AGERGS

CONSELHO SUPERIOR

Data: 05/06/2018
Processo: 000312-39.00/17-9
Assunto: Recurso da Eólica Cerro Chato V S A ao Auto de Infração n.º 0005/2017 AGERGS-SFG
Conselheiro-Relator: Cleber Domingues
Conselheiro-Revisor: Alcebides Santini

I – DO RELATÓRIO

A empresa Eólica Cerro Chato V. S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 14.606.642/0001-43, foi autorizada a estabelecer-se como Produtor Independente de Energia Elétrica, mediante a implantação e exploração da Central Geradora Hidrelétrica denominada EOL Cerro Chato V, constituída de seis Unidades Geradoras de 2.000 kW, totalizando 12.000 kW de capacidade instalada e 4.000 kW médios de garantia física de energia, no Município de Santana do Livramento, Estado do Rio Grande do Sul.

Considerando o Convênio de Cooperação nº 015/2010, firmado entre a ANEEL e a AGERGS, foi realizada fiscalização na EOL Cerro Chato V, nos dias 20 e 21 de maio de 2015. A fiscalização consistiu na verificação da adequação da usina à outorga concedida para sua exploração e à legislação vigente do setor elétrico, bem como da situação das instalações e procedimentos de operação e manutenção do atendimento às constatações fixadas no último relatório de fiscalização lavrado pela AGERGS.

Foi verificada acentuada queda no volume de geração de energia após sinistro acorrido com a queda de dois geradores em dezembro de 2014, verificou-se que a disponibilidade dessa Central Geradora está abaixo da meta estabelecida, destacando-se que houve uma redução de até 42,42% em relação aos últimos 3 meses de operação do parque antes da queda dos aerogeradores. Assim, não havendo geração de energia após maio de 2015.

Em 31 de agosto de 2015, no Relatório RF-018/2015-GPE-G EOL Cerro Chato V, fruto da fiscalização foram apuradas cinco Não Conformidades com a legislação do setor elétrico e três Determinações, os quais fazem parte do Termo de Notificação.

Em 25 de setembro de 2015, a Empresa Eólicas Cerro Chato V SA apresentou manifestação a respeito do TN 018/2015-GPE-G, por meio da carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015.

A Constatação C.1 identificou que o alvará de Prevenção e Proteção Contra Incêndio (PPCI) da usina, emitido pelo Corpo de Bombeiros do Estado estava vencido.

A Não conformidade NC.1 apresenta a obrigação da empresa a atender o estabelecido na Resolução Normativa n.º 389, art. 2º § I e § XVI, que diz respeito à implantação e operação da central geradora, executando obras correspondentes com as normas legais específicas e todas as obrigações de natureza fiscal, trabalhista e previdenciária, aos encargos oriundos da legislação, bem como a quaisquer outras obrigações decorrentes da exploração da central geradora.

A Determinação D.1 estabelece que a empresa deverá enviar à AGERGS as tratativas que estão sendo mantidas com o Corpo de Bombeiros do Estado para regularização da situação e, quando da obtenção do referido Laudo, enviar uma cópia para esta AGERGS.

Conforme manifestação do Agente Fiscalizado com relação à Constatação (C.1) e Determinação (0.1) que por meio da Carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015, a empresa Eólica Cerro Chato V S.A. encaminhou a cópia do Alvará de Prevenção e Proteção contra Incêndio, PPCI n.º 2063/1, emitido em 29 de janeiro de 2015, válido até 29 de janeiro de 2018, em favor da Eólica Cerro dos Trindades e Outros, restando regularizada a Não Conformidade (N.1) e atendida a Determinação (D.1).

Constatação (C.2): O Agente não apresentou as informações relativas às informações de dados de ventos no relatório de geração de energia da EOL Cerro Chato V.

Não conformidade (NC.2): Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 4°, inciso IV, que dispõe sobre os deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo, de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

A Resolução ANEEL n.º 389, de 15 de dezembro de 2009, art. 2°, inciso VIII, que estabelece a obrigação do agente de geração de prestar todas as informações relativas ao andamento do empreendimento, bem como facilitar os serviços de fiscalização e; Resolução ANEEL n.º 389, de 15 de dezembro de 2009, art. 4° que constitui obrigação específica do autorizado para centrais geradoras eólicas manter em arquivo, à disposição da ANEEL, os dados anuais referentes às leituras do vendo, histogramas e frequências de ocorrência.

Determinação (D.2): No prazo de manifestação ao Termo de Notificação, a empresa deverá enviar à AGERGS as informações relativas ao relatório de geração de energia, desde a entrada em operação comercial da EOL Cerro Chato V, conforme solicitado no item 4 do ofício de inspeção 73/2015-GPE.

Diante da manifestação do Agente Fiscalizado com relação à Constatação (C.2) e Determinação (D.2), através de Carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015, a empresa apresenta os dados de ventos coletados pelas torres anemométricas e dados de geração em anexo, considerando-se regularizada a Não Conformidade (N.2) e atendida a Determinação (0.2).

Constatação (C.3): O Agente não apresentou as informações solicitadas relativas às informações dos indicadores de manutenção da EOL Cerro Chato V, especificamente os indicadores de indisponibilidade e de taxa de falhas.

Não conformidade (NC.3): Portaria MME 141, de 16 de março de 2012, artigo 3°, inciso I, que obriga a autorizada a cumprir o disposto na Resolução Normativa ANEEL N° 389, de 15 de dezembro de 2009. Resolução ANEEL n.º 389, de 15 de dezembro de 2009, artigo 2°, inciso VIII - descreve a obrigação de prestar todas as informações relativas ao andamento do empreendimento, bem como facilitar os serviços de fiscalização. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 4°, inciso IV, que dispõe sobre os deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo, de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Determinação (D.3): No prazo da manifestação ao Termo de Notificação, a empresa deverá enviar à AGERGS os indicadores de indisponibilidade por manutenção forçada, indisponibilidade por manutenção programada e taxa de falhas em base mensal e anual desde a entrada em operação comercial até abril de 2015 calculados, de acordo com o submódulo 25.8.

De acordo com a Manifestação do Agente Fiscalizado com relação à Constatação (C.3), Não Conformidade (NC.3) e Determinação (0.3): os referidos dados solicitados estão disponíveis no CD entregue a fiscalização. Em manifestação, Carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015, a empresa apresenta planilha com os indicadores de desempenho solicitados, considerando-se regularizada a Não Conformidade (N.3) e atendida a Determinação (D.3).

Constatação (C.4): A EOL Cerro Chato V gerou em média 44,84% da garantia física de março a dezembro de 2014.

Não Conformidade (NC.4): Resolução ANEEL n.º 389, de 15 de dezembro de 2009, art. 2°, inciso XXII, que estabelece a obrigação do agente de geração de manter, permanentemente, por meio de adequada estrutura de operação e conservação, os equipamentos e instalações da central geradora, em perfeitas condições de funcionamento e conservação, provendo adequado estoque de peças de reposição, pessoal técnico e administrativo, próprio ou de terceiros, legalmente habilitado e treinado e em número suficiente para assegurar a continuidade, a regularidade, a eficiência e a segurança na exploração da central geradora.

Diante o exposto a manifestação do Agente Fiscalizado com relação à Constatação (C.4) e Não Conformidade (NC.4): expõe que conforme já esclarecido em sua defesa os problemas causados pela IMPSA ocasionaram uma geração abaixo da garantia física e posteriormente a paralisação completa dos parques eólicos, que culminaram em pedido de (i) suspensão do prazo de suprimento dos CCEAR e (ii) o reconhecimento do caso fortuito compreendendo o período de inexequibilidade do fornecimento de energia, qual seja, do pedido de recuperação judicial da IMPSA até a efetiva reconstrução dos parques eólicos."

Constatação (C.S): Indisponibilidade da(s) UG1 a UG6, desde dezembro de 2014, sem previsão de retorno.

Não conformidade (NC.5): De acordo com a Resolução ANEEL n.º 389, de 15 de dezembro de 2009, art. 2°, inciso XXII, que estabelece a obrigação do agente de geração de manter, permanentemente, por meio de adequada estrutura de operação e conservação, os equipamentos e instalações da central geradora, em perfeitas condições de funcionamento e conservação, provendo adequado estoque de peças de reposição, pessoal técnico e administrativo, próprio ou de terceiros, legalmente habilitado e treinado e em número suficiente para assegurar a continuidade, a regularidade, a eficiência e a segurança na exploração da central geradora.

De acordo com a manifestação do Agente Fiscalizado com relação à Constatação (C.5) e Não Conformidade (NC.5): "as Eólicas esclarecem que: conforme já esclarecido em sua defesa os problemas causados pela IMPSA ocasionaram uma geração abaixo da garantia física e posteriormente a paralisação completa dos parques eólicos, que culminaram em pedido de (i) suspensão do prazo de suprimento dos CCEAR e (ii) o

reconhecimento do caso fortuito compreendendo o período de inexequibilidade do fornecimento de energia, qual seja, do pedido de recuperação judicial da IMPSA até a efetiva reconstrução dos parques eólicos. "

Em sua manifestação, Carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015, o Agente esclarece que os problemas causados pela IMPSA ocasionaram uma geração abaixo da garantia física e posteriormente a paralisação completa dos parques eólicos. Para a implantação das Usinas Eólicas foi contratado um Consórcio formado pelas empresas ICCILA (obras civis), EFACEC (obras elétricas, redes de média tensão e subestações) e Wind Power Energia SA ("IMPSA"), a qual ficou responsável pelo fornecimento dos aerogeradores modelo IWP 100, e pela prestação dos serviços de Operação e Manutenção das usinas ("O&M"), conforme prática de mercado.

Manifestou-se ainda a empresa que, por culpa exclusiva da IMPSA, as eólicas entraram em operação comercial em datas posteriores às previstas e, que após a entrada das usinas em operação comercial, o desempenho apresentado ficou muito aquém do contratado com a IMPSA.

Destacou também a Eólica Cerro Chato V SA:

a. Em especial a partir do último trimestre de 2014, a IMPSA passou a negligenciar a prestação dos serviços de O&M, seja pela falta de peças de reposição, de pagamento a subfornecedores, de pagamento a fornecedores secundários da obra, ou ainda, pelo não pagamento dos salários aos seus próprios funcionários;

b. Devido ao péssimo desempenho da WPE, a geração das Eólicas Cerro Chato IV, V e Cerro dos Trindade ficou bem abaixo do limite inferior de 90% durante todo o ano de 2014;

c. A insuficiência de geração implicou em um passivo total superior a R$ 15.000.000,00 (quinze milhões e reais) na contabilização anual da CCEE em 2014, a ser descontado no faturamento de 2015; e,

d. Em dezembro de 2014 a IMPSA protocolou um pedido de Recuperação Judicial ("RJ"), demitindo mais de 400 funcionários de sua fábrica de aerogeradores e, assim interrompendo completamente a planta e a prestação de serviços de O&M. Diante da situação não restou às Eólicas, outra alternativa que não fosse a rescisão do contrato de O&M e a contratação emergencial de uma empresa independente para elaboração de um diagnóstico sobre a situação das Usinas Eólicas e a eventual prestação dos serviços de O&M., as quais concluíram não ser possível que um terceiro retomasse a operação dos aerogeradores e garantisse a produção de energia, uma vez que a operação do software

é totalmente dependente da IMPSA e não há cadeia de fornecedores de peças sobressalentes para atender às Usinas Eólicas.

Aquém desta situação insustentável, o Agente informou que a situação foi dramaticamente intensificada pelo acidente ocorrido no complexo em dezembro de 2014, conforme descrito a seguir:

> "Em 20/12/2014, entre 15h53h e 16h03, ocorreu na região de Santana do Livramento/RS um evento climático extremo, denominado Micro Explosão (ocorrência de ventos de até 240 km/h (66.7 mis)), que causou a queda e destruição de 8 (oito) aerogeradores das Usinas Eólicas. A ocorrência derrubou e causou o sinistro de 2 (dois) aerogeradores do parque Cerro Chato IV (ECC4-4 e ECC4-5), 2 (dois) aerogeradores do parque Cerro Chato V (ECCV-2 e ECCV- 3), 1 (um) aerogerador do parque Cerro Chato VI (ECC6-12) e 3 (três) aerogeradores do parque Cerro dos Trindade (ECOT-2, ECOT-3 e ECOT-4). Os 8 aerogeradores foram totalmente destruídos, não sendo possível o reaproveitamento de nenhum componente.
>
> A Aneel foi comunicada do sinistro em 23/12/2014, através da correspondência CE - LV Eólicas 06812014, pela qual se solicitou à ANEEL que inspecionasse o local e reconhecesse a ocorrência de caso fortuito, suspendendo, assim, as obrigações de fornecimento de energia proveniente dos Parques afetados até o completo saneamento dos danos.
>
> Os demais 19 (dezenove) aerogeradores, que completam a totalidade de aerogeradores dos referidos parques (incluindo a EOL Cerro Chato VI), foram desligados para avaliação da extensão dos danos parciais, tanto pelos peritos contratados pela seguradora, quanto pelas Eólicas, e para se evitar novas possíveis quedas ou acidentes.
>
> Durante a visita aos parques pelos peritos contratados pela seguradora, após a ocorrência do acidente, representantes da IMPSA informaram que a equipe de engenharia que

havia trabalhado no desenvolvimento do aerogerador modelo IWP 100 já havia se desligado da empresa, o que corrobora a já apresentada situação de incapacidade de prestação de serviços de O&M pela empresa.

Mesmo reconhecendo as Eólicas que a análise realizada pela ANEEL de pleitos que envolvem alegação de caso fortuito ou força maior é bastante técnica e criteriosa, não restam dúvidas que os acontecimentos ora narrados configuram hipótese inequívoca de caso fortuito, tanto nos termos da legislação brasileira, quanto na conforme jurisprudência judicial e administrativa."

Neste contexto, o agente Notificado informou que, por mais diligentes que tenham sido, não poderiam buscar alternativas para se resguardar dos eventos ocorridos, dado seu grau de imprevisibilidade. Ainda que a eventual recuperação judicial de um fornecedor seja considerada um risco empresarial, não havia como prever as consequências de tal evento.

A Carta CE LV Eólicas 050/2015, de 24 de setembro de 2015, ainda aponta o Parecer n.º 0068/2015 da Procuradoria-Geral que utiliza a expressão "álea excepcional, totalmente imprevisíveis para o homem médio". Informando que os conjuntos de acontecimentos mencionados na manifestação tornam o evento totalmente imprevisível, inclusive para empresas que, conforme demonstrado, agiram de forma diligente durante toda sua operação.

Com relação a tais argumentos, como observado, a empresa não nega os problemas evidenciados pela Fiscalização, a saber, baixo desempenho de geração de março a dezembro de 2014 e indisponibilidade das UG1 a UG6 desde dezembro de 2014.

A EOL Cerro Chato V é uma usina do tipo II-C, fazendo parte do conjunto Livramento 2, contratada no ACR na modalidade de disponibilidade, sendo assim os problemas de concepção de projeto e manutenção que levam a planta a não atender os índices de geração, como observado nos gráficos de geração, gera dano direto ao consumidor e ao setor que contava com a energia da EOL Cerro Chato V. Tendo em vista o descumprimento da obrigação estabelecida na Resolução N° 389, de 15 de dezembro de 2009, a saber:

"(...) Art. 2º, Inciso XXII - manter, permanentemente, por meio de adequada estrutura de operação e conservação, os equipamentos e instalações da central geradora, em perfeitas condições de funcionamento e conservação, provendo adequado estoque de peças de reposição, pessoal técnico e administrativo, próprio ou de terceiros, legalmente habilitado e treinado e em número suficiente para assegurar a continuidade, a regularidade, a eficiência e a segurança na exploração da central geradora; (...)".

Depreende-se dos fatos e da legislação, que por força da Resolução Normativa REN N° 389, de 15 de dezembro de 2009, a Eólica Cerro Chato V SA encontrava-se obrigada a manter os equipamentos e instalações da central geradora em perfeitas condições de funcionamento e conservação, assegurando a continuidade, a regularidade, a eficiência e a segurança na exploração da central geradora.

Apesar dos esforços apresentados pelo Agente Autorizado em sua manifestação, a Central Eólica EOL Cerro Chato V não cumpriu com suas obrigações para com a geração de energia no ACR, assim é impossível o arquivamento das Constatações e Não Conformidades elencadas, impondo a necessidade de autuação da empresa, com a aplicação de multa por "operar ou manter as instalações de energia elétrica e os respectivos equipamentos de forma inadequada, em face dos requisitos legais, regulamentares e contratuais aplicáveis", capitulada no art. 6° Inciso XIV da Resolução Normativa n.º 63/2004 em relação as Constatações (C.4) e (C.5) e Não Conformidades (NC.4) e (NC.5).

De acordo com o art. 20 da Resolução ANEEL n.º 63, de 12 de maio de 2004, o Gerente de Energia decide pela lavratura do Auto de Infração para a empresa Eólica Cerro Chato V SA em razão de:

a) terem sido comprovadas as não conformidades NC. 4 e NC.5 apontadas no Relatório de Fiscalização;

b) terem sido consideradas insatisfatórias as alegações apresentadas; e

c) a EOL Cerro Chato V ainda não ter retornado à operação comercial no momento da lavratura deste Auto de Infração, em conformidade com o disposto no § 2° do art. 20 da Resolução Normativa ANEEL n° 63/2004, em razão de a empresa ter deixado de cumprir normas legais e/ou regulamentares.

Por todo o exposto e de acordo com a dosimetria adotada, nos termos dos arts. 14 e 15 da Resolução Normativa n.º 63/2004, bem como do art. 2° da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o valor da a multa é R$ 41.545,18 (quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e trinta e cinco centavos, por estarem caracterizadas as hipóteses constantes nos incisos XII do art. 6° e VI do art. 5° da Resolução Normativa n.º 63, de 12 de maio de 2004.

Em sede de recurso, a Eólica Cerro Chato manifesta-se dizendo que desde 05 de dezembro de 2014 há uma incapacidade fática na operação das Usinas Eólicas, inerentes ao mercado de aerogeradores que tornam inexequível o cumprimento das obrigações relativas ao suprimento de energia dos Contratos de Compra de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR.

Alega também a empresa, que a decretação de caso fortuito ou força maior é inequívoca, tanto nos termos da legislação brasileira, quanto conforme a jurisprudência judicial e administrativa, não havendo, portanto, alternativas para se resguardar dos danos causados pela microexplosão com ventos de 240 km/h, restando constatado, segundo relatório de fiscalização dos serviços de geração da ANEEL, parte integrante do TN n.º 017/2015-SFG/ANEEL, que a velocidade dos ventos que ocasionaram a destruição dos aerogeradores ultrapassava, em muito, a capacidade dos aerogeradores instalados no parque, diante dos danos causados.

Para isso, é que em hipóteses como estas que a expressão "álea excepcional, totalmente imprevisíveis para o homem médio" foi cunhada, uma vez que, o evento te4ve impacto direto nas obrigações de suprimento de energia, gerando clara impossibilidade permanente de continuidade da operação dos Parques Eólicos afetados.

Diante o exposto, as Eólicas requereram à ANEEL:

a) Suspensão do prazo de suprimento dos CCEAR; e
b) Reconhecimento do caso fortuito compreendendo o período de inexequibilidade do fornecimento de energia, qual seja, do pedido de recuperação judicial da IMPSA, fornecedora dos aerogeradores, até a efetiva reconstrução dos parques eólicos.

De outra banda, a empresa alega a ausência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da multa, da força maior, da inexistência de vantagens para a Recorrente, em virtude da não conformidade apontada e da possibilidade de conversão da penalidade de multa em advertência.

Diante da inércia da ANNEL em responder e posicionar-se a respeito as Eólicas entram com ação na Justiça Federal do Distrito Federal, logrando êxito através de liminar suspendendo quaisquer penalidades às Eólicas.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

Fundamenta-se o AI N.º 005/2017-GPE G, de que a EOL Cerro Chato V teve sua energia comercializada no Leilão n.º02/2011, com compromisso de suprimento de 695.612,90 MWh a partir de 1° de março de 2014, assim:

> a. A EOL Cerro Chato V gerou em média 44,84% da garantia física de maio a dezembro de 2014;
> b. mantida a indisponibilidade das UG1 a UG6, desde dezembro de 2014, sem previsão de retorno;
> c. a EOL Cerro Chato V é classificada pelo ONS como Tipo II-C - conjunto de usinas conectado à rede básica que afeta os processos de planejamento, programação da operação, operação em tempo real, normatização, pré-operação e pós-operação;
> d. o Agente possuía na data da fiscalização Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR, na modalidade disponibilidade de energia elétrica, atualmente o contrato encontra-se rescindido;
> e. que a liminar solicitada pelo Agente e concedida pela justiça, refere-se apenas às penalidades comerciais, não atingindo as sanções técnicas deste procedimento fiscalizatório;

Diante o exposto, fica caracterizado o descumprimento da garantia física e a indisponibilidade da Central Geradora, impossibilitando a desconsideração da autuação e a liberação da penalidade de multa. Ainda, verifica-se que não foram apresentados fatos novos sobre a infração, assim como as alegações interpostas pela recorrente não têm como cancelar a não conformidade apontada e criteriosamente caracterizada.

Em sede de recurso, a EOL Cerro Chato V reafirma a argumentação apresentada em sua manifestação ao Termo de Notificação TN n.º 0018/2015-AGERGS-SFG, de 01 de setembro de 2015. Deste modo, não cabem alterações no auto de infração aplicado.

Quanto à possibilidade de converter a multa em advertência, considera a GPE-G não ser possível a aplicação do ART. 8° da Resolução Normativa n.º 63/2004 da ANEEL, pois é necessário atender às condições dos Incisos I e II do mesmo artigo.

Diante de todo o exposto, o Gerente de Energia Elétrica, no uso de suas atribuições regimentais, em conformidade com o que estabelece a Resolução Normativa n° 63, de 12 de maio de 2004, tendo em vista o que consta no. Processo n° 000312-39.00/17-9, considerando o recurso interposto pela empresa Eólica Cerro Chato V S A, contra o Auto de Infração n° 0005/2017-AGERGSSFG, de 24 de março de 2017, resolve:

(i) conhecer, por tempestivo, o recurso interposto;

(ii) manter na integralidade a decisão constante no Auto de Infração n° 0005/2017-AGERGS-SFG, qual seja, a aplicação da penalidade de multa no valor de R$ 41.545,18 (quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e dezoito centavos), por seus próprios fundamentos, uma vez que fixada em fiel observância aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, observando o disposto nos artigos 33 e 34 da Resolução Normativa n° 63, de 12 de maio de 2004. Para efeitos de atualização e recolhimento da multa devem ser observadas as disposições legais em vigor.

Sendo assim;

III - VOTO POR:

1- Conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Eólica Cerro Chato V S. A., ao Auto de Infração n.º 0005/2017 – AGERGS-SFG, mantendo a multa no valor de R$ 41.545,18 (quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e dezoito centavos);

2- Oficiar as partes da presente decisão, concedendo 10 dias para apresentação de recurso à ANEEL a partir do recebimento de correspondência notificando o fato.

É como voto, Senhor Presidente e Senhores Conselheiros.

Cleber Domingues
Conselheiro

IV - DA REVISÃO

Em conformidade com o disposto no Regimento Interno da AGERGS, revisei o relatório e confirmo a sua correção quanto à descrição dos fatos e à fundamentação das partes.

Quanto ao mérito, reporto-me à fundamentação apresentada pelo Conselheiro-Relator, acompanhando o seu voto.

Alcebides Santini
Conselheiro-Revisor