



Consulta Pública nº 136/2022
Diretrizes propostas para licitação ou
prorrogação das concessões de
transmissão de energia elétrica vincendas
(Portaria nº 688/GM/MME)

Anexo às Contribuições da ISA CTEEP

1 Considerações iniciais

Este documento apresenta as contribuições da CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA (“ISA CTEEP”) para o aprimoramento das diretrizes propostas para licitação ou prorrogação das concessões de transmissão de energia elétrica vincendas objeto da Consulta Pública nº 136/2022 do Ministério de Minas e Energia (“MME”).

2 Contribuições da ISA CTEEP

Considerando o quanto consta na NOTA TÉCNICA Nº 520/2022/DOC/SPE do MME, a ISA CTEEP apresenta suas contribuições especialmente quanto as diretrizes gerais que foram trazidas por esse r. MME. Após suas contribuições em cada diretriz, ao final, a ISA CTEEP apresenta uma proposta de tratamento relativa à situação especial da concessionária EVRECY PARTICIPAÇÕES LTDA. (“EVRECY”).

1) As concessões de transmissão serão licitadas no advento do termo contratual, utilizando o critério de menor valor de receita anual para prestação do serviço público, atendendo ao disposto no inciso I do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Dentre outros princípios da administração pública e aplicáveis aos atos administrativos, a concessão de serviços e de uso de bens públicos, seja de transmissão, distribuição ou de geração, deve observar os princípios do interesse público, da publicidade, da transparência, da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da eficácia, da eficiência, da economicidade, da segurança jurídica, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, parte deles constantes do artigo 37 da Constituição Federal e vários deles citados pela Lei nº 14.133, de 01.04.2021, que atualizou regras e conceitos para as licitações públicas em geral e para os contratos administrativos.

Por sua vez, o artigo 175 da Constituição Federal prevê a realização de licitação para a prestação de serviços públicos, sob o regime de concessão ou permissão e, em seu parágrafo único, estabelece que a lei disporá sobre o regime especial das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos e sobre o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação.

Da mesma forma, a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, em seus artigos 14 e 23, dispõe sobre a licitação e a prorrogação das concessões de serviço público de energia elétrica. Por sua vez, a Lei nº 9.074, de 07.07.1995, em seus artigos 4º, §3º, 19 e 20, prevê a possibilidade de prorrogar as concessões, com vistas a **garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados**. O parágrafo 5º do artigo 17 da mesma Lei nº 9.074/1995 estabelece que as regras de prorrogação previstas nos artigos 19 e 20 aplicam-se para as instalações de transmissão integrantes da rede básica.

Por fim, o artigo 6º da Lei nº 12.783, de 11.01.2013, reiterou a possibilidade de prorrogação das concessões de transmissão. Desta forma, além da licitação, a possibilidade de prorrogação das concessões de transmissão está prevista na Constituição Federal, nas Leis nºs 8.987/1995, 9.074/1995 e 12.783/2013, além de constar em decretos, de outros regramentos do setor elétrico e de cláusulas dos contratos de concessão dos serviços de transmissão vincendos.

Desta forma, esta diretriz da Consulta Pública não deveria estabelecer como regra a licitação das concessões de transmissão vincendas. A regra deveria ser a licitação ou a prorrogação, optando-se pelo que melhor atenda ao interesse público, observando-se os princípios da publicidade, da transparência, da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da eficácia, da eficiência, da economicidade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não parece adequado tratar a licitação como regra e a prorrogação como exceção. Neste particular, é importante esclarecer que há um equívoco nesta interpretação das disposições legais existentes que, de tantas vezes reiterada, passou a ser entendida como verdadeiro dogma, de que a regra seria a licitação e a prorrogação uma exceção.

Conforme previsto na Constituição Federal e nas leis acima citadas, **a licitação só é regra no caso de concessão de instalações de transmissão novas e não de concessão de instalações existentes, em que há contrato vigente, com cláusula prevendo a prorrogação ao seu término.**

Nos casos de concessões existentes, a licitação e a prorrogação devem ser tratadas com o mesmo valor e relevância. A escolha entre elas deve-se se dar em vista do maior benefício para a sociedade e para a Administração Pública, de forma fundamentada, com base em critérios objetivos, de racionalidade operacional e econômica, tanto para a licitação como para a

prorrogação, respeitando todos os ritos previstos na legislação vigente e nos respectivos contratos.

Ainda em atenção ao princípio da publicidade, da transparência, da segurança jurídica, da eficiência e da eficácia dos atos administrativos, os critérios de racionalidade operacional e econômica deveriam ser objetivos e estarem previamente definidos pelo MME ou pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Além de previamente definidos, deve-se dar prévia transparência e publicidade a esses critérios, nos quais a ANEEL e o MME devem se basear para avaliar se a licitação ou a prorrogação seria melhor para o consumidor e para a Administração Pública.

Dentre os critérios de racionalidade econômica e operacional, deve se considerar os custos da licitação, em vista do princípio da economicidade, os riscos de um novo concessionário, a observância das obrigações contratuais e das exigências regulatórias pelo atual concessionário, as razões para não se prorrogar, o motivo de não observar a cláusula do contrato de concessão que prevê a possibilidade de prorrogação, os benefícios em se substituir um concessionário conhecido e que por décadas tem prestado o serviço previsto no contrato de concessão, entre outros.

Não bastasse, em vista da previsão da prorrogação nos contratos de concessão de transmissão vigentes, caso o atual concessionário esteja cumprindo com suas obrigações contratuais e regulatórias, bem como com os níveis de qualidade do serviço impostos pela ANEEL, deveria haver fundamento relevante (motivação) para negar-lhe a prorrogação prevista no contrato de concessão e realizar a licitação dos ativos.

A opção pela licitação somente deveria ocorrer se os critérios de racionalidade operacional e econômica justificarem a licitação. Caso contrário, deveria prevalecer a disposição contratual que estabelece a **possibilidade de prorrogação**, pois não haveria motivação relevante para justificar a licitação.

Negar, sem fundamento válido (motivação), ao concessionário que cumpre com suas obrigações contratuais o direito, previsto no próprio contrato de concessão, de prorrogação seria violar os

princípios da segurança jurídica, do respeito ao contrato, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade, dentre outros.

Portanto, a regra não deve ser a licitação e sim o melhor entendimento ao interesse público por meio da prestação de serviços públicos adequados, com observância aos requisitos de qualidade, de disponibilidade, de continuidade e de modicidade tarifária, seja via prorrogação ou licitação.

Deve-se evitar a concessão do serviço público de transmissão visando, somente, ao menor custo para o consumidor, o que se daria com a exigência, exclusivamente, da menor proposta de receita anual para o serviço concedido. Experiências recentes de licitações de serviços públicos mostraram que, muitas vezes, a proposta com o menor preço não é exequível e sustentável no médio e longo prazo da concessão, trazendo transtornos e impondo custos à sociedade e à Administração Pública muito maiores.

Assim, para que o interesse público seja observado e a contratação seja a mais vantajosa para a sociedade e para a Administração Pública, o que se deve buscar não é a licitação a qualquer preço (receita anual) ou o procedimento de licitação como regra, quando a prorrogação pode ser o procedimento mais adequado para que se tenha a menor receita anual possível, desde que com qualidade do serviço público de transmissão (que se traduz em regularidade, continuidade, eficiência, confiabilidade, segurança e atualidade do serviço).

De nada adiantaria ter uma licitação que fosse considerada exitosa num primeiro momento, por ter alcançado um deságio relevante e a menor receita anual e, em tese, o menor custo para o consumidor, mas, na execução do contrato de concessão, a receita anual da concessionária vencedora do certame não ser suficiente para a prestação de serviço satisfatório, de qualidade, disponível, contínuo e seguro.

Não é por outra razão que a norma mais moderna sobre as licitações em geral, objeto da Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 11, incisos I a III, prevê, entre outras determinações, que o processo licitatório tem por objetivos: (i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública; (ii) o tratamento isonômico entre os

licitantes; (iii) a justa competição; e (iv) evitar contratações com sobrepreço **ou com preços manifestamente inexequíveis**.

Desta forma, a prorrogação merece ser tratada com a mesma relevância da licitação e não como uma exceção. A diretriz acima não deve ter por objetivo privilegiar a licitação ou discriminar a prorrogação, mas equipará-las em termos de relevância para atender aos princípios da administração pública e aos anseios do consumidor final.

A concepção da regra para tratamento dos contratos vencidos de concessão dos serviços públicos de transmissão deve observar o binômio “menor receita para o concessionário / qualidade do serviço”, entendendo-se a qualidade como regularidade, continuidade, eficiência, confiabilidade, segurança e atualidade do serviço.

Não é somente a menor receita anual para o concessionário que importa no médio e longo prazo de um contrato de concessão, e que não se traduz necessariamente no menor custo do serviço para a sociedade ou no resultado mais vantajoso para a Administração Pública.

Desta forma, e em vista do abaixo disposto, propomos a seguinte redação para a diretriz:

1) As concessões de transmissão serão licitadas ou prorrogadas no advento do termo contratual, utilizando-se, no caso de licitação, o critério de menor valor de receita anual para prestação do serviço público de transmissão, atendendo ao disposto no inciso I do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. No caso de licitação é garantindo ao atual concessionário o direito de participação do processo licitatório. No caso de prorrogação, esta se efetivará com a presença do binômio garantia da qualidade do serviço prestado e dos custos adequados.

2) As instalações das concessões poderão ser licitadas em conjunto com outras instalações de transmissão novas ou existentes.

Da mesma forma em que exposto em relação a primeira diretriz, a regra não deve ser a licitação, mas considerar igualmente relevantes as opções de licitação e de prorrogação, devendo estar

fundamentada (motivada) a opção pela licitação, quando há cláusula no contrato de concessão vincendo prevendo o direito à prorrogação.

Além do exposto, para se licitar a concessão em conjunto com outras instalações existentes, deverá ser considerado o custo da indenização das outras instalações existentes para confirmar, também de forma fundamentada, a vantagem para a sociedade e para a Administração Pública em se conceder, conjuntamente, no mesmo contrato de concessão, instalações objeto de contratos de concessão de transmissão diversos e vincendas

Ainda que não haja óbice à reunião, em uma mesma concessão de transmissão, de instalações de transmissão objeto de contratos de concessão diversos e vincendos, deverão ser observadas as condições específicas e os direitos dos concessionários previstos em cada contrato de concessão, de forma a confirmar se os valores de indenização e as condições de cada contrato e de cada instalação de transmissão recomendam seu agrupamento, tendo em vista os critérios de racionalidade operacional e econômica, bem como os princípios da eficiência, da economicidade, da eficácia, da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, do interesse público e da razoabilidade.

Desta forma, propomos a seguinte redação para a diretriz:

2) Caso a licitação seja a alternativa mais vantajosa, as instalações de transmissão existentes de concessões vencidas poderão ser segregadas ou reagrupadas para licitação em conjunto com outras instalações de transmissão novas, desde que as condições dos respectivos contratos de concessão permitam a reunião das instalações, com base em decisão fundamentada.

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 1995, e do art. 6º da Lei nº 12.783, de 2013.

Novamente reiterando o quanto acima exposto, a opção pela prorrogação não deve se dar apenas caso não haja viabilidade para a licitação. A prorrogação não deve ser tratada como exceção à regra. Inclusive, em caso das concessões vincendas de instalações existentes, em cujo

contrato há previsão de prorrogação, ou seja, nos casos em que há cláusula conferindo ao concessionário a possibilidade de prorrogação, esta alternativa poderia ser negada sem a devida motivação, sob pena de o ato discricionário do Poder Concedente desbordar para a arbitrariedade, sujeita à anulação.

A licitação somente deve ser a regra em caso de concessão de novas instalações. Para instalações existentes e objeto de contratos de concessão vincendos, as opções de licitação e prorrogação devem ser consideradas com a mesma relevância, somente se justificando licitar, e não prorrogar, caso haja fundamentos válidos suficientes a demonstrar que haverá maior benefício ao consumidor e vantagem à Administração Pública com a licitação, observados os princípios acima expostos e os critérios, objetivo, pré-definidos e públicos, operacionais e econômicos.

Na prorrogação, há a possibilidade de o Poder Concedente estabelecer novas condições técnicas, operacionais e econômicas para o novo prazo contratual. Além disso, para prorrogar, o concessionário atual deve estar cumprindo com suas obrigações contratuais e com as exigências de qualidade na prestação do serviço.

Nesse caso, a possibilidade de prorrogação deve partir de uma avaliação objetiva, criteriosa, motivada, que considere o atendimento de todos os requisitos para a prestação do serviço de transmissão adequado e não somente a modicidade tarifária, devendo, portanto, ser admitida mesmos nos casos em que haja viabilidade técnica e econômica para a licitação, mas que o menor risco à qualidade do serviço e a maior vantagem indiquem que a prorrogação é a alternativa que melhor atende ao interesse público.

Desta forma, licitar pode violar os princípios da eficiência, da eficácia, da economicidade, da celeridade, se comparada com a opção de prorrogar, além de não se observar o princípio do interesse público e da razoabilidade pois, em toda licitação, há o risco de se ter um novo concessionário que não tenha condições de prestar serviços de qualidade (entendida como regularidade, continuidade, eficiência, confiabilidade, segurança e atualidade), se comparado com o concessionário atual, cuja reputação e atuação são conhecidas e comprovadas.

Desta forma, propõe-se a exclusão desta diretriz, uma vez que o seu conteúdo está contido na diretriz 1.

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 acompanhados de data room das instalações constantes no contrato.

Esta diretriz necessita ser aprimorada, para estabelecer as atividades que a atual concessionária poderá realizar neste período de 5 anos, após apresentar o diagnóstico dos equipamentos e realizar o *data room*. Além disso, também precisa ser definido com antecedência quais informações e documentos deverão constar no *data room*, além do diagnóstico dos equipamentos. Ou seja, além das informações dos equipamentos, precisa esclarecer se informações relativas à concessão, de natureza contratual, civil, ambiental, contenciosa, trabalhista, fiscais, entre outras, também deverão estar no *data room*.

A prestação do serviço de transmissão adequado pressupõe a realização de reforços e melhorias que, muitas vezes, não podem ser adiados sem colocar em risco a regularidade e continuidade do serviço e a segurança do sistema elétrico. Sendo assim, além do estabelecimento do procedimento para apresentação do relatório completo e do diagnóstico dos equipamentos e condições operacionais com antecedência de 60 (sessenta) meses, a regra que for concebida com base na diretriz acima deve dispor sobre as seguintes condições: (i) como será o procedimento para realização de investimentos em reforços e melhorias nos últimos 60 meses da concessão? Deve ser seguido o rito ordinário ou serão aceitas apenas intervenções em casos de riscos críticos ou falhas de equipamentos?; (ii) como se dará a atualização do *data room* nesse período de 60 meses?

Ademais, destaca-se que além das informações dos equipamentos e do diagnóstico das redes e das instalações, para que uma instalação seja licitada é preciso haver também a divulgação de informações sobre a existência de penalidades e de multas contratuais, cujos valores devem ser apurados para eventual desconto do valor a ser indenizado ao concessionário atual, nos termos do art. 38, §5º da Lei nº 8.987/1995. Assim, a licitação deve ser precedida de um processo

completo de *due-diligence* que, por sua vez, implica custos que devem ser ressarcidos ao concessionário atual ou arcados diretamente pelo poder concedente.

Da mesma forma, deve constar desta diretriz que o novo concessionário assumirá as responsabilidades relativas aos fatos, obrigações e contingências que forem disponibilizados no *data room*, isentando o concessionário atual, que não mais disporá dos meios de produção e de realização de receita para honrar referidas obrigações e responsabilidades.

Há, ainda, o caso de determinadas concessões de transmissão, cujo término do prazo do contrato de concessão é anterior aos 60 meses. Deverá haver regra específica para referidas concessionárias.

Por fim, esta diretriz impõe obrigações e atividades novas, não previstas no contrato de concessão vigente. Além de serem estranhas ao objeto do contrato, são atividades que demandam tempo, levantamento, pessoas, estrutura e equipamentos. Há assim, diversos custos não previstos, estranhos ao objeto da concessão, em que o concessionário atual terá que incorrer.

Desta forma, além de estabelecer referidas obrigações e atividades, custosas, adicionais, estranhas ao objeto da concessão, o Poder Concedente deverá estabelecer, também previamente, o critério para definição e aceitação dos custos destas obrigações e atividades, o valor da remuneração e o prazo de seu pagamento, para que a concessionária atual possa, após tais definições, caso com elas concorde formalmente, atender a estas determinações novas e extraordinárias impostas pelo Poder Concedente.

Desta forma, sugerimos o seguinte texto para esta diretriz:

4) A concessionária deverá apresentar, com antecedência de 60 (sessenta) meses do advento do termo da contratual, relatório completo de due-diligence não se limitando com a tipologia da rede e das instalações existentes, 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

acompanhados de data room das instalações constantes no contrato e informações sobre a existência de pendências e passivos contratuais, ambientais, regulatórios e judiciais. Os custos para elaboração do relatório completo de due-diligence será aprovado pela ANEEL e incluídos no valor da indenização pelos bens reversíveis. Os valores relacionados as penalidades e multas contratuais, por sua vez, serão descontadas do valor da indenização pelos bens reversíveis.

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 – POTE, 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.

Referida diretriz visa a definir o Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica – POTE que será objeto do novo contrato de concessão e definirá as melhorias, reforços e novas instalações a serem executados durante o novo período de concessão.

É importante que o POTE seja o mais detalhado possível, com as datas previstas para início e conclusão das obras de reforços, melhorias e novas instalações, para que, além de privilegiar os princípios da publicidade e da transparência, o interessado no novo período contratual tenha previsibilidade e conhecimento amplo dos investimentos necessários ao atendimento das obrigações contratuais.

Ademais é preciso criar a possibilidade de realização de investimento, pelo atual concessionário, em caso de risco crítico ou de falha de equipamento, visando a garantia da qualidade do serviço prestado em respeito ao contrato de concessão, garantindo a continuidade e a não interrupção do serviço de energia elétrica.

Sendo assim, contribui-se no sentido de ajustar a redação da Diretriz 5, que passaria a ter o seguinte teor:

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, ressalvados os casos de risco crítico e de falhas de equipamentos que deverão ser autorizados ao atual concessionário de forma tempestiva, a fim de evitar exposição do sistema a riscos.

6) A licitação poderá incluir, além dos ativos em serviço, melhorias, reforços e novas instalações previstas pelo planejamento setorial para garantir a atualidade do serviço, conforme o Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica – POTEE, elaborado de acordo com a Portaria MME nº 215, de 11 de maio de 2020.

Aqui cabem os mesmos comentários relativos à diretriz 5, sendo necessário um ajuste na redação conforme apresentado a seguir:

6) A licitação poderá incluir, além dos ativos em serviço, melhorias, reforços e novas instalações previstas pelo planejamento setorial para garantir a atualidade do serviço, conforme o Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica – POTEE, elaborado de acordo com a Portaria MME nº 215, de 11 de maio de 2020, com exceção dos casos de risco crítico e de falhas de equipamentos que deverão ser autorizados ao atual concessionário de forma tempestiva, a fim de evitar exposição do sistema a riscos.

7) A licitação será realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço.

A diretriz acima reproduz regra criada pelo artigo 8º, §1º, da Lei nº 12.783/2013, que subverte o princípio de direito administrativo de reversão dos bens vinculados à concessão ao término do contrato de concessão. A intenção seria evitar a conversão dos bens ao patrimônio da União

Federal (Poder Concedente) para que fossem em seguida concedidos ao titular do novo contrato de concessão.

Contudo, é relevante que a diretriz esclareça que não se está revogando o instituto da reversão dos bens públicos, mas apenas postergando sua reversão para momento futuro. Tanto assim que a citada lei estabelece que não haverá reversão “prévia” dos bens, a qual, contudo, deverá ocorrer em algum momento, em atenção à regra geral e ao princípio da reversão dos bens públicos vinculados à concessão.

Desta forma, sugere-se o seguinte texto para a diretriz:

7) A licitação será realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço, sem que esta diretriz seja interpretada como revogação do instituto da reversão e ao efetivo pagamento da indenização dos investimentos não amortizados e dos ativos não depreciados.

8) 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.

A diretriz acima encontra dificuldades de ser atendida e poderá inviabilizar a participação do atual concessionário na licitação da concessão vigente, o que violaria os princípios da igualdade, da isonomia, da impessoalidade, do interesse público, da razoabilidade, da eficiência, da eficácia dos atos administrativos, dentre outros, podendo levar à nulidade desta diretriz.

Deve-se lembrar que a indenização dos investimentos não amortizados e dos bens não depreciados deve ser prévia e estar calculada pelo Poder Concedente antes do término da concessão, de forma a que o concessionário atual, que tem seu contrato expirado, receba a indenização concomitantemente ao término da concessão. Desta forma, o cálculo do valor da indenização deverá ser feito com antecedência, até para que as propostas de receita anual a serem feitas pelos licitantes, no caso de licitação, considere referido valor de indenização ao atual concessionário.

Da mesma forma, a proposta de referido valor precisa ser previamente conhecida pelo atual concessionário, para se evitar que eventual contestação por parte deste possa trazer insegurança jurídica e prejudicar a avaliação e a participação de interessados na licitação.

Nesta hipótese, reitere-se, o valor da indenização deveria ser previamente definido e constar do edital de licitação.

Considerando a possibilidade de existência de pendências, contingências e passivos de diversas naturezas, cujo valor deveria ser descontado da indenização, mas que foram identificados somente após a assunção da concessão pela nova transmissora, é importante que o atual concessionário deposite uma garantia financeira junto a ANEEL ou que parte da indenização seja depositada em conta garantia por um prazo de segurança a ser definido pelo MME. O risco pode ser maior se considerar o prazo prescricional ou decadencial de demandas administrativas ou judiciais em razão de eventos ocorridos na vigência da concessão.

Assim, sugere-se o seguinte texto para esta diretriz:

8) 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, que deverá prever a retenção de 10% do valor da indenização em uma conta garantia por um prazo de segurança a ser definido pelo MME.

9) 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.

Reitera-se o quanto exposto em relação à 8ª diretriz, para que o valor da indenização seja conhecido e conste no edital de licitação.

O valor da indenização deve incluir além dos bens reversíveis em operação eventuais investimentos em reforços e melhorias autorizados nos últimos meses do contrato de concessão, mas que ainda não foram concluídos.

Ademais, os critérios para indenização devem ser definidos pelo poder concedente (MME) desde já. Questões técnicas da transição devem constar no edital.

Sendo assim, contribui-se no sentido de ajustar a redação da Diretriz 9, que passaria a ter o seguinte teor:

9) O valor da indenização será estabelecido conforme diretrizes do MME, 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, e incluirá o valor de investimentos em reforços e melhorias autorizados, mas não concluídos.

10) Será de responsabilidade da vencedora do certame a prestação do serviço público de transmissão, inclusive a assunção, renovação ou substituição dos contratos, escrituras e registros de imóveis existentes entre a antiga concessionária e terceiros, necessários à prestação do serviço, de acordo com regra e critérios estabelecidos pela ANEEL.

Esta diretriz encontra óbice legal de diversas naturezas, razão pela qual deve ser desconsiderada. Conforme é de conhecimento, as obrigações contratuais foram assumidas pela pessoa jurídica da concessionária atual dos serviços públicos de transmissão vigente. Ocorre que não há qualquer relação jurídica entre a concessionária atual e a pessoa jurídica da nova concessionária que vencer a licitação dos serviços públicos de transmissão. Desta forma, para a nova concessionária assumir obrigações, renovar ou substituir contratos, esta nova concessionária ficaria credora da concessionária atual e esta, por sua vez, passaria a ser devedora da nova concessionária, sem que houvesse negócio jurídico que justificasse essa relação de crédito e débito que, aliás, teria que ser registrada contabilmente.

Por outro lado, situação ainda mais grave seria a assunção, renovação ou substituição de escrituras ou da situação da concessionária atual perante o Registro de Imóveis. Este tema vem sendo discutido há algum tempo com a ANEEL e MME, por conta de pressões políticas de municipalidades, para que houvesse a transferência dos imóveis, vinculados às concessões de geração de energia elétrica, diretamente entre as concessionárias que tiveram suas concessões encerradas e as novas concessionárias, que assumiram a concessão.

Tais pressões municipais têm por interesse exclusivo o recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, cujo fato gerador é a transmissão, intervivos, da propriedade e seu registro perante o Registro de Imóveis. Trata-se de valores consideráveis.

Desta forma, extensos foram os debates e a análise jurídica que indicaram a inviabilidade de transferência dos imóveis diretamente entre a antiga e a nova concessionária, em vista da ausência de relação jurídica entre elas e, também, por conta da inexistência de instituto jurídico que permita essa transferência direta dos imóveis.

Os institutos jurídicos no direito brasileiro para a transmissão de propriedade de bens imóveis entre pessoas jurídicas são: (i) a compra e venda; (ii) a permuta; (iii) a dação em pagamento; ou (iv) a doação. Ocorre que nenhum destes negócios jurídicos é possível celebrar entre a concessionária atual e a nova concessionária, em vista da ausência de relação jurídica ou de motivação jurídica entre elas que justificasse qualquer destes negócios.

A compra e venda requer pagamento contra a transmissão do imóvel ou uma relação de crédito e débito. A permuta requer troca de bens. A dação em pagamento requer a existência de uma dívida a ser quitada com o imóvel. A doação requer uma justificativa válida, ainda mais para uma pessoa jurídica dispor gratuitamente de um imóvel.

Não bastasse o quanto acima exposto, os imóveis registrados perante o Registro de Imóveis sob titularidade da atual concessionária, por estarem vinculados ao serviço público de transmissão, são, na realidade, bens da União Federal, em relação aos quais a concessionária de serviço público não tem o direito de dispor.

Em razão do exposto, esta 10ª diretriz não encontra viabilidade jurídica para ser implementada, devendo ser integralmente desconsiderada. Em seu lugar, propomos a seguinte texto:

10) Será de responsabilidade da vencedora do certame a prestação do serviço público de transmissão. Após ouvida a ANEEL, o MME adotará as providências cabíveis visando a normatizar as providências que deverão ser adotadas, sem custos, pela nova concessionária, para alterar a titularidade dos bens vinculados à concessão registrados em nome da concessionária anterior. No tocante a regularização dos bens vinculados a concessão vencedora, será de

responsabilidade da concessionária antiga, sanar todas as pendências e suportar todos os custos até o término da sua concessão, sob pena de ao final do contrato sofrer desconto na sua indenização das pendências ainda vigentes em relação aos seus ativos.

11) A ANEEL elaborará o edital de licitação e a minuta de contrato de concessão, observando o que estabelece a Lei nº 8.987, de 1995, bem como adotará as medidas necessárias para a realização do leilão, nos termos do art. 3º-A, § 2º, da Lei nº 9.427, de 1995.

Deverá constar expressamente do edital de licitação a possibilidade da participação do certame dos atuais concessionários e dos integrantes de seu grupo econômico.

Desta forma, sugerimos o seguinte texto para esta diretriz:

11) A ANEEL elaborará o edital de licitação e a minuta de contrato de concessão, observando o que estabelece a Lei nº 8.987, de 1995, bem como adotará as medidas necessárias para a realização do leilão, nos termos do art. 3º-A, § 2º, da Lei nº 9.427, de 1995, sendo que constará do edital de licitação a possibilidade da participação do atual concessionário no certame.

12) A ANEEL poderá estabelecer em contrato a adequação regulatória dos ativos outorgados, por meio da transferência de ativos, observando a classificação das instalações de que trata o art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995.

Esta diretriz requer melhor redação, para citar que a adequação regulatória dos ativos outorgados, por meio da transferência de ativos, poderá ser estabelecida pela ANEEL e, neste caso, constará item específico do edital de licitação e da minuta do contrato de concessão que seguirá anexa ao edital de licitação, em observância aos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade e da isonomia.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação para esta diretriz:

12) A ANEEL poderá estabelecer em contrato a adequação regulatória dos ativos outorgados, por meio da transferência de ativos, observando a classificação das instalações de que trata o art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, sendo que a adequação constará no edital de licitação e no anexo da minuta do contrato de concessão.

13) A adequação regulatória poderá ocorrer mediante a transferência das Demais Instalações de Transmissão - DIT da base de ativos da transmissora para as distribuidoras a ela conectadas.

Da mesma forma em que exposto para a 12ª diretriz acima, a transferência da DIT da base de ativos da transmissora para as distribuidoras a ela conectadas deverá constar em item específico do edital de licitação e na minuta do contrato de concessão que seguirá anexa ao edital de licitação, em observância aos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade e da isonomia. Devendo ser observado, primeiramente, todos os aspectos sobre a viabilidade técnica com a devida análise da função sistêmica dessas instalações, priorizando a confiabilidade do sistema.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação:

13) A adequação regulatória poderá ocorrer mediante a transferência das Demais Instalações de Transmissão - DIT da base de ativos da transmissora para as distribuidoras a ela conectadas, sendo que a adequação constará no edital de licitação e no anexo da minuta do contrato de concessão.

14) As instalações de transmissão compartilhadas entre transmissoras poderão ser transferidas da concessão em final de vigência para a concessão de transmissão existente que compartilha os ativos, conforme regulamentação da ANEEL, desde que haja benefícios para a operação das instalações e que seja preservada a adequação regulatória quanto à classificação das instalações de que trata o art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995.

Esta diretriz requer maior esclarecimento. Neste caso de transferência, de instalação de transmissão compartilhada, de uma concessão em final de prazo contratual para outra

concessão vigente, é necessário estabelecer quem indenizaria o ativo compartilhado transferido, caso não amortizado ou depreciado pela concessionária com concessão em final de vigência.

Com a transferência da instalação compartilhada para a concessão vigente, esta terá direito a receita adicional em razão da transferência. É importante que haja fundamento, com base na racionalidade operacional e econômica, para justificar a transferência e se esta atenderá ao interesse público e conferirá maior benefício ao consumidor do que manter o ativo compartilhado na concessão vincenda e transferi-lo ao novo concessionário, mediante indenização, caso não esteja depreciado ou amortizado.

Em caso de a decisão do Poder Concedente ser pela transferência da instalação compartilhada, esta deverá ser definida previamente à licitação e constar em item específico do edital de licitação.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação:

14) As instalações de transmissão compartilhadas entre transmissoras poderão ser transferidas da concessão em final de vigência para a concessão de transmissão existente que compartilha os ativos, conforme regulamentação da ANEEL, desde que haja decisão fundamentada e que justifique os benefícios para a operação das instalações e que seja preservada a adequação regulatória quanto à classificação das instalações de que trata o art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995. Referida transferência deverá constar do edital de licitação e do anexo da minuta do contrato de concessão.

15) Poderá ser previsto um período de transição, após a assinatura do contrato, para transferência dos ativos e assunção do serviço concedido.

A continuidade da prestação dos serviços de transmissão após o término do contrato de concessão é obrigação nova, não prevista no contrato de concessão. Desta forma, requer prévio acordo entre o Poder Concedente e o concessionário atual.

Considerando as particularidades de cada concessão de transmissão, é fundamental que o período de transição seja avaliado caso a caso, a depender da complexidade dos ativos/instalações e da aceitação do atual (ou antigo) concessionário em prestar o serviço de transmissão no período de transição. Também é fundamental que a atual concessionária seja remunerada pelos serviços prestados no período de transição, com valores e regras acordados e previamente definidos, que deverão constar do edital da licitação.

Dentre as condições em que se daria esta prestação de serviço, deverão estar definidas, sem prejuízo de outras: (i) de quem seriam as decisões e as responsabilidades pelos serviços no período de transição; (ii) se haveria compartilhamento de decisões e, consequentemente, de responsabilidades; (iii) o período de transição; e (iv) a remuneração ao concessionário atual, que deveria estar previamente definida e aceita por este.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação para esta diretriz:

15) O edital da licitação poderá prever período de transição, específico para cada concessão de transmissão, após a assinatura do contrato de concessão, para transferência dos ativos e assunção do serviço concedido pelo novo concessionário. O edital estabelecerá os direitos e obrigações de cada parte no período de transição e o valor da remuneração do antigo concessionário pela prestação dos serviços neste período.

16) As regras e critérios do período de transição, inclusive quanto aos pagamentos devidos à concessionária antecessora, serão estabelecidos pela ANEEL e deverão constar no edital do leilão.

A diretriz 16 poderia ser desconsiderada, pois estaria compreendida na diretriz 15, com a sugestão de texto acima

17) As concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo art. 4º da Lei nº 9.074, de 1995, ou pelo art. 6º da Lei nº 12.783, de 2013, poderão ser prorrogadas quando da inviabilidade de sua licitação, a fim de assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do

serviço e a modicidade tarifária, desde que requerido pela concessionária à ANEEL com antecedência mínima de 36 (trinta e seis) meses do advento do termo contratual.

Esta 17ª diretriz novamente parte da premissa, com o devido respeito, equivocada, de que a prorrogação seria exceção e a licitação a regra. Desta forma, reitera-se o quanto exposto em relação à 1ª diretriz acima, no sentido de que a prorrogação deve ser tratada com a mesma relevância da licitação e a decisão por uma ou por outra deve ser motivada, com base em critérios de racionalidade operacional e econômica, previamente definidos e publicados, mas não como consta desta diretriz, em que a prorrogação somente deveria ser opção quando houver inviabilidade da licitação.

A prorrogação ou licitação de concessões de transmissões vencidas deve buscar o atendimento ao interesse público e sopesar a vantagem de cada alternativa, considerando não só a modicidade tarifária, mas também a regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade do serviço prestado. Não se deve desconsiderar que a transferência de ativos com diferentes níveis de maturidade e qualidade implica riscos relevantes para os demais aspectos do serviço adequado. A licitação deve ser adotada, se for mais vantajosa do que a prorrogação, após avaliação objetiva, motivada e embasada em critérios de racionalidade operacional e econômica previamente divulgados.

A título de exemplo, podemos imaginar uma determinada função de transmissão que teve que ser objeto de investimentos significativos em reforços e melhorias nos últimos 60 meses do contrato de concessão, resultando em uma renovação de 50% dos equipamentos e instalações. Como resultado, a função de transmissão não precisaria de novos investimentos nos próximos 60 meses. Nesse caso, em havendo licitação, o valor da indenização, previamente definido pelo MME, restringiria a possibilidade de obtenção de ganhos de modicidade tarifária, visto que a eficiência econômica poderia incidir somente sobre 50% dos ativos em um momento futuro e envolto em incerteza. A licitação, nesse caso, traria riscos mais relevantes do que oportunidades e a prorrogação seria a melhor alternativa, por atender ao interesse público e ser mais vantajosa ao consumidor e à Administração Pública.

Sendo assim, contribui-se no sentido de ajustar a redação da Diretriz 17, que passaria a ter o seguinte teor:

17) As concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo art. 4º da Lei nº 9.074, de 1995, ou pelo art. 6º da Lei nº 12.783, de 2013, poderão ser prorrogadas sempre que a avaliação de riscos e oportunidades dos critérios modicidade tarifária e serviço adequado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade indicarem que a prorrogação representa a alternativa de maior vantagem para o interesse público.

18) A inviabilidade da licitação deverá ser fundamentada pela ANEEL, após a realização de Consulta Pública, com base em critérios de racionalidade operacional e econômica, que apontem de forma justificada não haver benefícios na licitação para o serviço ou para os usuários.

Esta diretriz, da mesma forma que a 1ª e a 17ª diretrizes, partem da premissa de que a licitação é a regra e a prorrogação a exceção. Assim, reitera-se o quanto exposto em relação às citadas diretrizes. A licitação e a prorrogação devem ser tratadas igualmente, por se tratar de concessão de ativos de transmissão existentes, em que há contrato que prevê a possibilidade de prorrogação, além de a Constituição Federal e as legislações específicas preverem tanto a licitação como a prorrogação, não havendo qualquer disposição constitucional ou legal estabelecendo que a licitação é a regra e a prorrogação a exceção ou que a licitação é preferível à prorrogação.

Não é a inviabilidade da licitação ou a inexistência de benefícios na licitação que devem ser fundamentadas pela ANEEL para que haja a prorrogação. Ao contrário, devem ser apontadas as racionalidades operacionais e econômicas tanto da licitação, quanto da prorrogação, bem como os benefícios de ambas, para que reste demonstrado, de forma transparente, qual a melhor opção para o consumidor e para a Administração Pública.

Dentre os elementos de racionalidade econômica e operacional, deve se considerar os custos da licitação, os riscos de um novo concessionário, a demora que um processo licitatório causará, a necessidade da realização de investimentos em reforços e melhorias nos meses finais da concessão, a indenização que deverá ser paga em caso de licitação, as razões para não se prorrogar, os benefícios em se substituir um concessionário que por anos tem prestado o serviço previsto no contrato de concessão, entre outros.

Reitere-se que os critérios para se decidir pela licitação ou prorrogação também deveriam ser objetivos e estarem previamente definidos pelo Poder Concedente ou pela ANEEL, em observância dos princípios da publicidade, da transparência, da segurança jurídica, da eficiência e eficácia dos atos administrativos.

Se a opção do Poder Concedente for a licitação, deve haver motivação do ato administrativo, em consonância com os princípios de direito administrativo, com a legislação brasileira de direito público e com as melhores práticas de regulação estabelecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

Destacam-se as disposições dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que alteram o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“LINDB”), dando ênfase à necessidade de motivação e de indicação, de modo expresso, das consequências jurídicas e administrativas da decisão da Administração Pública:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Por fim, em caso de eventual edição de ato normativo a respeito da matéria, para além dos normativos em vigor, propõe-se seja elaborada Análise de Impacto Regulatório, nos termos do artigo 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei de Liberdade Econômica”):

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Da mesma forma, dispõe o artigo 3º do Decreto Federal nº 10.411/2020, que regulamenta a Lei de Liberdade Econômica:

“Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR”.

Adicionalmente, é importante definir algum critério temporal para inclusão das concessões vincendas que estarão sujeitas às novas diretrizes objeto desta Consulta Pública, em vista do prazo de elaboração dos estudos e avaliação, pelo MME e pela ANEEL, após definidas as

diretrizes, ser tomada a decisão em relação à licitação ou à prorrogação das concessões vincendas de serviço público de transmissão.

Sendo assim, contribui-se no sentido de ajustar a redação da Diretriz 18, que passaria a ter o seguinte teor:

18) A vantajosidade da licitação sobre a prorrogação deverá ser fundamentada pela ANEEL, após a realização de Consulta Pública e análise de impacto regulatório, com base em critérios de racionalidade operacional e econômica e avaliação dos riscos e oportunidades da licitação e da prorrogação, em vista dos princípios da modicidade tarifária, regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade dos serviços públicos. Para avaliação da oportunidade de modicidade tarifária, a ANEEL deverá considerar também o valor da indenização pelos ativos reversíveis e os investimentos esperados para concessão. A licitação será considerada inviável para as concessões com o vencimento até dezembro de 2026, visto que estão impossibilitadas de cumprir o cronograma mínimo previsto nas demais diretrizes.

19) A ANEEL deverá informar ao Ministério de Minas e Energia a inviabilidade da licitação em até 21 (vinte e um) meses antes do advento do termo contratual.

Da mesma forma em que exposto para a 1ª, 17ª e 18ª diretrizes, a ANEEL deveria informar ao MME as vantagens e as desvantagens tanto da licitação quanto da prorrogação, em até 21 meses antes do advento do termo contratual, com base em critérios objetivos e previamente definidos, que sejam públicos, em observância aos princípios da publicidade, da transparência, da segurança jurídica, da eficácia e efetividade dos atos administrativos.

Não deveria dar tratamento diferenciado entre a licitação e a prorrogação, mas considerá-los em igualdade de importância, por se tratar de concessão de ativos de transmissão existentes e não novos, com cláusulas em contrato de concessão que preveem a prorrogação.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação para esta diretriz:

19) A ANEEL deverá informar ao Ministério de Minas e Energia, de forma fundamentada, com base nos critérios operativos e econômicos pré-definidos e

públicos, os motivos que justificam a vantagem da licitação ou da prorrogação da concessão, em até 21 (vinte e um) meses antes do advento do termo contratual.

20) A ANEEL deverá encaminhar ao Ministério de Minas e Energia o requerimento de prorrogação, acompanhado dos documentos comprobatórios de regularidade fiscal, trabalhista e setorial e das qualificações jurídica, econômico-financeira e técnica da concessionária.

No mesmo sentido do quanto exposto na 1ª, 17ª, 18ª e 19ª diretrizes acima, esta diretriz deveria prever que a ANEEL encaminhará ao MME o requerimento de prorrogação ou de licitação, com a respectiva motivação, baseada em critérios previamente definidos e publicados, que justifiquem licitar e não prorrogar ou prorrogar a não licitar.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação para esta diretriz:

20) A ANEEL deverá encaminhar ao Ministério de Minas e Energia o requerimento de licitação ou de prorrogação e, em caso de prorrogação, acompanhado dos documentos comprobatórios de regularidade fiscal, trabalhista e setorial e das qualificações jurídica, econômico-financeira e técnica da concessionária.

21) O Ministério de Minas e Energia emitirá a decisão quanto à prorrogação em até 18 (dezoito) meses antes do advento do termo contratual.

Na mesma esteira do quanto exposto anteriormente, esta diretriz deveria prever que o MME emitirá decisão quanto à prorrogação ou a licitação, em até 18 meses antes do advento do termo contratual, com base em decisão motivada, que leve em consideração critérios previamente definidos e publicados que justifiquem licitar e não prorrogar ou prorrogar e não licitar.

Desta forma, sugerimos a seguinte redação para esta diretriz:

21) O Ministério de Minas e Energia emitirá a decisão quanto à licitação ou à prorrogação em até 18 (dezoito) meses antes do advento do termo contratual.

22) A prorrogação será realizada sem a indenização antecipada dos bens vinculados à prestação do serviço ainda não amortizados e será condicionada à aceitação expressa pela concessionária da receita e das demais condições constantes do termo aditivo ao contrato de concessão elaborado pela ANEEL.

No caso de prorrogação, a proposta de receita para o novo período de concessão do serviço de transmissão deverá assegurar a integral depreciação dos ativos, a remuneração dos investimentos não amortizados no prazo de concessão anterior e a cobertura dos custos de operação e manutenção.

Sendo assim, contribui-se no sentido de ajustar a redação da Diretriz 18, que passaria a ter o seguinte teor:

22) A prorrogação será realizada sem a indenização antecipada dos bens vinculados à prestação do serviço ainda não amortizados e será condicionada à aceitação expressa pela concessionária da receita e das demais condições constantes do termo aditivo ao contrato de concessão elaborado pela ANEEL, que serão suficientes para a integral depreciação dos ativos, remuneração dos investimentos não amortizados no prazo de concessão anterior e cobertura dos custos de operação e manutenção.

23) A partir da decisão do Ministério de Minas e Energia pela prorrogação, o termo aditivo ao contrato de concessão será disponibilizado à concessionária, devendo ser assinado no prazo de até 210 (duzentos e dez) dias contados da convocação.

Esta diretriz atende às regras do setor elétrico e à segurança jurídica necessária à prorrogação das concessões.

24) O descumprimento do prazo de assinatura do contrato implicará a impossibilidade da prorrogação da concessão, a qualquer tempo, cabendo ao Ministério de Minas e Energia, subsidiado pela ANEEL, definir uma alternativa para a continuidade do serviço.

Esta diretriz igualmente atende às regras do setor elétrico e à segurança jurídica, sendo recomendável, contudo, que o MME e a ANEEL antecipem-se quanto à definição da alternativa para a continuidade do serviço, para que as respectivas regras estejam definidas antes do advento do término das concessões dos serviços públicos de transmissão, em atenção aos princípios da publicidade, da transparência, da legalidade e da segurança jurídica.

3. Situação especial da concessionária Evrecy com término do contrato nº 020/2008 – ANEEL previsto para terminar em 17/07/2025

Uma vez concluídas as sugestões em relação às diretrizes objeto da Consulta Pública, trazemos à consideração de V.Sas. a situação especial da concessionária Evrecy.

Em 14.11.2008, por delegação do Poder Concedente, a ANEEL celebrou com a Castelo Energética S.A. (“Castelo”), com a interveniência da EDP – Energias do Brasil S.A. (“EDP”) e Energest S.A. (“Energest”), o Contrato de Concessão de Transmissão nº 020/2008-ANEEL, tendo por objeto a prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica em relação às instalações de transmissão relacionadas no referido contrato (“Contrato de Concessão”).

Em 13.10.2009, a ANEEL celebrou com a Evrecy Participações Ltda. (“Evrecy”), na qualidade de sucessora da Castelo, com a interveniência da EDP e da Energest, o Primeiro Aditivo ao Contrato de Concessão, tendo por objeto a formalização da transferência da concessão à Evrecy.

Em 15.02.2013, a ANEEL celebrou com a Evrecy, com a interveniência da EDP, o Segundo Aditivo ao Contrato de Concessão, tendo por objeto a transferência do controle acionário da Evrecy, detido pela Energest, para a EDP.

Em 11.03.2013, a ANEEL celebrou com a Evrecy, com a interveniência da Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista – CTEEP, o Terceiro Aditivo ao Contrato de Concessão, tendo por objeto a transferência do controle acionário da Evrecy, detido pela EDP, para a CTEEP.

Por fim, em 2015, a ANEEL celebrou com a Evrecy, com a interveniência da CTEEP, o Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, para alterar a fórmula de cálculo da receita dos serviços de transmissão.

O Contrato de Concessão terá vigência até 17.07.2025, portando terminará em menos de 3 anos, conforme disposto em sua Cláusula Décima Quarta e nas respectivas Primeira, Segunda e Terceira Subcláusulas, a seguir transcritas:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Este CONTRATO vigorará até 17 de julho de 2025 (prazo do contrato original nº 001/1995-ANEEL), em virtude do processo de segregação de atividades, autorizado pela Resolução nº 164, de 25 de abril de 2005, em conformidade com o § 5º, art. 4º, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Primeira Subcláusula - A critério exclusivo do Poder Concedente, e para assegurar a continuidade e qualidade do serviço público, o prazo da concessão poderá ser prorrogado por, no máximo, igual período, de acordo com o que dispõe o parágrafo 3º, do art. 4º, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, mediante requerimento da TRANSMISSORA. A eventual prorrogação do prazo da concessão estará subordinada ao interesse público e à revisão das condições estipuladas neste CONTRATO.

Segunda Subcláusula - O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo deste CONTRATO, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública referentes à prestação do serviço público de energia elétrica, bem como de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes.

Terceira Subcláusula - A ANEEL manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão. Na análise do pedido de prorrogação, a ANEEL levará em consideração as informações coletadas ao longo de todo o período de concessão sobre os serviços prestados, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo previsto nesta Subcláusula.”

Conforme consta da Primeira Subcláusula da Cláusula Décima Quarta acima transcrita, o Contrato de Concessão poderá ser prorrogado, por igual período. A Evrecy requereu a prorrogação do Contrato de Concessão na forma prevista na Segunda Subcláusula da Cláusula Décima Quarta. Assim, conforme a Terceira Subcláusula da Cláusula Décima Quarta, a ANEEL tem até 17.01.2024 para aprovar ou rejeitar o pleito de prorrogação do Contrato de Concessão.

Desta forma, em razão dos prazos previstos no Contrato de Concessão, não haverá tempo hábil para que a situação específica da concessão de transmissão da Evrecy esteja de acordo com as diretrizes que forem aprovadas, nos termos da Consulta Pública.

Nesse sentido, e apenas para citar um exemplo, a 4ª diretriz da Portaria e da Nota Técnica preveem que a concessionária de transmissão, com antecedência de 60 meses do advento do termo contratual, apresente diagnóstico dos equipamentos, em formato a ser definido pelo Poder Concedente e prepare um *data room* das instalações de transmissão constantes do contrato de concessão.

Conforme acima exposto, o Contrato de Concessão da Evrecy encerra-se em menos de 3 anos. Desta forma, deverá haver tratamento específico para o término do Contrato de Concessão, reiterando-se o pedido para que haja sua prorrogação, em vista do quanto exposto em relação às diretrizes acima.

4 Conclusão

A ISA CTEEP apresentou suas contribuições à Consulta Pública, em relação a cada uma das diretrizes.

Conforme acima exposto, o entendimento da ISA CTEEP é de que, com base na Constituição Federal e na legislação vigente, a licitação das concessões de serviços públicos, incluindo os de transmissão, somente é regra para a instalações de transmissão novas. Em relação às concessões de instalações de transmissão existentes, a prorrogação e a licitação devem ter a mesma relevância, observando-se os princípios da Administração Pública e dos atos administrativos.

A prorrogação das concessões de transmissão está prevista nos respectivos contratos de concessão, devendo ser motivada a decisão administrativa que negá-la e optar pela licitação.

A opção pela licitação, sabidamente mais custosa e demorada, por conta do procedimento licitatório, da necessidade de indenização dos ativos não depreciados e dos investimentos não amortizados, bem como por embutir o risco, de se ter um novo concessionário, à qualidade,

regularidade, disponibilidade, continuidade, segurança e atualidade do serviço de transmissão somente se justifica se os critérios operacionais e econômicos recomendarem a opção pela licitação e não pela prorrogação. Não deve ser considerado, exclusivamente, a menor receita anual dos serviços de transmissão ou considerado somente o princípio da modicidade tarifária, sob o risco de ser inexecuível o serviço.

Os critérios a serem considerados para decidir pela licitação ou pela prorrogação deverão ser previamente definidos, com objetividade, em atenção aos princípios da motivação, da publicidade, da transparência, da eficiência, da eficácia e da segurança jurídica, para que se possa conhecer os motivos que justificarão a licitação ou a prorrogação.

Não se deve optar pela prorrogação somente se a licitação não for possível, como previsto nas diretrizes. A prorrogação e a licitação devem ser sempre consideradas e avaliadas com a mesma relevância, optando-se, de forma motivada, pelo procedimento cujos critérios, objetivos e previamente divulgados, indicarem ser o mais vantajoso para o consumidor, para a Administração Pública e que melhor atenda ao interesse público, à segurança jurídica, à eficiência e eficácia dos atos administrativos.

Determinadas diretrizes apresentadas encontram óbice legal ou que violam os princípios da isonomia, da impessoalidade e da igualdade de tratamento entre os licitantes, devendo ser desconsideradas.

Por fim, pede-se que seja analisado com cuidado a situação do Contrato de Concessão da Evrecy, que não se amolda aos prazos da Consulta Pública e terá concessão vencendo em menos de 3 anos, conforme exposto no item 3 acima.