

Descontratação de Energia de Reserva: a legislação e o ambiente de negócios

COSTA, Maria D'Assunção. "Descontratação de Energia de Reserva: a legislação e o ambiente de negócios". Brasil Energia. Rio de Janeiro, 27 de junho de 2017.

O ineditismo da descontratação de energia foi previsto no Decreto nº 9.019/2017, que acrescentou ao Decreto nº 6.353/2008, o art. 7-A, o qual determinou que a descontratação seria processada pela ANEEL, direta ou indiretamente, por meio da CCEE, de acordo com as diretrizes do Ministério de Minas e Energia – MME.

Vale destacar o § 8º, do art. 7-A, para o qual os vendedores que tiverem suas propostas homologadas pela ANEEL ficarão impossibilitados de participar dos dois leilões de contratação de energia de reserva subsequentes à realização do mecanismo de descontratação. Há discussões a respeito: para uns, essa restrição pode parecer evitar movimentos oportunistas, enquanto para outros pode ser uma restrição não muito proporcional, uma vez que o impedimento de participação nos leilões de energia de reserva subsequentes poderia ser entendido por penalidade decorrente da realização da descontratação.

O MME estabeleceu tais diretrizes por meio da Portaria MME nº 151/2017 para fins de realização de mecanismo competitivo de descontratação, da qual se destaca o art. 2º, § 1º, quando expressa que o mecanismo deverá ser realizado até 31 de agosto deste ano. Já a ANEEL deverá elaborar o Edital e seus anexos, bem como os correspondentes termos de distrato ou adiantamento dos Contratos de Energia de Reserva.

E, mais, o art. 3º dessa Portaria também prevê que são elegíveis para participação do mecanismo de descontratação os empreendimentos de geração, cuja energia tenha sido contratada em leilão de energia de reserva, que façam parte de Contrato de Energia de Reserva vigente e não tenham iniciado a operação em teste. Assim, a ANEEL deverá disponibilizar junto com o Edital a relação de todos os empreendimentos elegíveis, com antecedência mínima de 30 dias em relação à realização do mecanismo.

A descontratação está condicionada ao pagamento de prêmio por parte do agente selecionado (art. 4º, Portaria MME nº 151/2017), devendo oferecer lance de prêmio em reais por Megawatt-hora (art. 6º, caput, Portaria MME nº 151/2017).

Outro ponto importante na Portaria MME nº 151/2017 é a possibilidade de observar o critério de diferenciação por fontes energéticas na seleção de propostas (art. 6º, § 1º). Com base nesse normativo, a ANEEL dispôs as minutas do Edital e seus respectivos anexos para a Audiência Pública nº 30/2017.

Vale ressaltar o entendimento do item 3.2 da minuta do Edital que seria eivado de irregularidade, ao prever que a ANEEL poderá revogar o mecanismo de descontratação a qualquer tempo se ficar evidenciado qualquer comportamento prejudicial à efetiva competição, uma vez que não se prevê direito à ampla defesa,

realização de procedimento administrativo a ser realizado antes do ato de revogação, e especificação das condutas que poderiam ser lesivas.

Isso vai de encontro com as normas de processo administrativo previstas na Lei Federal nº 9.784/1999, o que pode gerar sérias preocupações dos agentes interessados por conta da falta de segurança jurídica que representa. Ademais, o dispositivo está em dissonância com a própria natureza da atividade da agência reguladora, que é eminentemente processualizada e dotada de maior abertura a interação e negociação com os agentes setoriais, por meio de consultas e audiências públicas.

Essas e outras possíveis irregularidades devem ser bem avaliadas pelos agentes interessados para que a ANEEL confirme a total aderência às diretrizes do MME, o órgão a que incumbe estabelecer tais normas, e ainda o Decreto nº 9.019/2017, de modo a gerar mais segurança ao setor de energia elétrica. É hora de firmar documentos que melhorem o ambiente de negócios em detrimento daqueles que geram conflitos e desinteresse por novos investimentos.

Maria D'Assunção Costa é advogada, mestre e doutora em Energia pelo IEE/USP, e sócia de Assunção Consultoria