



Consulta Pública MME nº 136/2022

Diretrizes para concessões vincendas de
transmissão de energia elétrica

CLASSIFICAÇÃO: Pública

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Primeiramente, a Eletrobras cumprimenta a iniciativa e permanente atuação do Ministério de Minas e Energia - MME buscando promover o aperfeiçoamento do setor elétrico, neste propondo diretrizes para concessões que a partir de 2025 terão seu termo final alcançado, e busca auxiliar o Poder Concedente quanto à tomada de decisão em face da possibilidade de prorrogação desses contratos ou a sua licitação. A reflexão sobre o tema nesse momento tem grande relevância, tendo em vista a quantidade de contratos de concessão cujo término de vigência se aproxima e é salutar a discussão com a sociedade com alguma antecedência, como se propõe.

Nesse sentido a Eletrobras vem apresentar contribuições a respeito da Nota Técnica nº 520/2022/DOC/SPE (Nota Técnica), submetida à Consulta Pública, baseando-se essencialmente em algumas das 24 diretrizes apresentadas para o tratamento de tais concessões.

SOBRE AS DIRETRIZES GERAIS

A Nota Técnica apresenta 5 diretrizes consideradas como gerais, a saber:

- 1) As concessões de transmissão serão licitadas no advento do termo contratual, utilizando o critério do menor valor de receita anual para prestação do serviço público, atendendo o disposto no inciso I do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*
- 2) As instalações das concessões poderão ser licitadas em conjunto com outras instalações de transmissão novas ou existentes.*
- 3) Quando não houver viabilidade para a licitação, as concessões de transmissão de energia elétrica poderão ser prorrogadas nos termos do art. 4º da Lei nº 9.074, de 2015, e do art. 6º da Lei nº 12.783, de 2013.*
- 4) A concessionária deverá apresentar, com antecedência de 60 (sessenta) meses do advento do termo da contratual, diagnóstico dos equipamentos que integram a concessão, em formato previamente definido pelo Poder Concedente, contendo a condição, data de início de operação comercial, histórico de falhas e manutenção, sobressalentes, acompanhado de data room das instalações constantes no contrato.*
- 5) Caberá ao Ministério de Minas e Energia, subsidiado pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE e pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, definir as melhorias, reforços e novas instalações relacionadas às instalações de transmissão pertencentes à concessão em fim de vigência, as quais constarão no Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica – POTEE, conforme Portaria MME nº 215, de 11 de maio de 2020, e serão informadas à ANEEL com antecedência de até 35 (trinta e cinco) meses do advento do termo contratual.*

Das diretrizes 1 e 3 infere-se que o racional que direciona esta Consulta Pública é o de que todas as concessões a vencer deverão ser objeto de leilão para novas outorgas e somente deverá ocorrer a prorrogação de contratos de concessão de transmissão quando houver inviabilidade de licitação.

Em que pese se admitir o sucesso dos leilões realizados no período recente, notadamente nos últimos 5 anos referidos expressamente na Nota Técnica, não há como se estabelecer automaticamente que essa seja sempre, inequivocamente, a melhor alternativa para o Poder Concedente, tanto pela experiência anterior, de leilões desertos, como pelas experiências recentes de leilões de transmissão cujas obrigações transferidas pela outorga não foram cumpridas pelos arrematantes.

A avaliação de que a licitação da concessão seja a melhor alternativa sempre dependerá de análise individualizada, o que não é comportado por uma Portaria de caráter geral. Assim, prever que a prorrogação de uma concessão existente somente ocorra quando for inviável a licitação não seria a melhor posição, porque embora a licitação consista em mecanismo para se alcançar a proposta mais vantajosa, havendo o indicativo de que haja maior benefício para a administração e para os usuários ao manter um contrato vigente mediante a extensão de seu prazo, tal medida deve ser perseguida, sendo por isso que a Lei nº 8.987/95, a Lei Geral de Concessões, contemplou a possibilidade de prorrogação desses contratos e que os mesmos têm obrigatoriamente uma cláusula prevendo esta hipótese.

Nesse sentido, a prorrogação das concessões existentes deve ser possível sempre que for demonstrado que esta é a proposta mais benéfica para o usuário, e conseqüentemente para o Poder Concedente, inclusive em favor da segurança do sistema, e não somente quando a licitação for inviável.

Outro aspecto importante a ponderar é a necessidade de se estabelecer um critério de avaliação para o que se deve entender como concessões vencidas, sendo razoável se considerar que sejam aquelas cujo prazo até o término da vigência contratual seja igual ou inferior a 60 meses. Para concessões que vencerão em prazos superiores a 60 meses é possível reavaliar oportunamente as diretrizes ora propostas, aperfeiçoando-as e compatibilizando-as às necessidades das novas concessões vencidas com base na experiência obtida em casos concretos, o que poderá ser debatido em novo processo de Participação Pública.

Importante notar quanto à diretriz 2, que aponta que “*As instalações das concessões poderão ser licitadas em conjunto com outras instalações de transmissão novas ou existentes*”, que não é possível admitir que seja considerada nas novas licitações a inclusão de qualquer ativo existente que conste de contratos de concessão vigentes, os quais não podem simplesmente ser retirados e inseridos em nova licitação de outra outorga, sob pena de violar o seu respectivo contrato em vigor. Assim, entende-se que a diretriz 2 deva consubstanciar que “*As instalações das concessões **vincendas** poderão ser licitadas em conjunto com outras instalações de transmissão novas.*”

A respeito da diretriz 4, sobre a apresentação de diagnóstico de ativos, é importante que se estabeleça que os custos incorridos pela transmissora para elaboração do diagnóstico serão reconhecidos e ressarcidos no reajuste subsequente à validação da ANEEL, adotando, por analogia, a lógica do artigo 4º, §4º, da Resolução Normativa ANEEL Nº 589/2013.

Com relação à possibilidade de se considerar ativos novos como aqueles a serem previstos no POTEE, como se infere da diretriz 5, cabe pontuar que somente deverão ser incluídos numa eventual licitação aqueles reforços e melhorias de grande porte que sejam relacionados aos serviços objeto da concessão a ser licitada, tal como previsto na regulação vigente, e respeitando-se o disposto no artigo 6º, § 1º do Decreto nº 2.655/98, que estabelece que os reforços das instalações existentes serão de responsabilidade da respectiva concessionária, devendo ser respeitados os contratos vigentes e a própria regulamentação, que preveem como competência das concessionárias a realização de reforços e melhorias associados aos ativos objeto de sua respectiva concessão¹.

Ainda sobre a diretriz 5, vale destacar a necessidade de incluir na previsão do planejamento, e também para a previsão da RAP teto, as adequações necessárias às

¹ Por exemplo, contrato de concessão nº 15/2021 – ANEEL:

“CLÁUSULA OITAVA (...) Terceira Subcláusula – As receitas decorrentes dos REFORÇOS ou MELHORIAS ou INSTALAÇÕES DE CONEXÃO, inclusive aquelas relacionadas a novos padrões de desempenho técnico determinados pela ANEEL, decorrentes de regulamento ou autorizadas por resolução específica, serão revisadas, periodicamente, nas mesmas datas estabelecidas no caput desta Cláusula, nos termos da regulação expedida sobre a matéria.”

(...)

“CLÁUSULA OITAVA (...) Décima Primeira Subcláusula – A TRANSMISSORA deverá executar REFORÇOS e MELHORIAS nas INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO objeto deste CONTRATO, nos termos da regulação específica, auferindo as correspondentes receitas a serem estabelecidas pela ANEEL.”

instalações vincendas, para a transferência de sua operação para a nova concessionária, ou seja, a segregação parcial ou total das instalações a serem transferidas das instalações que permanecerão em operação local. Por exemplo, há a possibilidade de que se licite ativos que serão destacados do centro de operação, uma vez que uma única empresa pode ter um único centro de operação responsável por uma concessão existente e outra vincenda, devendo haver a previsão, nesse caso, de implantação de um novo centro para a nova concessão ou de transferência para outro centro de titularidade da arrematante. Outra hipótese diz respeito à transferência de DITs, uma vez que existe a hipótese de licitação de concessão que contenha DITs e outros ativos, que deverão ser segregados.

Adicionalmente, é importante avaliar o tratamento dos ativos totalmente depreciados regulatoriamente (ATDs). Independentemente da opção adotada pelo Poder Concedente, após o termo de uma concessão o Ativo Imobilizado em Serviço será composto de muitos equipamentos em condição ATD ou que venham a se tornar ATD já nos primeiros anos da nova concessão. Também terão, mas em menor quantidade, ativos que foram substituídos ao longo do primeiro ciclo de concessão e que provavelmente também se tornarão ATD antes do fim da nova concessão.

Assim, não é razoável imaginar que as empresas aceitarão prorrogar ou ofertar lances para uma base de investimento tão depreciada sem a possibilidade de incremento de receita para a substituição muito provável de todos os equipamentos recebidos ao longo do novo ciclo de concessão.

Nesse sentido, independentemente da opção escolhida, propõe-se que seja garantida a condição de recebimento de receita quando da efetiva substituição do ativo.

SOBRE AS DIRETRIZES PARA A LICITAÇÃO

As diretrizes 6 a 16 contidas na Nota Técnica tratam da Licitação a ser realizada para a nova outorga. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar, como já mencionado e se demonstrará de forma mais detida adiante, que a licitação somente deverá ser realizada quando ficar demonstrado que essa seja a opção mais vantajosa para os usuários e para o Poder Concedente, considerando, acima de tudo, os princípios da

continuidade, da regularidade, da eficiência e da segurança na prestação do serviço público no setor de energia elétrica e nas concessões como um todo.

Partindo-se dessa premissa, na hipótese de restar devidamente demonstrado em processo da avaliação específica que a licitação para nova outorga seja a alternativa mais vantajosa, deve ser ajustada a perspectiva sobre algumas diretrizes submetidas à Consulta Pública.

A respeito da diretriz 6, no sentido de que *"A licitação poderá incluir, além dos ativos em serviço, melhorias, reforços e novas instalações previstas pelo planejamento"*, importante observar que tais reforços e melhorias, como já referido anteriormente, devem ser exclusivamente aqueles associados à concessão vencedora, não abrangendo quaisquer outros que sejam objeto de outros contratos vigentes, sob pena de violação dos respectivos contratos e do artigo 6º, § 1º do Decreto nº 2.655/98.

Sobre diretriz que aponta que *"A licitação será realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço"*, operando-se, portanto, a transferência entre concessionário e arrematante, há que se avaliar, primeiramente, a adequação jurídica de tal medida, uma vez que o que é previsto pelos contratos de concessão e pela Lei nº 8.987/95 é que ao final da concessão haja a reversão dos ativos ao Poder Concedente, mediante o pagamento de prévia indenização. Essa é a condição prevista na Lei e nos contratos, de modo que a transferência dos ativos ao um outro agente, sem prévia reversão e indenização afronta a Lei e os contratos.

Admitindo-se, entretanto, em sede de argumentação, que seja possível a transferência como aventado na citada diretriz, há que se notar a extrema relevância de que sejam detidamente avaliados os possíveis impactos tributários da medida, uma vez que pode se considerar haver a incidência tributária sobre tais transferências de ativos e, caso isso suceda, os montantes respectivos devem ser considerados na avaliação quanto à vantajosidade de ser realizada a licitação.

Ainda sobre o tema, a diretriz 8 indica que *"A indenização pelos ativos ainda não amortizados a serem transferidos para a nova concessão deverá ser paga pelo vencedor do certame à antiga concessionária, nos termos do edital do leilão"*. Tal diretriz fica inicialmente prejudicada pela análise de impossibilidade dessa transferência direta entre particulares, indicada nos comentários à diretriz 7, entretanto, admitindo-se apenas por retórica que a dificuldade apontada seja superada, importa notar a necessidade de previsão de medidas que não exponham a

risco o detentor da concessão que será objeto de transferência, na medida em que deve ser assegurado o ressarcimento integral pelos investimentos realizados e que não tenham sido integralmente amortizados ou depreciados, conforme parâmetro estabelecido no artigo 36 da Lei nº 8.987/95.

Havendo a licitação para a transferência da concessão, o concessionário detentor do contrato extinto deve ser integralmente indenizado previamente à transferência dos ativos. Caso o contrato de concessão seja firmado antes da satisfação desse direito do concessionário anterior, o pagamento integral da indenização devida deve ser estipulado como condição de eficácia dos direitos e obrigações relativos à nova outorga. Essa, inclusive, foi a diretriz estabelecida pelo Poder Concedente para relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, nos termos do artigo 15, §3º da Lei nº 13.448/2017. No âmbito do setor elétrico foi o que ocorreu, por exemplo, no lote 11 do Leilão de Transmissão nº 01/2020.

Sobre a indenização, é também oportuno prever claramente como se dará a indenização de eventual parte já realizada de obra de reforço ou melhoria em curso, ainda que o ativo não tenha entrado em operação comercial, assim como a responsabilidade pela conclusão de obras.

Outro aspecto relevante diz respeito à valoração, para fins da indenização, dos ativos provenientes de obras que entraram em operação, mas que ainda não passaram por ao menos um processo de Revisão Tarifária Periódica. É preciso, assim, distinguir dentro da indenização diferença entre a base de ativos que já passou por revisão tarifária e possuem investimentos já ratificados pela ANEEL, daqueles que ainda não tiveram sua RAP definitiva.

Há, outrossim, que se prever tratamento a ser dado aos bens não reversíveis, o que não foi indicado na Nota Técnica de abertura desta Consulta Pública e deve necessariamente ser avaliado, e a solução pretendida deve igualmente ser objeto de debate público.

Cabe destacar, ademais, a preocupação com a diretriz 9, que estabelece que "*O valor da indenização será estabelecido conforme regulamentação da ANEEL, e observando-se o disposto no art. 4º, § 3º da Lei nº 9.074, de 1995, e nos §§ 2º e 4º do art. 8º da Lei nº 12.783, de 2013*", tendo em vista as dificuldades ainda enfrentadas, mais de 10 anos depois do advento da Medida Provisória nº 579/2012, para o cálculo e recebimento de valores devidos em conformidade com essa medida e

sua lei de conversão, a Lei nº 12.783/2013 é absolutamente imprescindível que os critérios de cálculo das indenizações sejam estabelecidos com antecedência suficiente e que sejam realizadas as contas pertinentes e informado o valor de indenização antes do término do contrato e de uma eventual transferência. Há que se ter uma clara e absoluta cautela com o respeito a direitos dos detentores das concessões a vencer, para que não haja violações.

Quanto à diretriz 13, que trata de adequação regulatória mediante transferência das Demais Instalações de Transmissão – DIT, a mesma comporta aprimoramento para esclarecer o tratamento a ser dado às DIT da base de ativos da transmissora que são conectadas com mais de uma distribuidora, as chamadas DIT compartilhadas. Necessário ainda ratificar se o entendimento sobre condições de transferência e ressarcimento seguirão o que prevê Resolução Normativa nº 916/2021.

Relativamente à diretriz 14, sobre transferência direta de ativos no caso de instalações compartilhadas, não raramente, observam-se instalações de concessões em final de vigência compartilhada com mais de uma transmissora. A diretriz proposta não deixa claro qual das transmissoras que compartilha o ativo o receberá. De igual modo, convém prever qual o valor da receita de O&M a ser auferida pelo agente que receber o ativo, assim como o valor da indenização, uma vez que ele não será objeto de licitação.

Destaca-se que os dispositivos publicados à época, foram elaborados contemplando características próprias dos investimentos pertencentes aos contratos de concessão prorrogados, portanto, faz-se necessária a definição de parâmetros e critérios que contemplem os critérios para a prorrogação ou a licitação de ativos que integram contratos de concessão vincendas.

Portanto, para maior segurança ao setor de transmissão, por se tratar de serviço público considerando os princípios que o norteiam, é necessário que a Aneel venha a regulamentar a metodologia e critérios para os casos de prorrogação ou, caso a licitação se mostre mais vantajosa aos usuários, a metodologia de cálculo do valor de indenização.

Ademais, se a licitação for a opção do Poder Concedente, devidamente motivada, se torna necessário que seja estabelecido em regulamento que caberá a remuneração pelo capital investido, pago a título de indenização ao antigo concessionário.

Importante, ainda, que seja definido prazo de antecedência mínimo para divulgação do valor da indenização, em caso de opção pela licitação. Logo, propõe-se que a ANEEL estabeleça o valor de indenização em processo administrativo específico, por meio de Resolução Homologatória, e o divulgue antes da data prevista para a realização da Sessão Pública do Leilão.

As diretrizes 15 e 16 falam, ainda, que *“Poderá ser previsto um período de transição, após a assinatura do contrato, para transferência dos ativos e assunção do serviço concedido”* e que *“As regras e critérios do período de transição, inclusive quanto aos pagamentos devidos à concessionária antecessora, serão estabelecidos pela ANEEL e deverão constar do edital do leilão”*.

Segundo a redação da diretriz 15, a previsão de um período de transição será facultativa. Entretanto, dada a natureza essencial do serviço, parece mais adequado que a previsão do período de transição seja obrigatória, podendo a nova concessionária renunciar no todo ou em parte ao referido período, bem como que haja um incentivo regulatório para que a transferência ocorra no menor prazo possível.

SOBRE A PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS EXISTENTES

As diretrizes 17 a 24 contidas no texto submetido à Consulta Pública partem da premissa de que somente deverá ocorrer a prorrogação de contratos de concessão de transmissão quando houver inviabilidade de licitação, o que não parece uma orientação adequada, na medida em que a prorrogação de concessões é uma possibilidade estabelecida para o Poder Concedente no artigo 23, XII da Lei nº 8.987/95, que institui como sendo essencial e obrigatória nos contratos de concessão a previsão de cláusula relativa às condições para sua prorrogação.

Ainda que se possa arguir que a prorrogação dos contratos de concessão é uma prerrogativa do Poder Concedente, é inafastável considerar que a licitação é um mecanismo para que a administração pública busque a proposta mais vantajosa para um contrato que pretende celebrar, de modo que havendo o indicativo de que haja maior benefício para os usuários e a própria administração ao manter um contrato vigente mediante sua prorrogação, tal medida deve ser perseguida, à luz dos princípios que norteiam a prestação do serviço público no setor de energia elétrica.

Nesse sentido, a prorrogação das concessões existentes deve ser possível não quando a licitação for inviável, mas quando for demonstrado que esta seja a proposta mais vantajosa para os usuários e ao Poder Concedente, circunstância que deve ser observada e aplicada a quaisquer contratos existentes.

Importante destacar que, no caso de prorrogação, é necessário que sejam estabelecidas, de forma similar à licitação, as condições do novo contrato e a forma de pagamento eventuais ressarcimentos, assim como a opção de permanência ou não da detentora da concessão.

Adicionalmente, quanto à vantagem para o usuário, faz-se necessário estabelecer objetivamente os critérios de racionalidade operacional e econômica a serem considerados, de forma a garantir a transparência e previsibilidade desejados para o tratamento a ser dado às concessões vencedoras.

A definição objetiva dos critérios de racionalidade operacional e econômica é imprescindível para atendimento à segurança jurídica, princípio essencial de Direito Administrativo, conforme artigo 2º, da Lei nº 9.784/1999, que visa a proteção da confiança e confere estabilidade às relações jurídicas, favorecendo o aumento dos investimentos no setor elétrico brasileiro.

Tal entendimento decorre dos objetivos da própria Consulta Pública, que visa garantir "(i) *transparência dos critérios e procedimentos que serão adotados* e (ii) *previsibilidade para concessionárias e investidores do setor elétrico brasileiro*". A adoção de conceitos abertos, tais como "racionalidade operacional e econômica" pode acarretar insegurança jurídica aos agentes do setor, situação que se deve evitar.