidor de energia elétrica. A proposta ESTENDE OS DIREITOS DE AUTOPRODUTORES JÁ ESTABELECIDOS EM LEI PARA A SITUAÇÃO EM QUE ESSES PARTICIPEM DE UMA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, a atividade de autoprodução é isenta do 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 Isolados (CCC-ISOL).”

50. Não resta dúvida, portanto, que a intenção do legislador (mens legislatoris) foi a de refletir e citar os encargos que estavam previstos na legislação em vigor, mas não excluir qualquer outro futuro, uma vez que o escopo maior da proposta foi de estender os direitos de autoprodutores para os acionistas de SPEs com outorga de geração.

51. Verifica-se, assim, que também por uma análise fática e temporal, não subsiste o argumento da ANEEL para a exclusão do ESS e do EER como benefícios do Autoprodutor por Equiparação.

I.2.4. DA IMPOSSIBILIDADE DE A ANEEL CRIAR DISTINÇÃO ONDE O LEGISLADOR NÃO O FEZ (UBI LEX NON DISTINGUIT NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS)

52. O conceito da Autoprodução por Equiparação foi criado justamente para incentivar o instituto da autoprodução no país, possibilitando que o consumidor possa, cada vez mais, participar e viabilizar a expansão do parque gerador por meio da financiabilidade de projetos no Ambiente de Contratação Livre.

⁴ Conversão da Medida Provisória nº 351/2007.

53. Para comprovar o que ora se afirma, cumpre transcrever outro importante trecho do Parecer do Deputado Relator Odair Cunha, no processo de conversão da MP nº 351/2007, *in verbis*:

“No entanto, a forma de financiamento dos projetos de médio e grande porte de hidrelétricas por bancos de fomento tem sido especialmente por meio da chamada Sociedade de Propósito Específico – SPE, por permitir que agentes de diversas naturezas associem-se num mesmo empreendimento. Todavia, essa forma de financiamento tem inviabilizado a participação dos autoprodutores de energia do País, uma vez que, ao se constituir uma SPE com a participação de autoprodutor, a entrega de energia por essa empresa ao autoprodutor caracteriza uma comercialização sujeita a todos os encargos e não a uma autoprodução.

A PRESENTE ALTERAÇÃO BUSCA, JUSTAMENTE, SUPERAR ESSA DISTORÇÃO, PERMITINDO AOS AUTOPRODUTORES QUE INGRESSAREM EM SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO A EQUIPARAÇÃO ÀQUELES QUE REALIZARAM INVESTIMENTOS INDIVIDUAIS OU NA FORMA DE CONSÓRCIOS. Nota-se, portanto, QUE NÃO SE TRATA DA CRIAÇÃO DE UM NOVO DIREITO OU BENEFÍCIO, MAS DE PERMITIR QUE A AUTOPRODUÇÃO POSSA CONTINUAR EXPANDINDO SUA CAPACIDADE GERADORA COM CONDIÇÕES ISONÔMICAS, INDEPENDENTEMENTE DO ARRANJO SOCIETÁRIO ESCOLHIDO.” (Grifos nossos)

54. A simples leitura do trecho destacado da transcrição expõe a idiosincrasia pretendida pela ANEEL, que conflita paradoxalmente com o intuito da Lei.

55. Para confirmar e tornar ainda mais cristalina a intenção do legislador, em 2015 a Lei nº 13.203 veio a acrescentar artigos na Lei nº 11.488/2007, reforçando o instituto da Autoprodução por Equiparação. E não é só: no voto do Relator da Lei de Conversão, Senador Eunício de Oliveira, resta expresso o espírito da Lei:

“O ambiente de negócios envolvendo a autoprodução também pode ser enormemente alavancado mediante alteração no art. 26 da Lei nº 11.488, de 2007. A redação atual trouxe importante aprimoramento ao arcabouço legal AO EQUIPARAR A AUTOPRODUTOR TODO CONSUMIDOR QUE PARTICIPE DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO CRIADA PARA FINS DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Isso permitiu o desenvolvimento de projetos de geração de energia própria mediante modelo de Project Finance, estruturação financeira mais adequada à implantação de empreendimentos de infraestrutura. Entretanto, o fato de a legislação não ter especificado o tipo de participação que deveria ser considerada na análise dos limites para equiparação acabou criando um efeito colateral na estrutura do negócio, impedindo o desenvolvimento de modelos financeiros já consagrados, em particular o uso do mercado de ações para captação de recursos. Essa lacuna faz com que a diluição da participação do autoprodutor no capital social da SPE reduza conseqüentemente, sua parcela de geração própria, que não paga determinados encargos. Para corrigir esse efeito colateral, proponho alteração visando a permitir que a energia gerada em SPE e destinada à autoprodução seja alocada proporcionalmente apenas às ações da sociedade com direito a voto, permitindo assim que o autoprodutor venha a captar recursos privados de longo prazo por meio de ações sem direito a voto.

Esse mecanismo já é bastante difundido no mercado financeiro e busca incentivar o investimento de longo prazo no País.” (Grifos nossos)

56. Verifica-se, portanto, que em momento algum o Legislador faz qualquer ressalva ou distinção entre o Autoprodutor por Equiparação e o Autoprodutor “tradicional” (detentor direto da outorga). Muito pelo contrário: o Parecer é expresso ao falar em EQUIPARAÇÃO e fortalecimento do instituto.

57. É absolutamente pacífico na doutrina e jurisprudência pátria que não cabe ao intérprete (no caso a ANEEL) distinguir naquilo que o legislador não o fez.

58. Da mesma forma o Princípio da Legalidade⁵ determina que à Administração Pública somente cabe fazer aquilo que a lei permite, sendo absolutamente defeso à ANEEL utilizar-se de falsa “omissão” legislativa para justificar a cobrança de encargo para os Autoprodutores por Equiparação.

59. Em outras palavras, mesmo que realmente estivéssemos falando de uma omissão legislativa, ainda assim a ANEEL não poderia criar um fato gerador e distinção não prevista e/ou autorizada por Lei.

60. Conclui-se, também por esse aspecto, que proposta da ANEEL é não só ilegal e contra legem, mas também ofende princípios básicos da Administração Pública.

I.2.5. OFENSA A PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

61. O Princípio da Confiança Legítima (também conhecido como Princípio da Não-Surpresa ou Legítima Expectativa) diz respeito à manutenção de atos administrativos ou Cláusulas Contratuais cujos efeitos se prolongaram no tempo, gerando no administrado uma expectativa legítima de continuidade. Referido princípio mira a necessária estabilização das relações entre a administração pública e os administrados, objetivando que o administrado não fique à mercê de decisões e atos contraditórios, surpreendentes e abruptos da Administração Pública.

“Infringe-se o princípio (da confiança legítima) quando a Administração outorgou uma razoável esperança de obtê-las (referindo-se a subvenções), já que estavam contidas na normativa específica ao caso, promovida por uma campanha publicitária oficial, produzindo nos destinatários a crença proporcionada pela boa-fé de obter uma resposta positiva, sob cuja perspectiva os empresários e o autor se comprometeram aos correspondentes gastos de inversão e contratação do pessoal para o que prometeu o benefício que finalmente lhes é negado pela única razão de não haver consignação financeira (...) aparece uma conduta administrativa criadora de uma decisão no administrado, que sob os parâmetros da boa-fé, não pode ficar desamparada.”⁶

⁵ Previsto no art. 37 da Constituição Federal.

⁶ GONZALEZ PEREZ, Jesus. El Principio General de La Buena Fe em El Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1989.

62. Por sua vez, o Princípio da Segurança Jurídica, insculpido no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal é aquele que tem por objetivo assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, frente à inevitável evolução do Direito, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial. Trata-se de um princípio com diversas aplicações, como a proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

63. Dentro desse cenário, os Tribunais brasileiros já tiveram diversas oportunidades para analisar a aplicabilidade de tais princípios aos Administrados, sendo entendimento pacífico que a Confiança Legítima do Administrado deve ser preservada diante de atos administrativos que possam frustrar o ato jurídico perfeito, por exemplo.

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 138 E 139, I, DO CÓDIGO CIVIL. OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXONERAÇÃO A PEDIDO, COM O FIM DE ASSUMIR CARGO ESTADUAL PARA O QUAL FOI NOMEADO. OCORRÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL NA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO SERVIDOR. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. POSSIBILIDADE DE INVALIDAÇÃO DO ATO DE EXONERAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 140 DO CC/2002. (...)

5. Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.” (Resp 1229501/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 06/12/2016 – grifos nossos)

64. Resta cristalino, assim, que o Administrado possui a Confiança Legítima com a Administração Pública, o que deve preservar a respectiva Segurança Jurídica de suas relações comerciais e jurídicas em suas atividades. Frise-se, inclusive, que o Princípio da Segurança Jurídica é um dos fundamentos da própria Lei nº 10.848/2004, cuja exposição de motivos assim dispõe:

“4. Além disso, em sua implantação, 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.” (grifos nossos)

65. Ora, a regra prevista no art. 26 da Lei nº 11.488/2007 vigora há mais de 13 (treze) anos. Atualmente, até mesmo pelas mudanças do Mercado de Energia Elétrica Brasileiro, diversos consumidores têm buscado a migração para o Mercado Livre e buscado a estruturação de projetos de Autoprodução por Equiparação.

66. No decorrer desses 13 (treze) anos, o próprio art. 24 da Lei sofreu alteração para fortalecer ainda mais o instituto (em 2015, por meio da Lei nº 13.203/2015), bem como a ANEEL já se debruçou sobre o tema mais de 7 (sete) vezes somente nos últimos 4 (quatro) anos, por meio de alterações no Caderno 21 das Regras

de Comercialização (Alocação de Geração Própria, que trata sobre a operacionalização e regras algébricas da Autoprodução).

67. Em outras palavras, é razoável, proporcional, eficiente, moralmente justificado e/ou legítimo que a ANEEL venha a alterar uma regra posta há mais de 13 (treze) anos sem qualquer motivação e/ou fato novo?

68. Mais do que isso, é razoável e/ou moral que a ANEEL, repentinamente, alegue que o ESS e o EER devem ser cobrados pois não estavam previstos como isenção em uma Lei de 2007, mesmo após essa própria ANEEL discutir e ajustar inúmeras vezes o Caderno nº 21 das Regras de Comercialização, sempre confirmado que tais encargos não deveriam ser cobrados os Autoprodutores por Equiparação?

69. A resposta para as duas perguntas é não.

70. Vale registrar, ainda, que caso fosse legal e/ou correto o argumento utilizado pela ANEEL, tal fato poderia ser caracterizado como a representação de um erro grosseiro da Agência Reguladora, com prejuízos concretos a terceiros que poderia ser objeto, até mesmo, de responsabilização da Agência Reguladora. Explica-se.

71. No voto de encaminhamento da proposta da Audiência Pública nº 33/2019, com fundamento na Nota Técnica nº 2/2020-SRM-SRG/ANEEL, a Diretora Relatora assim justificou a proposta de alteração:

“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; e que (ii) a sazonalização da geração (lastro e MRE) e de contratos é realizada antes do início de cada ano, já tendo ocorrido para o ano de 2020, entendendo adequado endereçar o assunto da seguinte maneira: (...)”

72. Em primeiro lugar, a afirmativa de “não haver previsão legal” para a equiparação entre consumidores acionistas de SPEs e autoprodutores é falsa.

73. Em segundo lugar, caso a afirmativa fosse verdadeira (o que não é), seria a confissão de um dos erros mais grosseiros – se não o pior – já cometido pela Agência Reguladora. Qual seja: perceber, depois de mais de 13 (treze) anos, que vem regulando um instituto e confirmando uma regra, ano após ano, SEM QUE HAJA QUALQUER PREVISÃO LEGAL (?!).

74. Ora, a justificativa não se sustenta por qualquer prisma que se analise a questão. A previsão legal existe, é expressa, e vem sendo regulada e cumprida regularmente pela ANEEL desde a sua criação, não havendo qualquer motivo, fundamento, argumento jurídico e/ou fato novo que justifique a proposta ora empossada pela Agência Reguladora.

I.2.6. DA INTEMPESTIVIDADE E ILEGALIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO PROPOSTA PELA ANEEL

75. Tendo sido expostos todos os argumentos que denotam a ilegalidade da proposta constante da CP 42/2020, melhor sorte não assiste à regra de transição proposta, a qual transcrevemos a seguir:

“(b) Para as Regras de Comercialização versão 2021:

i. a CCEE deverá encaminhar proposta que contemple o seguinte tratamento para usinas outorgadas a SPE, para efeitos de cálculo do consumo líquido utilizado para pagamento de ESS e ER;

a) usinas outorgadas até 31/12/2020 poderão ter sua geração utilizada para abatimento da carga de consumidores com CNPJ distintos, os quais possuam participação societária na usina outorgada, da forma como ocorre atualmente;

b) usinas outorgadas, ou prorrogadas, após 1/1/2021 somente poderão utilizar sua geração para abater a carga do próprio agente outorgado; (...)”

76. Em primeiro lugar, ao estabelecer esse marco temporal, a ANEEL cria distinção (não prevista em lei) que atinge a atratividade, viabilidade econômica e financiabilidade entre projetos outorgados antes e após 31.12.2020, sem que haja qualquer comando legal, motivação e/ou fato superveniente que justifique tal situação.

77. Em segundo lugar, a proposta de regra de transição da ANEEL desrespeita o ato jurídico perfeito, uma vez que considera somente a data de outorga dos empreendimentos, mas ignora que muitos projetos já estão contratados para início de vigência a partir de 2021, cujas outorgas ainda não foram emitidas.

78. Em homenagem à objetividade, entendemos não serem necessárias maiores digressões sobre a proteção constitucional à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito, valendo frisar que o Ministério de Minas e Energia – MME estabelece carta de “Princípios para Atuação Governamental no Setor Elétrico”, que representou marco importantíssimo na forma de atuação do Estado dentro do Setor Elétrico. Nesse documento, os princípios foram agrupados em três categorias: (1) eficiência; (2) equidade; e (3) sustentabilidade do marco normativo.

79. Dentro do terceiro grupo, o Ministério de Minas e Energia estabeleceu o que chamou de “Princípio da Credibilidade”, no qual o MME chegou a criar o conceito de “santidade dos contratos”, conforme trecho a seguir transcrito:

“No entanto, assegurar a credibilidade requer também atenção à garantia da segurança jurídica e à santidade de contratos. Direitos e obrigações contratuais devem ser PROTEGIDOS.”

80. Nesse sentido a proposta da ANEEL caminha em sentido contrário da sinalização de estabilidade regulatória e segurança jurídica que se espera da Agência Reguladora.

I.3. CONTRIBUIÇÃO

81. Os argumentos das áreas técnicas e da Procuradoria Federal para justificar a proposta de alteração não procede uma vez que:

- Em primeiro lugar, o EER e o ESS não necessitariam de regra de isenção, uma vez que, ao contrário do PROINFA, CDE e CCC, aqueles encargos somente incidem sobre o consumo líquido dos agentes;
- Em segundo lugar, quando da publicação da Lei nº 11.488/2007 (Conversão em Lei da Medida Provisória nº 351/2007) o ESS e o EER não existiam e/ou eram cobrados;
- Em terceiro lugar, é regra básica de hermenêutica jurídica de que, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir;
- Além disso, a extemporaneidade da ANEEL atinge, ainda, a legítima expectativa do administrado. Caso a Lei realmente tivesse tido como intuito criar essa distinção, a ANEEL não só demorou 13 (treze) anos para regular a matéria, como, ao longo desses 13 (treze) anos, regulou o tema exatamente no sentido contrário, ou seja, isentando, expressamente, o Autoprodutor por Equiparação quanto ao pagamento do ESS e do EER;
- Em relação à regra de transição proposta pela ANEEL, além de insuficiente, ela cria situação anti-isonômica e sem qualquer parâmetro e/ou justificativa razoável, além de não respeitar o ato jurídico perfeito, uma vez que nada trata sobre os projetos já contratados para início de fornecimento nos próximos anos; e,
- Sob o aspecto formal, entendemos que a Consulta Pública não é o fórum adequado para tratar de alteração regulatória de tamanha relevância, desvirtuando e afastando a finalidade do instituto da participação popular.
- Pelas razões supracitadas, entendemos que a alteração proposta, acerca da apuração do consumo líquido de forma a desconsiderar, para cálculo do ESS e do EER, como abatimento da carga do APE a energia por ele produzida para consumo próprio, via SPE (APE por Equiparação), não deve prosperar.

II. PENALIDADE DE ENERGIA DE RESERVA

82. Outro tema bastante relevante tratado no âmbito da CP nº 42/2020, e que merece atenção especialmente em relação ao prisma conceitual é a regulação da penalidade por insuficiência de lastro de Energia de Reserva para as fontes eólica, solar e hidráulica.

83. De acordo com a Nota Técnica nº 100/2020-SRM-SRG-SEL/ANEEL, que propôs a instauração de segunda fase da CP nº 42/2020, a SRM verificou a existência de uma suposta lacuna regulatória, consistente na falta da regulação da penalidade por insuficiência de lastro para atendimento à contratação de energia reserva prevista no art. 7º do Decreto nº 6.353/2008, para as fontes eólica, solar e hidráulica.

“Art. 7º Em relação aos leilões de que trata este Decreto, a entrada em operação comercial das unidades geradoras do empreendimento que comporá a Reserva poderá ocorrer durante os anos subsequentes ao início da entrega da energia contratada, ficando assegurada, neste caso, a contratação de toda a parcela da

garantia física proveniente do respectivo empreendimento que for contratado como Reserva.

Parágrafo único. Deverá haver aplicação de penalidades no caso de não entrada em operação comercial de quaisquer unidades geradoras até as respectivas datas previstas no cronograma do empreendimento, bem como no caso de sua indisponibilidade, na forma a ser regulamentada pela ANEEL”.

84. Essa penalidade já está atualmente regulada por meio da Resolução Normativa nº 452/2011 (REN nº 542/2011) e refletida nas Regras de Comercialização, mas sua aplicação ocorre apenas para as usinas movidas a biomassa. De acordo com a ANEEL, a inexistência de previsão dessa penalidade para todas as demais fontes constituiria uma “lacuna”.

85. Por isso, propõe que essa suposta “lacuna” seja sanada por meio da extensão da aplicação da penalidade disposta na REN nº 452/2011 a todas as demais fontes de energia com contratação de energia de reserva, como eólicas, solares e hidráulicas. A operacionalização dessa penalidade nas Regras de Comercialização, por sua vez, seria disposta no Módulo de Penalidade de Energia de Reserva.

II.1 ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIA

II.1.1 ATRIBUIÇÃO DA ANEEL PARA REGULAR O TEMA

86. Conforme mencionado anteriormente, a ANEEL alega a existência de uma “lacuna” regulatória, consistente na falta da regulação da penalidade por insuficiência de lastro para atendimento à contratação de energia de reserva prevista no art. 7º do Decreto nº 6.353/2008, para as fontes eólica, solar e hidráulica.

87. Para sanar essa suposta lacuna, a ANEEL propõe a extensão da aplicação da penalidade disposta na REN nº 452/2011 (aplicável às usinas à biomassa) às demais fontes de energia, e consideração da aplicação dessa penalidade no Módulo de Penalidade de Energia de Reserva das Regras de Comercialização com efeitos a partir de 2021.

88. A Lei nº 9.427/1996 confere à ANEEL poder normativo para regular os setores de produção, de transmissão, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, mas sempre em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal.

89. Muito embora, como entidade reguladora, a ANEEL tenha certa discricionariedade para exercer seu poder normativo, essa margem de atuação jamais pode contrariar, negar ou esvaziar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

90. Nesse sentido, não há como se negar que a Agência possua atribuição para regular a aplicação de penalidades de energia de reserva, nos termos do art. 7º do Decreto nº 6.353/2008.

91. Todavia, a regulação a ser realizada pela ANEEL não pode ofender e/ou de qualquer forma alterar as condições iniciais dos Leilões e dos Contratos de Energia de Reserva (“CER”). Do mesmo modo, é vedado a cumulação de penalidades por um mesmo fato gerador.

92. Não há sequer o argumento de “fato novo”, uma vez que a ANEEL já tratou do tema da penalidade de lastro para as Usinas movidas à biomassa em 2011. Não há como justificar que, 9 (nove) anos depois, a ANEEL tenha se “lembrado” de regular tal penalidade para as Usinas de fonte eólica e, por isso, queira desconsiderar regras de Leilões já realizados e nos quais os empreendedores não precificaram esse risco.

93. Dessa forma, caso a ANEEL venha a aprovar a proposta da forma como pretendida, verificamos a possibilidade de questionamento a respeito da legalidade da medida, conforme será melhor detalhado a seguir.

II.1.2 IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PENALIDADES

94. A partir de uma análise dos Contratos de Energia de Reserva em vigor, em especial àqueles para as fontes eólicas (caso da STATKRAFT), verifica-se que os instrumentos já preveem a aplicação de penalidades na ocorrência de atraso e indisponibilidade. Em outras palavras, a Cláusula 3.5 do CER dispõe acerca da penalidade prevista no parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 6.353/2008:

3.5. Os riscos financeiros associados à diferença entre a ENERGIA GERADA e a ENERGIA CONTRATADA, quando da verificação de desvios negativos de geração, serão assumidos pelo VENDEDOR, nos termos do CONTRATO.

3.5.1. A diferença de que trata esta Subcláusula pode estar atrelada a:

- (i) ocorrência de ventos em intensidade inferior ao considerado em estudos realizados na fase de projeto;
- (ii) entrada em operação comercial da USINA em data posterior a 1º de julho de 2012; e/ou
- (iii) indisponibilidade de aerogeradores em nível superior aos índices de desempenho de referência.

95. O CER celebrado pela STATKRAFT, como visto, possui cláusula expressa (3.5) tratando a respeito da penalização havida nos casos de indisponibilidade do vendedor, exatamente o objeto da penalidade que a ANEEL pretende regular via CP nº 42/2020. O tratamento das indisponibilidades é tratado como ressarcimento a ser feitos pelo vendedor no âmbito do contrato, conforme Cláusula 11.

CLÁUSULA 11 – DO RESSARCIMENTO POR DESVIOS NEGATIVOS DE GERAÇÃO

11.1. Os riscos financeiros associados à diferença entre a ENERGIA GERADA e a ENERGIA CONTRATADA, conforme disposto na Subcláusula 3.5, serão tratados, para efeito do CONTRATO, como ressarcimento devido pelo VENDEDOR.

96. Com efeito, observa-se que o CER celebrado pela STATKRAFT já possui previsão de penalidade para a hipótese de indisponibilidade da energia contratada, justamente com o objetivo de atender o disposto no parágrafo único do Decreto nº 6.353/2008.

97. O princípio do non bis in idem veda à Administração Pública aplicar uma segunda sanção a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira penalidade. Em outras palavras, o princípio estabelece que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal.

98. Trata-se de um princípio geral de direito, consagrado como imperativo pelo inciso VI do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que veda a “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, precisamente o que impede a dupla penalização. O mesmo dispositivo está previsto no artigo 5º V da Norma de Organização ANEEL - 001, instituída pela Resolução Normativa ANEEL nº 273/2007 (“REN nº 273/2007”).

99. Ora, se é assim, a alteração proposta pela ANEEL no âmbito da CP nº 42/2012 significaria sujeitar a STATKRAFT à dupla sanção, visto que tal circunstância já se encontra regulada e penalizada pelas Cláusulas 3.5 e 11 do atual Contrato de Energia de Reserva firmado.

100. Do exposto, é ilegal que o agente seja penalizado duplamente pela ocorrência de um mesmo fato gerador, sob pena de violação ao princípio do non bis in idem.

101. Ressalte-se que, quando da Audiência Pública nº 009/2011, que deu origem à REN nº 452/2011, a ANEEL não acatou as sugestões dos agentes de que se estaria diante de uma dupla penalização, sob o fundamento de que a cláusula de ressarcimento seria um incentivo à performance da usina, enquanto que *“a obrigação de constituição de lastro é obrigação dos agentes vendedores perante o mercado em geral, conforme consta do Decreto nº 5.163/2004, e não perante o contrato”*.

102. Com fundamento nesse precedente, entendemos ser provável que a ANEEL desconsidere, no âmbito administrativo, as contribuições contrárias à proposta e implemente as alterações ora em discussão, cabendo aos agentes interessados optar pela discussão por meio de Requerimento Administrativo perante a própria ANEEL e/ou perante o Poder Judiciário.

II.1.3 VEDAÇÃO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES POSTERIORES AOS LEILÕES

103. Caso a ANEEL entenda que a inclusão da nova regra não estaria prevista no CER e que, portanto, não seria o caso de dupla penalização, então estaríamos diante de uma nova penalidade, não prevista quando da realização do Leilão e assinatura do Contrato de Energia de Reserva.

104. Especificamente no caso dos vendedores de fonte eólica, os CERs em vigor já contêm previsão expressa de aplicação da penalidade previsto no Decreto nº 6.353/2008, já que a Cláusula 3.5 do CER c/c Cláusula 11 dispõe acerca da penalidade prevista no parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 6.353/2008.

105. Interessante observar que a alínea “iii” da Subcláusula 3.5.1. dos citados CERs, indica expressamente que os vendedores deverão assumir os desvios decorrentes de indisponibilidade do empreendimento de geração, desvios esses que serão tratados para fins do CER conforme Cláusula 11, i.e., como ressarcimento.

106. Ou seja: ou a penalidade já consta dos CERs e, portanto, não teria cabimento a ANEEL criar nova penalidade pelo mesmo fato gerador, ou trata-se de nova penalidade, que deve ser considerada apenas para eventuais novos Leilões.

107. Quando da realização, homologação e adjudicação do Leilão vencido pela Statkraft, o respectivo Contrato de Energia de Reserva continha as penalidades, obrigações e direitos alinhados com a legislação e regulação vigentes à época.

108. A criação de nova penalidade e sua aplicação a contratos já firmados e vigentes é claro atentado ao ato jurídico perfeito, à observância do instrumento convocatório e à legítima expectativa do administrado. Nenhum dos participantes daquele Leilão de Energia de Reserva precificaram esse risco/penalidade, gerando claro desequilíbrio econômico-financeiro.

109. Adicionalmente, é um precedente indesejado sob o prisma da segurança jurídica e estabilidade regulatória.

110. Embora a ANEEL possua atribuição para regular a comercialização de energia no país, inclusive aquela afeta à energia de reserva, não pode criar e/ou aplicar uma penalidade distinta da que estava prevista quando da realização do Leilão e a formalização do CER.

111. A Constituição Federal em seu artigo 5º XXXVI assegura que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em outras palavras, não pode um ato normativo posterior prejudicar uma relação contratual consolidada, portanto, um ato jurídico perfeito, cujas condições econômicas estavam expressamente previstas no instrumento contratual de regência.

112. A criação de uma nova penalidade pressupõe a alteração das condições efetivas da proposta que embasou a contratação (Edital e CER), o que viola o artigo 37 XXI da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

113. A Lei nº 9.427/1996 estabelece em seu artigo 23 que as licitações realizadas no setor elétrico devem observar como norma geral, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei de Licitações, que estabelece em seu artigo 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade,

da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

114. O artigo 41 da Lei nº 8.666/1993 incorpora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao estabelecer que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

115. Portanto, a introdução de penalidade por insuficiência de lastro no âmbito dos Contratos de Energia de Reserva impõe ônus não previsto e não mensurado pelo empreendedor quando da sua adesão ao certame, ofendendo às garantias legais e constitucionais de manutenção às condições e vinculação ao edital.

116. Isso posto, a penalidade que vier a ser implementada pela ANEEL a partir da CP nº 42/2020 deverá ser aplicável exclusivamente sobre os contratos decorrentes de leilões posteriores à data da aprovação das regras de comercialização, sendo vedado que referida penalidade seja aplicada direta e imediatamente aos CERs em curso.

117. Assim, com fundamento no artigo 5º XXXVI da Constituição Federal c/c artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, a penalidade por insuficiência de lastro de energia de reserva não pode atingir os Contratos de Energia de Reserva em curso.

118. Nesse sentido, é importante ressaltar o que estabelece a carta de “Princípios para Atuação Governamental no Setor Elétrico”, que representou marco importantíssimo na forma de atuação do Estado dentro do Setor Elétrico. Nesse documento, os princípios foram agrupados em três categorias: (1) eficiência; (2) equidade; e (3) sustentabilidade do marco normativo.

119. Dentro do terceiro grupo, o Ministério de Minas e Energia estabeleceu o que chamou de “Princípio da Credibilidade”, no qual o MME chegou a criar o conceito de “Santidade dos Contratos”, conforme trecho a seguir transcrito:

120. “No entanto, assegurar a credibilidade requer também atenção à garantia da segurança jurídica e À SANTIDADE DE CONTRATOS. DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DEVEM SER PROTEGIDOS.”

121. Faz-se necessário registrar e relembrar as precisas palavras do Ministro Bento Albuquerque, *in verbis*⁷:

“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.

⁷http://www.mme.gov.br/documents/36070/489063/20190423_Di%C3%A1logo+com+Agentes+do+Setor+El%C3%A9trico+%28Discurso+GM%29.pdf/6639f62c-d74c-6902-0bf1-0a14e5a8e68e

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. ”

122. Como prova do que se aduz, cumpre transcrever o entendimento do Diretor Geral da ANEEL quando ainda era o Relator do Processo de Audiência Pública nº 85/13, que também tratou do aperfeiçoamento de regras de comercialização e de sua aplicação aos contratos vigentes antes da alteração da norma:

“33. Observa-se que, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, **DEVE-SE ADOPTAR A INTERPRETAÇÃO DA NORMA ADMINISTRATIVA DA FORMA QUE MELHOR GARANTA O ATENDIMENTO AO FIM PÚBLICO A QUE SE DIRIGE, VEDADA APLICAÇÃO RETROATIVA DE NOVA INTERPRETAÇÃO.**”

34. No caso, avalia-se que a interpretação apresentada pela SRM e chancelada pela Procuradoria (consumidor especial como espécie de consumidor livre) é a que melhor garante o atendimento à finalidade pública pretendida pela legislação e pela regulação setorial, razão pela qual deve ser privilegiada.

35. **DEVE-SE**, todavia, diante de razoável dúvida, **EM HOMENAGEM À SEGURANÇA JURÍDICA E À ESTABILIDADE REGULATÓRIA**, evitar a aplicação retroativa da (nova) interpretação preferida. **ASSIM, ESTA RELATORIA PROPÕE QUE AS ALTERAÇÕES NORMATIVAS RECOMENDADAS PELA SRM SEJAM APLICÁVEIS APENAS AOS CCEARS DECORRENTES DE LEILÕES DE ENERGIA EXISTENTE REALIZADOS APÓS SUA PUBLICAÇÃO.**”

123. O entendimento ora transcrito, da lavra do Dr. André Pepitone da Nóbrega, é fundamental para preservar a segurança jurídica e viabilidade dos leilões de energia realizados no país. Os vendedores dos CERs jamais precificaram o risco de alargamento das hipóteses de aplicação de penalidades quando da participação nos respectivos Leilão, não podendo ser impactadas e penalizadas pela mudança realizada.

124. Importante salientar que, quando da Audiência Pública nº 009/2011, que deu origem a REN nº 452/2011, a ANEEL afastou as alegações dos agentes de criação de uma nova penalidade, sob o fundamento de que “a obrigação de constituição de lastro está prevista desde 2004 e a penalidade por descumprimento dessa obrigação está há muito consolidada no mercado de energia elétrica brasileiro”.

125. De acordo com a ANEEL todos e quaisquer contratos de venda há a necessidade de constituição de lastro, inclusive para os contratos de energia de reserva e que a aplicação dessa premissa à parcela da garantia física vinculada aos CERs constituía lacuna regulatória, originada quando da instituição das regras de comercialização para energia de reserva, de modo que deveria ser equiparado o tratamento dado a essas usinas ao praticado para os demais agentes na CCEE.

126. Para sanar essa suposta lacuna, a ANEEL propõe a extensão da aplicação da penalidade disposta na REN nº 452/2011 (aplicável às usinas à biomassa) às demais fontes de energia, e consideração da aplicação

dessa penalidade no Módulo de Penalidade de Energia de Reserva das Regras de Comercialização com efeitos a partir de 2021.

127. A Lei nº 9.427/1996 confere à ANEEL poder normativo para regular os setores de produção, de transmissão, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, mas sempre em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal.

128. Muito embora, como entidade reguladora, a ANEEL tenha certa discricionariedade para exercer seu poder normativo, essa margem de atuação jamais pode contrariar, negar ou esvaziar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

129. Nesse sentido, não há como se negar que a Agência possua atribuição para regular a aplicação de penalidades de energia de reserva, nos termos do art. 7º do Decreto nº 6.353/2008.

130. Todavia, a regulação a ser realizada pela ANEEL não pode ofender e/ou de qualquer forma alterar as condições iniciais dos Leilões e dos Contratos de Energia de Reserva (“CER”). Do mesmo modo, é vedado a cumulação de penalidades por um mesmo fato gerador.

131. Não há sequer o argumento de “fato novo”, uma vez que a ANEEL já tratou do tema da penalidade de lastro para as Usinas movidas à biomassa em 2011. Não há como justificar que, 9 (nove) anos depois, a ANEEL tenha se “lembrado” de regular tal penalidade para as Usinas de fonte eólica e, por isso, queira desconsiderar regras de Leilões já realizados e nos quais os empreendedores não precificaram esse risco.

II.2 CONTRIBUIÇÃO

132. No que diz respeito ao tratamento pretendido pela ANEEL para a regulação do artigo 7º parágrafo único do Decreto nº 6.353/2008, mediante a inclusão nas regras de comercialização de penalidade por insuficiência de lastro para atendimento à contratação de energia de reserva prevista no art. 7º do Decreto nº 6.353/2008, para as fontes eólica, solar e hidráulica, tem-se que:

- a) A atribuição da ANEEL para regular a aplicação de penalidades de energia de reserva decorre do artigo 7º do Decreto nº 6.353/2008, que expressamente atribuiu à Agência a competência para regular o tema;
- b) Da mesma forma como foi apresentada para o item I desta contribuição, o ambiente regulatório adequado para a tomada de decisão tendente a regular a penalidade por insuficiência de lastro para atendimento à contratação de energia de reserva prevista no art. 7º do Decreto nº 6.353/2008 é a Audiência Pública, com a realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR, e não a Consulta Pública, que não pode ser aberta com uma infinidade de temas das mais diversas naturezas, como no caso, sob pena de ofender os princípios da Motivação, Transparência e Interesse Público, cujo cumprimento é obrigatório pela ANEEL.
- c) A regulação a ser realizada pela ANEEL não pode inovar, ofender e/ou de qualquer forma alterar as condições iniciais dos Leilões e dos Contratos de Energia de Reserva, tampouco gerar cumulação de penalidades por um mesmo fato gerador;

- d) A alteração proposta pela ANEEL no âmbito da CP nº 42/2012 a respeito da penalidade de energia de reserva pode ser questionada juridicamente, uma vez que sujeitará a STATKRAFT à dupla sanção, já que as Cláusulas 3.5 e 11 do atual Contrato de Energia de Reserva já preveem a aplicação de penalidades nos casos de indisponibilidade do empreendimento;
- e) A penalidade por insuficiência de lastro de energia de reserva não pode atingir os Contratos de Energia de Reserva em curso, sob pena de ofensa ao artigo 5º XXXVI da Constituição Federal c/c artigo 3º da Lei nº 8.666/1993;
- f) A introdução de penalidade por insuficiência de lastro no âmbito dos Contratos de Energia de Reserva importaria ônus não previsto e não mensurado pelo empreendedor quando da sua adesão ao certame, ofendendo às garantias legais e constitucionais de manutenção às condições e vinculação ao edital; e,
- g) A penalidade que vier a ser implementada pela ANEEL a partir da CP nº 42/2020 deverá ser aplicável exclusivamente sobre os contratos decorrentes de leilões posteriores à data da aprovação das regras de comercialização, podendo ser questionada a aplicação de referida penalidade direta e imediatamente aos Contratos de Energia de Reserva em curso;

III. AJUSTE – TIPO DE ENERGIA PARA CBR ANTERIORES À LEI 10.848/2004

133. A seguir, antecipamos, de forma resumida, as conclusões tiradas a partir da análise apresentada, as quais são justificadas no decorrer da presente contribuição:

- a) A ANEEL possui atribuição para estabelecer regras, procedimentos e propor aprimoramentos aplicáveis aos Contratos Bilaterais Regulados, desde que respeitados os limites legais e regulatórios objetivos aplicáveis;
- b) A abertura de Consulta Pública com uma infinidade de temas das mais diversas naturezas, como no caso, desvirtua e retira a finalidade da participação popular, caracterizando ofensa aos princípios da Motivação, Transparência e Interesse Público, cujo cumprimento é obrigatório pela ANEEL;
- c) O ambiente regulatório adequado para fundamentar a tomada de decisão tendente a modificar as regras de alocação do lastro dos CBRs anteriores à 2004 é a Audiência Pública, e não a Consulta Pública, além de ser recomendável a realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR;
- d) Até 2016 não existia qualquer norma legal ou regulatória que exigisse a vinculação do lastro do empreendimento ao respectivo contrato;

- e) A partir de 2016, com a alteração das Regras de Comercialização, a ANEEL passou a exigir a vinculação direta dos empreendimentos aos respectivos contratos, somente para os CBRs oriundos de Geração Distribuída e Sistemas Isolados;
- f) Em linha com os dois pontos anteriores, jamais houve qualquer regra sobre identificação de lastro para os CBRs anteriores à 2004, de maneira que eventual criação de regra com efeitos retroativos padeceria de vício de legalidade por projetar efeitos dessa nova regra a situações jurídicas e comerciais já consolidadas pelo tempo;
- g) Não há autorização legal ou infra legal para que a ANEEL possa atribuir efeitos retroativos à regra de comercialização nova, como pretende na CP 42/2020;
- h) No caso dos CBRs anteriores à 2004, a orientação geral da Agência era no sentido da inexistência de vinculação do lastro do empreendimento, de modo que a ANEEL não pode, com base em mudança posterior de sua orientação, declarar inválidas situações plenamente constituídas;
- i) A conduta da STATKRAFT já havia sido, inclusive, validada pela CCEE, de modo que o efeito pretendido pela ANEEL de promover a cobrança retroativa dos valores eventualmente apurados em decorrência de exigência nova da regra de comercialização também seria ilegal por ofensa aos princípios jurídicos fundamentais da Confiança Legítima do Administrado e da Segurança Jurídica;
- j) O caso utilizado pela ANEEL como paradigma para atribuir efeitos retroativos à nova regra de comercialização possui características e contornos bastantes distintos e específicos dos CBRs firmados pela STATKRAFT, atual contraparte pelo lado do vendedor; e,
- k) Por fim, a STATKRAFT se manifesta contrária à proposta ora apresentada, no que concerne ao vínculo da usina incentivada para todo e qualquer CBR firmado anteriormente a 2004, via de regra, pelas razões apresentadas neste documento.

III.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

134. A ANEEL abriu a CP nº 42/2020, com objeto de colher subsídios para o aprimoramento das Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis a partir da contabilização das operações de compra e venda de energia referentes ao mês de janeiro de 2021.

135. No bojo das várias alterações pretendidas pela Agência, está a alteração das regras de comercialização do Módulo de Contratos, que passará a prever que todo Contrato Bilateral Regulado aprovado pela ANEEL para venda de energia de usina incentivada para distribuidora deve ser registrado na CCEE considerando que a venda diz respeito à usina incentivada. Ou seja, o registro dos CBRs na CCEE passará a refletir o contrato registrado na ANEEL, especialmente quanto ao vínculo de usinas incentivadas que lastrearam a venda desses contratos.

136. A alteração pretendida pela ANEEL diz respeito, especificamente, aos CBRs anteriores à 2004 uma vez que, em relação aos CBRs dos subgrupos Geração Distribuída de Chamada Pública, Geração Distribuída

de Desverticalização e Contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada, já existe previsão de identificação dos empreendimentos que lastreiam os respectivos CBRs, desde a aprovação das Regras de Comercialização, pela REN nº 683/2015.

137. O fundamento utilizado pela ANEEL para a proposição constante da CP nº 42/2020 é o Despacho ANEEL nº 681/2020, emitido no âmbito do Processo nº 48500.002568/2003-95, no qual a Agência determinou que o registro na CCEE de CBRs anteriores à Lei nº 10.848/2004 deveriam refletir o contrato original registrado na ANEEL, com vínculo com a usina vendedora.

138. De acordo com a ANEEL, a inobservância dessa premissa gerou prejuízos à Conta de Desenvolvimento Energético (“CDE”), já que permitiu que o agente vendedor repassasse a energia incentivada da usina objeto do contrato bilateral com a distribuidora para outro consumidor no ACL, o qual obteve desconto em tarifas de uso dos sistemas (TUST/TUSD), impactando a CDE.

139. Assim, a ANEEL sugere o aprimoramento das regras para que: (1) nos CBRs anteriores à 2004 os empreendimentos de geração utilizados como lastro devem ser identificados; e (2) a CCEE faça o levantamento dos CBRs que não estavam registrados adequadamente, para que os prejuízos à CDE, decorrente da eventual comercialização da energia incentivada com terceiros, possam ser devidamente ressarcidos.

140. Diante desse cenário, serão avaliados a seguir os aspectos e as implicações jurídicas da proposta apresentada pela ANEEL, em especial no que diz respeito à atribuição da ANEEL para promover referida alteração e a legalidade de eventual ressarcimento, via recontabilização do passado, a ser processado em decorrência da alteração da regra de comercialização.

III.2 ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIA

141. O modelo do Setor Elétrico Brasileiro, sustentado, dentre outros, pelas Leis nº 10.847/2004 e nº 10.848/2004⁸, sendo esta última regulamentada pelo Decreto nº 5.163/2004⁹, prevê a comercialização de energia em dois ambientes, no Ambiente de Contratação Livre (“ACL”) e no Ambiente de Contratação Regulada (“ACR”).

142. O artigo 1º § 2º da Lei nº 10.848/2004 dispõe que, toda a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado, estão submetidos à contratação regulada.

143. De acordo com o inciso II do artigo 2º do Decreto 5.163/2004, os agentes de distribuição têm o dever de garantir o atendimento a 100% (cem por cento) de seus mercados de energia e potência por intermédio de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL.

⁸ Art. 1º da Lei 10.848/2004

⁹ Art. 1º do Decreto 5.163/2004.

Statkraft Energias Renováveis S.A.

Rod. José Carlos Daux – SC 401, nº 5.500

Cond. Square Corporate, sala 325, Torre Jurerê A

Saco Grande, Florianópolis/SC – Brasil – CEP 88032-005

Tel: +55 (48) 3877-7100

www.statkraft.com.br

144. Conforme artigo 2º da Lei nº 10.848/2004, o atendimento ao mercado dos agentes de distribuição ocorre por meio das seguintes contratações: **(1)** objeto de procedimento de licitação para fornecimento de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, novos empreendimentos de geração e fontes alternativas (“CCEAR”) (§ 5º); **(2)** energia contratada até a data de publicação da Lei (§ 8º I); **(3)** proveniente de geração distribuída (§ 8º II “a”); (4) oriundas do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA (§ 8º II “b”); (5) Itaipu Binacional (§ 8º II “c”); **(6)** Usina Nuclear de Angra 1 e 2 (§ 8º II “d”); **(7)** empreendimentos de geração cuja concessão foi prorrogada ou licitada nos termos da Medida Provisória nº 579/2012 (“Regime de Cotas”) (§ 8º II “e”); e **(8)** Licitação Pública de distribuidoras com mercado próprio menor que 500 GWh/ano (§ 12º II “a”).

145. Até a Resolução Normativa nº 683/20154 (“REN 683/2015”), as regras de comercialização identificavam como contratos regulados dos agentes de distribuição apenas as contratações mencionadas nas alíneas (1), (4), (5), (6) e (7) do parágrafo anterior. Outras contratações, a despeito de também reguladas ou aprovadas, homologadas ou registradas pela ANEEL, eram identificadas pelas regras e procedimentos de comercialização até então como Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Livre - CCEAL¹⁰.

146. Por ocasião da Audiência Pública nº 39/2015 --que originou a REN nº 683/2015--, a ANEEL estabeleceu uma nova identificação para outros contratos de compra de energia firmados pelos agentes de distribuição, englobando outros tipos de contrato que até então ainda não haviam sido identificados pelas regras, para o que denominou de Contratos Bilaterais Regulados - CBRs.

147. Os CBRs são formas de contratação reguladas, aprovadas, homologadas ou registradas pela ANEEL, bastante específicas, que atualmente as Regras de Comercialização de Energia dividem no subgrupo pertencentes à categoria de distribuição, e subgrupo pertencente à categoria de geração.

148. Para nossa análise, atemos àqueles relacionados aos agentes da categoria de distribuição os CBRs são aqueles provenientes de: (1) Geração Distribuída de Chamada Pública; (2) Geração Distribuída de Desverticalização; (3) Licitação Pública de distribuidoras com mercado próprio menor que 500 GWh/ano; (4) Contratação entre distribuidoras supridas e supridoras; (5) Contratos celebrados anteriormente à Lei nº 10.848/2004; e (6) Contratos oriundos do Sistema Isolado de Distribuidora Interligada.

149. De acordo com a Resolução Normativa ANEEL nº 783/2017 (“REN nº 783/2017”), o Contrato de Comercialização de Energia anterior a 2003 - CCE2003 é aquele destinado à comercialização de energia elétrica entre distribuidora e agente vendedor, com início de vigência anterior a 11 de dezembro de 2003, e estão sujeitos ao procedimento de aprovação pela ANEEL¹¹.

III.2.1 ATRIBUIÇÃO EM TESE DA ANEEL PARA ESTABELECEER REGRAS A RESPEITO DOS CBRs

150. A regulação de mercado pode ser realizada diretamente pelo Estado ou através de entidades da administração pública indireta. Para a execução neste último caso foram criadas as Agências Reguladoras, cuja finalidade é fiscalizar, regular e normatizar a prestação dos serviços públicos concedidos e a exploração de áreas econômicas estratégicas do país por particulares.

¹⁰ Conforme Nota Técnica nº 83/2015 - SRM/ANEEL, de 27/05/2015. Processo: 48500.001527/2015-31.

¹¹ Artigo 2º, inciso II, alínea “a”

Statkraft Energias Renováveis S.A.

Rod. José Carlos Daux – SC 401, nº 5.500

Cond. Square Corporate, sala 325, Torre Jurerê A

Saco Grande, Florianópolis/SC – Brasil – CEP 88032-005

Tel: +55 (48) 3877-7100

www.statkraft.com.br

151. Para possibilitar a execução da função de controle e regulação típicas de Estado, a lei concede às agências reguladoras poder normativo, o qual encontra sempre, em qualquer hipótese, subordinação e obediência à lei. Em outras palavras, as agências reguladoras, embora dotadas de autonomia, não podem extrapolar os limites impostos pela lei de sua criação.

152. Enquanto entidade vinculada à Administração Pública indireta, a ANEEL está vinculada aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, dentre os quais está o da legalidade, de maneira que só pode fazer, atuar, exigir ou agir, em conformidade com aquilo que esteja devidamente previsto em lei. Ou seja, para a ANEEL, o que não está permitido, está proibido.

153. A Lei nº 9.427/1996 estabeleceu a instituição e o delineamento das atribuições da ANEEL, concedendo-lhe poder para regular e fiscalizar o setor de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, conforme artigo 2º.

154. O poder normativo conferido à ANEEL deve ser exercido por meio da regulação dos setores de produção, de transmissão, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, mas sempre em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal. Assim é que, embora a ANEEL, como entidade reguladora, tenha uma margem de liberdade para criar e manejar as políticas regulatórias, essas não podem jamais contrariar, negar ou esvaziar as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal.

155. Dentre as diversas atribuições da ANEEL está “regular a comercialização e a distribuição de energia elétrica”, “aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre” (artigo 3º XIV da Lei nº 9.427/1996) e “regular o serviço autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação” (artigo 3º XIX da Lei nº 9.427/1996). A competência da ANEEL também pode ser verificada na Lei nº 10.848/2004, que estabelece que a comercialização de energia elétrica no país, tanto no ACR, quanto no ACL, deverá ser realizada de acordo com as regras e procedimentos de comercialização (artigo 1º § 6º), que são homologados pela ANEEL.

156. À ANEEL também são atribuídos o controle e a fiscalização sobre os atos jurídicos que envolvem obrigações contratuais do concessionário de serviço público, com reflexos tarifários, como no caso dos CBRs.

157. Bem por isso, a REN nº 783/2017, estabelece que os CBRs estão sujeitos ao procedimento de aprovação pela ANEEL (artigo 2º, inciso II, alínea “a”).

158. No que diz respeito à CP 42/2020, a ANEEL pretende exigir que o registro na CCEE dos CBRs anteriores à 2004 deva refletir o contrato original registrado na ANEEL, já que no entendimento da Agência essa “melhoria” elimina a possibilidade de venda de energia de usina incentivada com repasse de energia convencional ao agente de distribuição, obtendo benefícios indevidos de desconto aplicado à TUSD/TUST quando do repasse para terceiros da energia da usina incentivada.

159. Nesse contexto, de acordo com a Cláusula 2º dos CBRs anteriores à 2004, o montante de energia objeto do contrato é a energia assegurada da PCH São João, no CBR nº 001/02, e a energia assegurada da PCH Viçosa, no CBR de 1º.11.2002.

160. Assim, verifica-se que alteração pretendida pela ANEEL na CP 42/2020 envolve também a comercialização e a alocação de lastro de energia incentivada, cuja Lei nº 9.427/1996 atribui à ANEEL a competência para autorizar e regular (artigo 26 § 1º e seguintes).

161. Do exposto, muito embora a forma pretendida para a estipulação de regra nova aos CBRs anteriores à 2004 padeça de vícios que serão vistos a seguir, tem-se que a ANEEL possui atribuição, em tese, para estabelecer regras e procedimentos aplicáveis aos CBRs. Diz-se em tese porque, como visto, a atribuição conferida à ANEEL não é absoluta, deve sempre ocorrer em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Poder Concedente, além de encontrar limites na legislação em vigor e, no caso específico, no CBR firmado e nas regras e procedimentos de comercialização vigentes.

162. Considerando que a inovação proposta pela ANEEL diz respeito à obrigação de que o registro do CBR na CCEE reflita os mesmos termos e condições dos CBRs que estão aprovados pela Agência, i.e., não haverá a imposição de obrigações novas ou distintas daquelas já previstas nos contratos, entendemos que a ANEEL possui atribuição para estipular referida regra, porquanto ao fazê-lo não estaria inovando ou de alguma forma excedendo seu poder normativo/regulador.

163. Tem-se que a medida pretendida pela ANEEL já encontra precedentes. A agência, no exercício de seu poder regulatório, já adotou medidas alterando as regras de identificação dos CBRs. A partir da REN nº 683/2015, a Agência passou a exigir a que os CBRs oriundos de Geração Distribuída de Chamada Pública, Geração Distribuída de Desverticalização ou contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada passassem a ser respaldados pelo lastro proveniente da usina que os originou.

164. Portanto, verifica-se que a ANEEL tem atribuição em tese para estabelecer regra de comercialização no sentido de que o registro dos CBRs na CCEE reflita o contrato original registrado e aprovado na ANEEL.

III.2.2 ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE RESSARCIMENTO DE PERÍODO PASSADO EM DECORRÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE REGRA NOVA

165. Além de indicar a mudança na aferição do lastro dos empreendimentos vinculados a CBRs, caso seja apurada eventual vantagem financeira auferida pelo gerador resultante da comercialização de energia incentivada, cujo lastro estava comprometido com contrato bilateral, promoverá a cobrança retroativa dos valores apurados.

166. Em outras palavras: o descumprimento da regra nova objeto da CP 42/2020 para os CBRs anteriores à 2004 projetará efeitos retroativos.

167. Essa proposta da ANEEL, acaso aprovada, padecerá de flagrante vício de legalidade, cujas razões podem ser abordadas sob diferentes fundamentos, conforme visto a seguir.

III.2.2.1 OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS

168. A exigência de que os empreendimentos de geração utilizados como lastro deveriam ser identificados nos CBRs passou a ser exigida a partir da REN nº 683/2015, que aprovou as Regras de Comercialização versão 2016.1.0, sendo que até a inclusão dos antigos Contratos de Comercialização de

Energia no Ambiente Livre na categoria de CBRs, não havia a exigência de que estes contratos estivessem respaldados pelo lastro proveniente da usina que originou o respectivo contrato.

169. Foi somente após a criação dos CBR que se passou a exigir que os contratos bilaterais oriundos de Geração Distribuída de Chamada Pública, Geração Distribuída de Desverticalização ou contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada estivessem respaldados pelo lastro proveniente da usina que os originou, o que está refletido no módulo de Contratos das Regras de Comercialização em vigor (premissa 67). As regras atuais excluem dessa exigência os CBRs anteriores à 2004.

170. No âmbito da Audiência Pública nº 39/2015, a SRM indicou que seria relevante do ponto de vista do monitoramento do mercado a inclusão de identificação dos empreendimentos que lastreiam CBRs para fins de apuração correta dos descontos atrelados à TUSD/TUST. Ao fazê-lo, entretanto, incluiu apenas os subgrupos Geração Distribuída (Chamada Pública e Desverticalização) e Contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada.

171. Observa-se, assim, duas conclusões relevantes: **(1)** a de que até 2016 não havia a exigência de identificação do empreendimento que lastreia o contrato; e **(2)** a mesma regra que criou os denominados CBRs, excluiu o subgrupo dos CBRs anteriores à 2004 da necessidade de identificação do lastro.

172. A Constituição Federal em seu artigo 5º XL estabelece a impossibilidade de uma lei nova retroagir para atingir fatos pretéritos, encerrando o princípio da irretroatividade das normas. A doutrina jurídica¹² também é clara no sentido de que a lei não pode retroagir para atingir fatos e efeitos já consumados pela lei anterior.

173. Não é preciso muito esforço para se concluir que o efeito pretendido pela ANEEL com a alteração regulatória somente poderá surtir efeitos futuros, sendo absolutamente ilegal a tentativa de projetar efeitos dessa nova regra às situações já consolidadas pelo tempo.

174. A relação jurídica estabelecida nos CBRs anteriores à 2004 já se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, sendo, por isso, ato jurídico perfeito (artigo 6º § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que goza de proteção constitucional. (artigo 5º XXXVI da Constituição¹³).

¹² "Sob a égide da nova lei, cairiam os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, com exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, **pois a nova norma, salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império da antiga lei.**" Maria Helena Diniz - Lei de introdução ao Código Civil interpretada, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 182.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

175. A impossibilidade de aplicação retroativa da norma consta também da Lei nº 9.784/99¹⁴ que rege o processo administrativo, de observância compulsória pela ANEEL, e está refletida também na própria REN nº 273/2007.

176. A aplicação da nova exigência aos CBRs anteriores à 2004 de maneira retroativa afronta também e gravemente a segurança jurídica e estabilidade regulatória, já reconhecidas como vitais pela própria ANEEL nos casos de alteração das regras de comercialização. Na exposição de motivos da Lei nº 10.848/2004 o legislador estabeleceu que um dos pressupostos na alteração da nova sistemática da comercialização de energia elétrica era precisamente a segurança jurídica¹⁵.

177. Como exemplo, tem-se o entendimento do Diretor Geral da ANEEL no âmbito da Audiência Pública nº 85/13¹⁶, que alterou as regras de comercialização aplicáveis ao Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits - MCSD, com proposta de atingir os CCEARs vigentes antes da alteração da norma:

“33. Observa-se que, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, **deve-se adotar a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento ao fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

34. No caso, avalia-se que a interpretação apresentada pela SRM e chancelada pela Procuradoria (consumidor especial como espécie de consumidor livre) é a que melhor garante o atendimento à finalidade pública pretendida pela legislação e pela regulação setorial, razão pela qual deve ser privilegiada.

35. **Deve-se**, todavia, diante de razoável dúvida, **em homenagem à segurança jurídica e à estabilidade regulatória, evitar a aplicação retroativa da (nova) interpretação preferida. Assim, esta relatoria propõe que as alterações normativas recomendadas pela srm sejam aplicáveis apenas aos ccears decorrentes de leilões de energia existente realizados após sua publicação”**.

178. Ainda nesse sentido, vale frisar que o Ministério de Minas e Energia – MME o que estabelece a carta de “Princípios para Atuação Governamental no Setor Elétrico”, que representou marco importantíssimo na

¹⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

¹⁵ O item 10 da exposição de motivos também estabelece que *“deve-se realizar de forma gradual e sem sobressaltos as alterações aqui propostas, estando sempre presente a preocupação em preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e considerando, também, a complexidade, a transição do atual para o novo modelo, que recebeu especial atenção, como expressa o texto desta Medida Provisória”*.

¹⁶ Voto exarado nos autos do Procedimento Administrativo nº 48500.000819/2011-23, de 21.06.2016, que deu origem à Resolução Normativa ANEEL nº 726/2016.

forma de atuação do Estado dentro do Setor Elétrico. Nesse documento, os princípios foram agrupados em três categorias: **(1)** eficiência; **(2)** equidade; e **(3) sustentabilidade do marco normativo**.

179. Dentro do terceiro grupo, o Ministério de Minas e Energia estabeleceu o que chamou de “Princípio da Credibilidade”, no qual o MME chegou a criar o conceito de “**santidade dos contratos**”, conforme trecho a seguir transcrito:

“No entanto, assegurar a credibilidade requer também atenção à garantia da segurança jurídica e à **santidade de contratos. Direitos e obrigações contratuais devem ser PROTEGIDOS.**”

180. Portanto, entendemos que efeito retroativo pretendido pela ANEEL a uma regra que não existia para nenhum CBR até 2016 e que, mesmo após ter sido implementada no mundo regulatório, selecionou especificamente os tipos de CBRs que estariam a ela vinculados, afastando os CBRs anteriores à 2004 da necessidade de identificação do lastro, padece de vício de ilegalidade por projetar efeitos dessa nova regra às situações já consolidadas pelo tempo, em ofensa ao artigo 5º XL e XXXVI da Constituição Federal, artigo 6º § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 2º § único XIII da Lei nº 9.074/1999, artigo 5º X da Norma de Organização ANEEL - 001, instituída pela REN nº 273/2007.

III.2.2.2 OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

181. A ANEEL pretende que, a partir da instituição da *regra nova*, haja a cobrança retroativa dos valores apurados caso seja apurada eventual vantagem financeira auferida pelo gerador resultante da comercialização de energia incentivada, cujo lastro estava comprometido com contrato bilateral.

182. Todavia, a exigência de que os empreendimentos de geração utilizados como lastro deveriam ser identificados nos CBRs passou a ser exigida a partir da REN nº 683/2015, que aprovou as Regras de Comercialização versão 2016.1.0, sendo que até a criação dos CBRs, não havia a exigência de que estes contratos estivessem respaldados pelo lastro proveniente da usina que originou o respectivo contrato.

183. Embora possua atribuição para estabelecer regra de comercialização no sentido de que o registro dos CBRs na CCEE deva refletir o contrato original registrado e aprovado na ANEEL, não há autorização legal para que possam ser atribuídos efeitos retroativos à regra de comercialização nova.

184. Justamente para evitar quaisquer tipos de abuso por parte da Administração Pública, o Decreto nº 9.830/2019 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro regras a serem adotadas pela no processo decisório, em garantia ao administrado. Dentre as mais relevantes está a vedação de imposição de um novo dever sem o regime de transição:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, **impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**

185. No caso em análise, não havia previsão nas regras de comercialização impondo a vinculação do lastro de CBR anterior à 2004, obrigação essa que passou a existir apenas para alguns tipos CBRs, mas não para os CBRs anteriores à 2004, o que impõe à ANEEL o respeito aos atos praticados sob a vigência das regras em vigor.

186. O que a ANEEL pretende, a bem da verdade, é revisar a regra de comercialização e impor a obrigação de identificação do lastro dos empreendimentos de geração de todos os CBRs. Essa revisão, contudo, deve respeitar as situações plenamente constituídas pelos administrados.

187. O artigo 24 do Decreto nº 9.830/2019 estabelece que a revisão, quanto à validade de ato, contrato, ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção **já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

188. Portanto, a revisão da regra de comercialização, embora possa ser implementada pela ANEEL, deverá respeitar as situações plenamente constituídas durante o período em que referida norma não existia, em respeito às disposições do Decreto nº 9.830/2019.

III.2.2.3 OFENSA AO PRINCÍPIO CONFIANÇA LEGÍTIMA E SEGURANÇA JURÍDICA

189. As regras de comercialização e o próprio CLiq CCEE jamais previram a necessidade de respaldo dos CBRs anteriores à 2004 ao empreendimento que os originou, atrelando automaticamente o lastro convencional ao montante contratado com as distribuidoras e não fazendo diferenciação com energia incentivada.

190. Nada obstante, a partir da instituição de uma nova regra que, a despeito de excluir os CBRs anteriores à 2004 da necessidade de identificação do lastro incentivado, passou a exigir tal obrigação em relação aos CBRs oriundos de Geração Distribuída e contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada, a STATKRAFT formulou pedido de esclarecimento à CCEE a respeito da sobre do lastro incentivado e a necessidade de eventual adequação, oportunidade na qual a Câmara foi enfática ao informar à correição da apuração e registro do CBR:

De: atendimento@ccee.org.br <atendimento@ccee.org.br>
Enviada em: segunda-feira, 6 de janeiro de 2020 18:41
Para: Santos Bruno <Bruno.Santos@statkraft.com>; andre.pereira@ccee.org.br
Cc: Pagani Marcos <Marcos.Pagani@statkraft.com>
Assunto: RESPOSTA AO SEU CHAMADO

Prezado Sr(a) BRUNO SANTOS, Agente STATKRAFT ENERGIAS RENOVAVEIS S/A;

"Conforme contato telefônico com o Sr. Bruno, não há problema identificado na apuração dos CBRs da PCH Tamar no período anterior ao mencionado no chamado 393.346. Foi explicado, entre outros pontos, que contratos do tipo CBR, mesmo quando classificados como incentivado especial, podem gerar um requisito (parcial ou totalmente) não especial dependendo de seu subtipo. Além disso, foi dada uma breve explicação da apuração do lastro desses contratos. O Agente informou que iria avaliar os CBRs impactados e entraria em contato em caso de alguma divergência.

191. Não apenas não havia previsão legal, como de modo mais importante a própria CCEE confirmou inexistir problemas no registro e apuração do lastro do CBR.

192. Dito de outro modo, com fulcro no posicionamento da Agência Reguladora e da CCEE, e na confiança legítima em relação à perenidade e clareza da norma vigente, os agentes foram induzidos a confiar na inexistência de regra determinando a necessidade de vinculação do empreendimento incentivado ao CBR.

193. Ressalte-se que o posicionamento da CCEE não é apenas opinativo. Nos termos dos arts. 4º e 5º da Lei nº 10.848/2004, do Decreto nº 5.177/2004 e da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, cuja finalidade é viabilizar a comercialização de energia elétrica no Brasil.

194. O efeito pretendido pela ANEEL de promover a cobrança retroativa dos valores eventualmente apurados em decorrência de exigência nova da regra de comercialização também seria ilegal por ofensa a dois outros princípios jurídicos fundamentais, quais sejam, da Confiança Legítima do Administrado e da Segurança Jurídica.

195. O Princípio da **Confiança Legítima** (também conhecido como Princípio da Não-Surpresa ou Legítima Expectativa) diz respeito à manutenção de atos administrativos ou Cláusulas Contratuais cujos efeitos se prolongaram no tempo, gerando no administrado uma expectativa legítima de continuidade. Referido princípio mira a necessária estabilização das relações entre a administração pública e os administrados, objetivando que o administrado não fique à mercê de decisões e atos contraditórios, surpreendentes e abruptos da Administração Pública.

"Infringe-se o princípio (da confiança legítima) quando a Administração outorgou uma razoável esperança de obtê-las (referindo-se a subvenções), já que estavam contidas na normativa específica ao caso, promovida por uma campanha publicitária oficial, produzindo nos destinatários a crença proporcionada pela boa-fé de obter uma resposta positiva, sob cuja perspectiva os empresários e o autor se comprometeram aos correspondentes gastos de inversão e contratação do pessoal para o que prometeu o benefício que finalmente lhes é negado pela única razão de não haver consignação financeira

(...) aparece uma conduta administrativa criadora de uma decisão no administrado, que sob os parâmetros da boa-fé, não pode ficar desamparada.”¹⁷

196. Por sua vez, o Princípio da Segurança Jurídica, insculpido no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal é aquele que tem por objetivo assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, frente à inevitável evolução do Direito, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial. Trata-se de um princípio com diversas aplicações, como a proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

197. Dentro desse cenário, os Tribunais brasileiros já tiveram diversas oportunidades para analisar a aplicabilidade de tais princípios aos Administrados, sendo entendimento pacífico que a Confiança Legítima do Administrado deve ser preservada diante de atos administrativos que possam frustrar o ato jurídico perfeito, por exemplo.

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 138 E 139, I, DO CÓDIGO CIVIL. OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXONERAÇÃO A PEDIDO, COM O FIM DE ASSUMIR CARGO ESTADUAL PARA O QUAL FOI NOMEADO. OCORRÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL NA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO SERVIDOR. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. POSSIBILIDADE DE INVALIDAÇÃO DO ATO DE EXONERAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 140 DO CC/2002.

(...)

5. **Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública**, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), **desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa**. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. ” (Resp 1229501/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 06/12/2016 – grifos nossos)

198. Resta cristalino, assim, que o Administrado possui a Confiança Legítima com a Administração Pública, o que deve preservar a respectiva Segurança Jurídica de suas relações comerciais e jurídicas em suas atividades. Frise-se, inclusive, que o Princípio da Segurança Jurídica é um dos fundamentos da própria Lei nº 10.848/2004, cuja exposição de motivos assim dispõe:

“4. Além disso, em sua implantação, 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.**” (grifos nossos)

199. Note-se que, desde 2016 a ANEEL já havia indicado que seria relevante do ponto de vista do monitoramento do mercado a inclusão de identificação dos empreendimentos que lastreiam CBRs dos

¹⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesus. El Principio General de La Buena Fe em El Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1989.

subgrupos Geração Distribuída (Chamada Pública e Desverticalização) e Contratos oriundos do sistema isolado de distribuidora interligada. Ou seja, embora pudesse ter alterado a regra para todos os CBRs, a ANEEL não exigiu a necessidade de identificação dos empreendimentos para atendimento dos CBRs anteriores à 2004.

200. Ora, até 2016 não havia a exigência de identificação do empreendimento que lastreassem os CBRs, e se quando a regra que criou os denominados CBRs excluiu o subgrupo dos CBRs anteriores à 2004 da necessidade de identificação do lastro, a ANEEL criou a legítima expectativa nos agentes regulados de que referida regra de identificação não seria aplicável aos CBRs anteriores à 2004. Tanto é verdade que a partir daí situações jurídicas foram sendo criadas e consolidadas ao longo do tempo.

201. Desde então os CBRs aprovados pela ANEEL vêm sendo registrados na CCEE normalmente, sem quaisquer ressalvas a respeito da necessidade de identificação dos empreendimentos -- até porque, repita-se, não existe regra que imponha referida obrigação -- sem que em nenhum momento a ANEEL tenha apresentado qualquer barreira ou ressalva a respeito da apresentação do lastro do CBR.

202. Evidente, assim, que caso a ANEEL decida inovar na regra de comercialização, criando regra que obrigue as partes a vincularem o empreendimento ao CBR e, ao mesmo tempo, promovendo a cobrança retroativa de valores apurados a título de descontos nas tarifas de uso do fio, haverá flagrante violação aos Princípios da Segurança Jurídica, Confiança Legítima.

III.2.4. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PROCESSO Nº 48500.002568/2003-95

203. A ANEEL fundamenta a possibilidade de efeitos retroativos à nova regra de comercialização com base na decisão adotada no âmbito do Processo nº 48500.002568/2003-95.

204. O precedente envolveu os agentes Energisa Mato Grosso S.A. - EMT e a Novo Mundo S.A., no qual o registro do CBR anterior à 2004 foi modelado na CCEE no perfil convencional do agente, quando deveria ter sido registrado no seu perfil incentivado. Esse fato --segundo alega a SRM- teria resultado em prejuízo à CDE, decorrente do aumento da disponibilidade e comercialização de energia incentivada.

205. O assunto foi objeto de deliberação pela Diretoria, que emitiu o Despacho nº 681/2020, determinando aos agentes o ressarcimento à CDE, acrescido de atualização monetária até o mês do respectivo pagamento.

206. Ocorre que o caso utilizado pela ANEEL como paradigma possui características e contornos bastantes distintos e específicos, não sendo possível aplicá-lo de forma geral e abstrata ou, de modo mais importante, aos CBRs firmados pela STATKRAFT.

207. No caso em comento, o principal fundamento utilizado pela ANEEL foi de que o CBR firmado entre as Interessadas estabelecia, expressamente, em sua Cláusula 3ª, que a Novo Mundo, na qualidade de vendedora, tinha a obrigação de realizar o fornecimento de energia proveniente, única e exclusivamente, da PCH Braço Norte IV.

208. No entanto, a regra basilar de interpretação de normas é a de que a lei (ou o contrato) não possuem palavras inúteis¹⁸, sendo certo que nesse caso as palavras única e exclusivamente refletidas no CBR desempenham um papel que o distingue dos demais.

209. Diferentemente do CBR firmado entre Novo Mundo e EMT, os CBRs CESA-ESCELSA, de 1º.08.2001 e o CCVE nº 001/02, de 1º.11.2002, não possuem cláusula vinculando o atendimento do contrato de forma única e exclusiva às PCHs Viçosa e São João. A cláusula contratual apenas prescreve que a energia contratada é a energia assegurada das PCHs, não afastando a possibilidade de prestação de lastro por meio de outro contrato.

210. Identifica-se aqui a primeira grande diferença entre o precedente utilizado pela ANEEL, e os CBRs CESA-ESCELSA, de 1º.08.2001 e o CCVE nº 001/02, de 1º.11.2002.

211. Ademais, os CBRs CESA-ESCELSA, de 1º.08.2001 e o CCVE nº 001/02, de 1º.11.2002 não têm como objeto a comercialização de energia elétrica do tipo incentivada. Não há, em nenhuma de suas cláusulas, referência à contratação de energia elétrica incentivada.

212. Portanto, se nem o próprio CBR, aprovado pela ANEEL, indica a comercialização de energia elétrica incentivada, não há razão para obrigar que o registro na CCEE reflita essa circunstância, sob pena de criação de um dever sem fundamento, posto não refletir o próprio CBR. Não há como a regra exigir que o CBR seja incentivado, se nem o próprio contrato o é.

213. Toda a referência do CBR diz respeito unicamente à energia convencional, razão pela qual também por esse prisma se afigura indevida a tentativa de utilizar o precedente tirado do processo nº 48500.002568/2003-95 como fundamento de validade para emprestar efeitos retroativos a uma regra nova no mundo jurídico.

214. Outra diferença substancial reside no fato de que, no caso do precedente citado pela ANEEL, a autorização concedida à usina da Novo Mundo trazia a previsão expressa da garantia de aplicação dos descontos nos encargos de uso dos sistemas de transmissão e distribuição. Esse fato, aliás, foi profundamente explorado pela Procuradoria Federal Junto à ANEEL no Parecer nº 00215/2017/PFANEEL/PGF/AGU, e pelo próprio Diretor Relator, em seu voto.

215. As autorizações da PCH Viçosa¹⁹ e São João²⁰, por sua vez, não qualificam os empreendimentos como fonte de energia incentivada, comprovando a não vinculação do CBR à entrega de energia incentivada.

216. Diante do exposto, verifica-se diferenças conceituais relevantes entre o precedente utilizado pela ANEEL e o caso específico dos CBRs firmados pelas PCHs Viçosa e São João, razão pela qual é indevida a utilização do citado precedente como fundamento para a criação de uma norma geral como a pretendida pela ANEEL.

¹⁸ Não se presumem, na lei, palavras inúteis (Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262).

¹⁹ Resolução nº 111, de 18 de maio de 1999.

²⁰ Resolução ANEEL nº 110, de 18 de maio de 1999.

III.3. CONTRIBUIÇÃO

217. Especificamente no que diz respeito ao tratamento pretendido pela ANEEL para os Contratos Bilaterais Regulados celebrados anteriormente à Lei nº 10.848/2004 no âmbito da 2ª fase da Consulta Pública nº 42/2020, e por todo o exposto, contribuimos no sentido de que:

- a) A ANEEL possui atribuição para estabelecer regras, procedimentos e propor aprimoramentos aplicáveis aos Contratos Bilaterais Regulados, desde que respeitados os limites legais e regulatórios objetivos aplicáveis;
- b) A ANEEL possui atribuição para propor e alterar as regras de comercialização do Módulo de Contratos para prever que todo Contrato Bilateral Regulado aprovado pela ANEEL para venda de energia de usina incentivada para distribuidora seja registrado na CCEE considerando que a venda diz respeito à usina incentivada, porquanto ao fazê-lo não estaria inovando ou de alguma forma excedendo seu poder normativo e regulador;
- c) O ambiente regulatório adequado para fundamentar a tomada de decisão tendente a modificar as regras de alocação do lastro dos CBRs anteriores à 2004 é a Audiência Pública, com a realização de Análise de Impacto Regulatório, e não a Consulta Pública, como pretendido pela ANEEL, razão pela qual a proposta objeto da CP 42/2020 deverá ser retirada do processo para discussão em posterior Audiência Pública, sob pena de nulidade do ato que vier a aprovar a alteração nas regras de comercialização a partir de 2021;
- d) A abertura de Consulta Pública com uma infinidade de temas das mais diversas naturezas, como no caso, desvirtua e retira a finalidade da participação popular, caracterizando ofensa aos princípios da Motivação, Transparência e Interesse Público, cujo cumprimento é obrigatório pela ANEEL;
- e) Até 2016 não existia qualquer norma legal ou regulatória que exigisse a vinculação do lastro do empreendimento ao respectivo contrato;
- f) A partir de 2016, com a alteração das Regras de Comercialização, a ANEEL passou a exigir a vinculação direta dos empreendimentos aos respectivos contratos, especificamente, para os CBRs oriundos de Geração Distribuída e Sistemas Isolados;
- g) Em linha com os dois pontos anteriores, jamais houve qualquer regra sobre identificação de lastro para os CBRs anteriores à 2004, de maneira que eventual criação de regra com efeitos retroativos padeceria de vício de legalidade por projetar efeitos dessa nova regra a situações jurídicas e comerciais já consolidadas pelo tempo, em ofensa ao artigo 5º XL e XXXVI da Constituição Federal, artigo 6º § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 2º § único XIII da Lei nº 9.074/1999 e artigo 5º X da Norma de Organização ANEEL - 001, instituída pela REN nº 273/2007;
- h) Não há autorização legal ou infra legal para que a ANEEL possa atribuir efeitos retroativos à regra de comercialização nova, nos moldes pretendidos no âmbito da CP 42/2020;
- i) A ANEEL está vinculada à lei que exige que a decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição, sendo também por esse aspecto ilegal a tentativa de projetar efeitos futuros para a nova regra de comercialização;
- j) A revisão quanto à validade de ato, contrato, ou norma administrativa cuja produção já se houver completado deve levar em conta as suas orientações gerais da época. No caso dos CBRs anteriores à 2004, a orientação era no sentido da inexistência de vinculação do lastro do empreendimento,

sendo vedado que, com base em mudança posterior de sua orientação, a ANEEL possa declarar inválidas situações plenamente constituídas;

- k) O efeito pretendido pela ANEEL de promover a cobrança retroativa dos valores eventualmente apurados em decorrência de exigência nova da regra de comercialização também seria ilegal por ofensa aos princípios jurídicos fundamentais da Confiança Legítima do Administrado e da Segurança Jurídica, sobretudo quando a conduta da STATKRAFT já havia sido, inclusive, validada pela entidade que possui atribuição legal de operacionalizar o Mercado de Energia Elétrico Brasileiro - CCEE;
- l) O caso utilizado pela ANEEL como suposto paradigma para atribuir efeitos retroativos à nova regra de comercialização possui características e contornos bastantes distintos e específicos dos CBRs firmados pelas PCHs Viçosa e São João (CBRs firmados pela STATKRAFT), razão pela qual é indevida a utilização do citado precedente como balizador do tratamento a ser dado para a situação sob análise; e,
- m) Por fim, a STATKRAFT se manifesta contrária à proposta ora apresentada, no que concerne ao vínculo da usina incentivada para todo e qualquer CBR firmado anteriormente a 2004, via de regra, pelas razões apresentadas neste documento.