

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

## REN 595/2013

### RECOMPOSIÇÃO DE LASTRO COM MENOR CARÁTER SANCIONATÓRIO

Como resultado da Audiência Pública n. 041/2010, foi publicada a Resolução Normativa (REN) n. 595, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece as condições para contratação de energia elétrica em caso de atraso do início da operação comercial de unidade geradora ou de empreendimento de importação de energia.

A REN 595 também revoga a Resolução Normativa n. 165, de 2005, que estabelecia até então as condições de contratação de energia no caso de atraso, constituindo uma das normas mais questionadas pelos agentes de geração nos últimos anos, sendo objeto de constantes recursos administrativos, e mesmo judiciais.

Com a publicação da REN 595, a ANEEL buscou dar um caráter mais qualitativo à questão, prevalecendo o entendimento de que a norma deve ter menor caráter sancionatório, de modo a incentivar a ação diligente do empreendedor, sem descuidar da proteção ao consumidor.

#### Contextualização

No âmbito de contratação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), o lastro para venda de energia é constituído pela garantia física do próprio empreendimento ou de terceiros, no caso, mediante contratos de compra de energia ou garantia física de outros empreendimentos do vendedor. O atraso do início da operação comercial de empreendimento de geração cuja energia esteja comprometida com contrato de venda registrado na Câmara implicará em insuficiência da garantia física do mesmo.

Até a edição da REN 595, a norma que estabelecia as condições de repasse pela contratação de energia elétrica em caso de atraso era a REN 165/2005, sendo definido pelo Decreto n. 5.163/2004 que o agente vendedor deveria celebrar contratos de compra de energia para garantir os contratos de venda originais.

A principal discussão que envolve a aplicação da REN 165 refere-se à questão do repasse do custo da energia contratada, uma vez que qualquer que fosse o custo incorrido pelo agente vendedor na compra de energia para garantir o lastro dos contratos originais, para fins de repasse aos vendedores e, conseqüentemente, às tarifas dos consumidores finais, só seria considerado o menor valor entre:

- I - o valor da energia do contrato de compra (celebrado para garantir o contrato original);
- II - o custo variável de geração ou disponibilização da energia, no caso de termelétrica;
- III - o Preço de Liquidação de Diferenças (PLD), acrescido de 10%; ou

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

IV - o preço da energia do contrato original, efetuado no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), limitado os seguintes períodos de atraso e percentuais<sup>1</sup>:

- a) até três meses: 90%;
- b) superior a três meses e de até seis meses: 85%;
- c) superior a seis e de até nove meses: 80%;
- d) superior a nove e de até doze meses: 70%; ou
- e) superior a doze meses: 50%.

Para aqueles contratos oriundos de empreendimentos de geração distribuída não modelados na CCEE, celebrados nos termos do art. 15 do Decreto n. 5.163/2004<sup>2</sup>, a REN 165 estabelecia como limite para aquisição de energia por concessionário de distribuição no mercado de curto prazo o período de três meses, sendo que o repasse dava-se pelo menor valor entre o PLD e preço do contrato original. Findo o limite de três meses, ficava o agente então obrigado a celebrar contratos para garantir os contratos de compra originais, nas condições de repasse anteriormente apresentadas.

O curto texto normativo limitava-se a disciplinar o repasse contratual e a situação da geração distribuída, sem estabelecer qualquer caracterização objetiva para tipificar o atraso e quaisquer situações de excludentes, de modo que o repasse do contrato mediante escalonamento do contrato original dotava a REN 165 de um 'quê' de extensão da REN 63/2004<sup>3</sup>, dado o seu caráter sancionatório, direcionando inúmeros casos de atrasos, fossem eles estruturais, ou conjunturais, e independentemente da postura diligente do empreendedor, para a discussão na esfera administrativa e, por vezes, judicial.

<sup>1</sup> Nos CCEARs por disponibilidade, desde a edição do Despacho n. 1.203/2009, a CCEE utilizava o ICB para fins de aplicação do disposto na REN 165.

<sup>2</sup> Art. 15. A contratação de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração distribuída será precedida de chamada pública promovida diretamente pelo agente de distribuição, de forma a garantir publicidade, transparência e igualdade de acesso aos interessados.

§ 1º O montante total da energia elétrica contratada proveniente de empreendimentos de geração distribuída não poderá exceder a dez por cento da carga do agente de distribuição.

§ 2º Não será incluído no limite de que trata o § 1º deste artigo o montante de energia elétrica decorrente dos empreendimentos próprios de geração distribuída de que trata o § 2º do art. 70.

§ 3º O contrato de compra e venda de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração distribuída deverá prever, em caso de atraso do início da operação comercial ou de indisponibilidade da unidade geradora, a aquisição de energia no mercado de curto prazo pelo agente de distribuição.

§ 4º As eventuais reduções de custos de aquisição de energia elétrica referida no § 3º deverão ser consideradas no repasse às tarifas dos consumidores finais com vistas a modicidade tarifária, vedado o repasse de custos adicionais.

§ 5º A ANEEL definirá os limites de atraso e de indisponibilidade de que trata o § 3º, considerando a sazonalidade da geração, dentre outros aspectos, a partir dos quais aplicar-se-á o previsto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º.

§ 6º O lastro para a venda da energia elétrica proveniente dos empreendimentos de geração distribuída será definido conforme o estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 2º.

<sup>3</sup> A REN 63/2004 aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema (ONS), pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais (Eletrobras).

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

Ocorre que os projetos do setor elétrico brasileiro, como os de qualquer setor de infraestrutura, são bastante suscetíveis a atrasos nos cronogramas de execução, muitas vezes por questões alheias ao gerenciamento do projeto, como restrições ambientais e regulatórias. Dado que a implantação do empreendimento se dá por conta e risco do empreendedor, a REN 165 tinha como objetivo induzir o agente a minimizar o tempo de atraso mediante sinal regulatório negativo para o agente em atraso.

Na prática, uma vez assegurada a recomposição de lastro para proteção do consumidor, a fixação de preço de repasse muito abaixo do contrato original transformava-se em penalidade severa ao empreendedor, podendo, no limite, inviabilizar o empreendimento, realidade que motivou inúmeros pedidos de afastamento da aplicação da REN 165.

Ademais, como se busca salientar, o normativo não fixava critérios objetivos para apurar se o atraso do cronograma decorria de adversidade ou de conduta leniente do empreendedor, pois, mesmo naqueles casos em que havia a caracterização objetiva de esforço do agente para iniciar a operação na data definida em outorga, a norma era aplicada com o mesmo grau de severidade.

Desse modo, a Agência concluiu que deveria aprimorar as regras sobre contratação de energia nos casos de atraso de empreendimentos, dando um sinal mais qualitativo sobre a questão, pois prevaleceu o entendimento na Diretoria Colegiada de que a norma não poderia ter um caráter essencialmente sancionatório, mas deveria proteger o comprador de energia e o consumidor final dos atrasos dos empreendimentos de geração. Com esse intuito, foi aberta a Audiência Pública 041/2010, concluída com a edição da Resolução Normativa n. 595/2013.

## **Aperfeiçoamento dos critérios de repasse**

O principal aspecto da REN 165 dizia respeito à onerosidade da aplicação dos critérios de repasse da contratação de energia, podendo, no limite, inviabilizar a implantação do empreendimento. Em diversos casos julgados pela sua Diretoria, a ANEEL afastou a aplicação dos critérios, adotando como repasse o menor valor entre o contrato original e o contrato de recomposição de lastro.

Outro aspecto importante que carecia de aprofundamento na norma diz respeito à necessidade de caracterização objetiva de diligência por parte do empreendedor na mitigação do atraso, e que se mostrava como fator subsidiário para afastamento de critérios de repasse.

Assim, para fins de reconhecimento tarifário, ficou estabelecido pela REN 595 que a distribuidora deverá observar o menor valor entre:

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

I - o preço do contrato original, reduzido pela aplicação de percentual de 15%, partir do terceiro mês de atraso (escalonamento linear)<sup>4</sup>;

II - o valor médio mensal do PLD do submercado de entrega da energia, acrescido de montante obtido por meio da fórmula<sup>5</sup>:

$$s = 25\text{PLDmax} - 24\text{PLDmed} - \text{PLDmin} / \text{PLDmax} - \text{PLDmin}$$

onde:

s = montante a ser acrescido ao PLDmed;

PLDmed = PLD médio mensal do mês em que for configurado o atraso;

PLDmax = máximo valor vigente para o PLD no mês em que for configurado o atraso;

PLDmin = mínimo valor vigente para o PLD no mês em que for configurado atraso.

III - o preço do contrato de compra de energia para fins de recomposição de lastro do contrato original.

A redução escalonada do repasse tarifário de 10% a 50% do contrato conforme o período de atraso prejudicava o fluxo de caixa do empreendimento justamente nos meses em que são necessários os maiores dispêndios. Considerando que o empreendedor deve ter incentivos para conclusão do empreendimento, a ANEEL propôs a substituição da redução escalonada por um fator de redução linear de 15%, e apenas a partir do terceiro mês de atraso.

A ANEEL também introduziu como critério de repasse o valor médio mensal do PLD do submercado de entrega associado ao contrato original, acrescido de um 'ágio' calculado mensalmente mediante aplicação de fórmula, em contraposição ao critério de PLD acrescido de 10%, previsto na REN 165.

Contudo, disciplinando o aspecto da caracterização da objetiva da diligência do empreendedor, a Agência propôs o afastamento da aplicação do critério 'PLD + ágio' nos casos em que seja registrado, com antecedência mínima de seis meses em relação ao início da necessidade de recomposição de lastro, contrato de compra e venda, pois considera que essa medida mitiga os casos de atrasos de cunho 'estrutural'. Afasta também a aplicação desse critério nos casos em que o atraso na operação comercial ocorra em até 90 dias após a operação em teste, pois considera que assim mitiga parte dos casos de atrasos 'conjunturais'. Para esses casos de caracterização de diligência será aplicado como

<sup>4</sup> Nos casos em que os empreendimentos foram contratados na modalidade por disponibilidade, mediante Índice de Custo Benefício (ICB), o preço do contrato original será simulado no mês caso estivessem em operação, utilizando todos os parâmetros constantes do contrato original, contemplando a Receita Fixa e o Custo Variável Unitário (CVU) atualizados, a garantia física, a disponibilidade máxima, o montante de inflexibilidade, e PLD vigente.

<sup>5</sup> Para os agentes que apresentarem registro de contrato na CCEE para garantir o lastro do contrato original, a REN 595 afasta a aplicação do critério do valor médio mensal do PLD, mais o ágio calculado mensalmente, durante primeiros seis meses de vigência da norma. De modo a incentivar a conduta diligente do empreendedor, esse critério também não será aplicado nos casos em que seja registrado, com antecedência mínima de seis meses em relação ao início da necessidade de recomposição de lastro, contrato de compra e venda, assim como naqueles casos em que o atraso na operação comercial ocorra em até 90 dias após a liberação da operação em teste.

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

repassa o menor valor entre o contrato de recomposição e o contrato original, pelo menos até o terceiro mês de atraso.

A recomposição de lastro poderá ser realizada com contratos registrados pelo vendedor na CCEE, assim como por parcela de garantia física de outros empreendimentos de sua responsabilidade.

Nos casos em que não seja registrado contrato de compra e venda, ou que seja registrado contrato em montante insuficiente para garantir o contrato original, o valor do repasse será o menor entre:

I - preço do contrato original, reduzido pela aplicação de percentual de 15%, partir do terceiro mês de atraso; ou

II - valor médio mensal do PLD no submercado do contrato de venda original.

Nos casos tratados acima, pesam ainda sobre os empreendedores as penalidades pela falta de lastro contratual, de forma a estimular a contratação nos casos de atraso previstos. Embora importantes, essas penalidades têm disciplina própria nos procedimentos e regras de comercialização, não sendo objeto do presente relatório.

## **Excludentes de responsabilidade**

A REN 595 introduz também hipóteses que excluem a responsabilidade do agente vendedor pela contratação de garantia física para garantir o lastro do contrato original, como nos casos em que o atraso da operação comercial decorre de ato do poder público, caso fortuito ou força maior, nos quais o repasse deverá observar o menor valor entre:

I - preço atualizado do contrato de venda original; ou

II - o preço do contrato de compra de energia para fins de recomposição de lastro do contrato original.

O enquadramento em qualquer excludente de responsabilidade deverá ser estabelecido previamente pela ANEEL, diretamente ou mediante solicitação, permanecendo a aplicação dos critérios de repasse definidos para os casos em atraso até a decisão final da Agência.

De modo a atualizar o regramento aos constantes atrasos no início da operação comercial plena das instalações de transmissão necessárias para escoamento da energia de novas unidades geradoras, a Agência estabeleceu que a aplicação dos critérios de repasse estabelecidos na REN 595 ficam afastados para os casos em que o empreendimento de geração for declarado apto à operação

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

comercial nos termos da Resolução Normativa n. 583<sup>6</sup>, de 2013, e somente quando for previsto no contrato original.

Contudo, o regulador buscou deixar bastante claro na norma editada que o afastamento não se aplica aos casos em que as alterações das instalações de transmissão foram solicitadas ou causadas pelo agente vendedor, valendo apenas para os casos de atendimento integral das condições do contrato de venda original no que tange às instalações de transmissão.

A introdução de hipóteses excludentes de responsabilidade é um grande aprimoramento da REN 595 em relação à regra vigente, principalmente porque a REN 165 não trazia qualquer condição de excludente de responsabilidade, conduzindo quaisquer discussões sobre o tema à Diretoria Colegiada. Tampouco à época de sua edição a norma se deparava com a situação de contínuos gargalos nas instalações de transmissão que vem provocando o atraso sistemático das centrais de geração, direcionando as decisões sobre a aplicação da REN 165 para o âmbito administrativo, e por vezes judicial, desviando esforços da Agência.

Embora a REN 595 tenha trazido claros aprimoramentos, cabe salientar que desde o Leilão de Energia de Reserva (LER) de 2013, o dispositivo de previsão de excludente de responsabilidade não está mais presente no texto do contrato de venda de energia, o que tornará essa excludente inócua no futuro recente. Ademais, o atendimento dos critérios para aptidão à operação comercial aprovados pela REN 583 (e o reconhecimento pela ANEEL) não se traveste da simplicidade que a norma parece dar a entender. De qualquer modo, não se pode desmerecer esse grande avanço.

Do lado do consumidor, de forma também a assegurar a proteção ao usuário final da energia, a norma não afasta o peso financeiro ao agente vendedor, pois garante a condição de repasse mais favorável ao consumidor, mas dá um sinal regulatório mais adequado para que o empreendedor conclua o investimento de forma mais rápida e se proteja de eventuais atrasos com a maior antecedência possível.

## Considerações

O setor elétrico brasileiro, a exemplo de outros setores de infraestrutura, convive com atrasos nos cronogramas de implantação motivados por uma série de fatores, e que, em muitos casos, não são gerenciáveis pelo empreendedor. Atrasos provocam sobrecustos e queda do retorno esperado do investimento, de modo que o empreendedor tem um incentivo natural para atuar diligentemente para sanar quaisquer obstáculos para o cumprimento do cronograma. O atraso no início da operação

---

<sup>6</sup> Estabelece os procedimentos e condições para obtenção e manutenção da situação operacional e definição de potência instalada e líquida de empreendimento de geração de energia elétrica.

# ANÁLISE REGULATÓRIA EXCELÊNCIA ENERGÉTICA

comercial das unidades geradoras não prejudica apenas o empreendedor, mas também o consumidor final, que é o destinatário final da energia.

Para coibir atrasos na implantação dos empreendimentos, a Resolução Normativa 165 disciplinou as condições para repasse de energia elétrica contratada para fins recomposição do lastro de venda do agente vendedor na CCEE. Em razão dos critérios de repasse adotados, em alguns casos a aplicação da resolução poderia chegar ao limite de inviabilizar a conclusão do empreendimento, direcionando o julgamento de uma série de processos para a seara administrativa e judicial. Posto isso, a Diretoria da ANEEL entendeu que o novo regulamento não deveria ter caráter essencialmente sancionatório, e sim estimular o cumprimento do cronograma e estimular a ação diligente do vendedor.

Com esse objetivo, por meio da edição da REN 595 a ANEEL disciplinou de forma bem mais objetiva as condições de contratação e repasse, assim como as hipóteses de excludente de responsabilidade do agente vendedor.

Como destaques na alteração dos critérios de repasse figuram a substituição da redução escalonada do preço do contrato original por um fator de redução linear após o terceiro mês de atraso, e a mudança do critério de PLD + 10% por parâmetro resultante de PLD acrescido de um 'ágio' apurado mensalmente pela CCEE.

Outro avanço importante da REN 595 é procurar diferenciar a conduta diligente do vendedor, daquela leniente, mediante critérios objetivos, embora limitados, para apuração de atraso estrutural e conjuntural da operação comercial de unidade geradora.

Em síntese dos aspectos apresentados nesta avaliação, conclui-se que a nova norma para contratação de lastro de garantia física constitui claro aprimoramento em relação ao regramento anterior, retirando boa parte do seu fundamento sancionatório.

Em tempo, a vigência da REN 595 tem início em 1º de fevereiro de 2014.

**Janeiro de 2014**

**Excelência Energética** · Brunno Scalabrini · Ébano Teles Silva · Érico Henrique Garcia de Brito · Erik Eduardo Rego · José Said de Brito · Josué Faria de Arruda Ferreira · Liana Coutinho Forster · Maria Clara Zeferino · Selma Akemi Kawana

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. REPRODUÇÃO PARCIAL PERMITIDA DESDE QUE CITADA A FONTE. PROIBIDA CÓPIA TOTAL E REPRODUÇÃO COMERCIAL SEM AUTORIZAÇÃO.