MACHADO MEYER

MACHADO MEYER SENDACZ OPICE

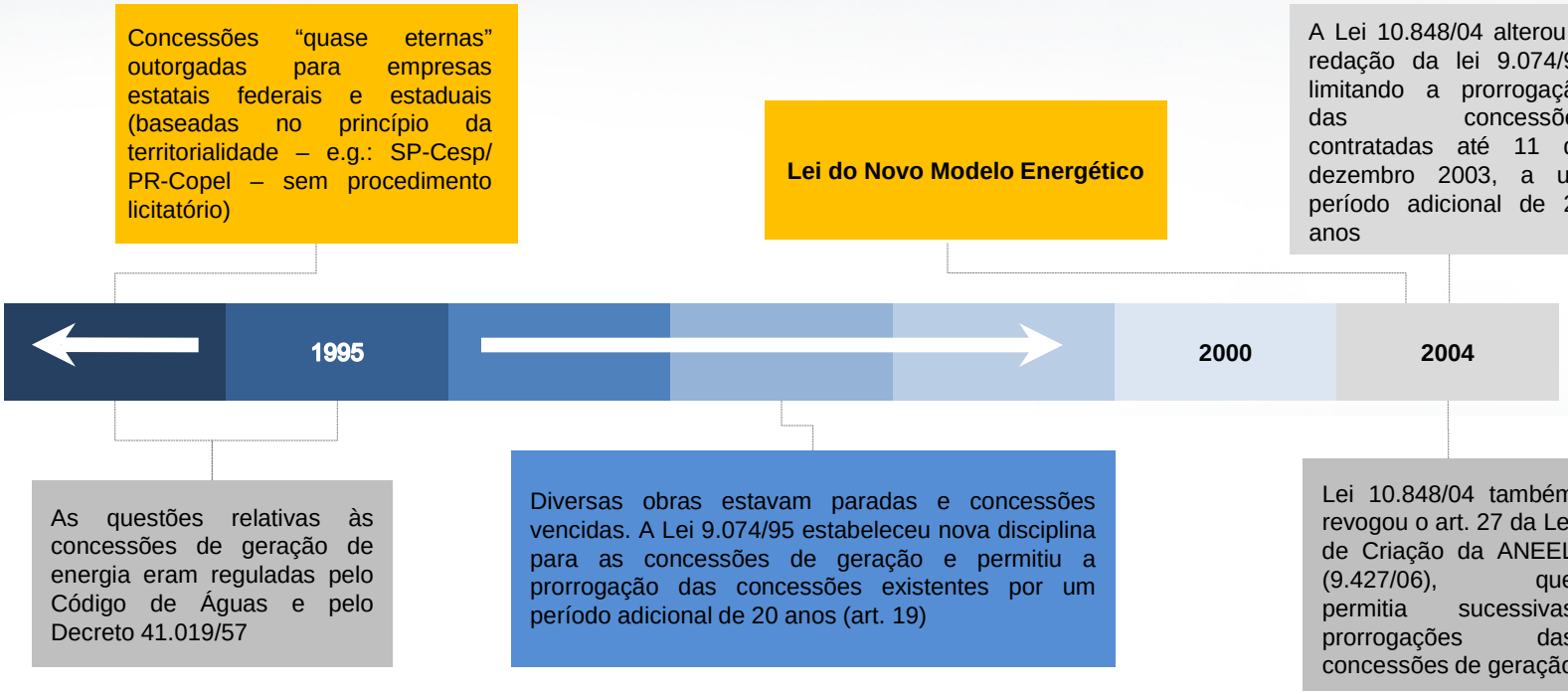
Debate sobre Prorrogação das Concessões do Setor Elétrico a Partir de 2015

UHE Estreito, setembro de 2011

Panorama Legal e Constitucional

- Constituição Federal de 1988 – Artigo 175;
- Lei 8.987 de 1995 – Lei das Concessões – Artigos 42
- Lei 9.074 de 1995 – Outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos – Artigo 4º, § 2º e Artigos 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25
- Decreto 1.717 de 1995 - Estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei n° 9.074/1995
- Portaria DNAEE 91 de 1996 – Procedimentos para a requisição da prorrogação
- Lei 10.848 de 2004 – Altera a Lei 9.074/1995, especialmente no que concerne à intelecção de seu artigo 4°, § 2º

Perspectiva Histórica

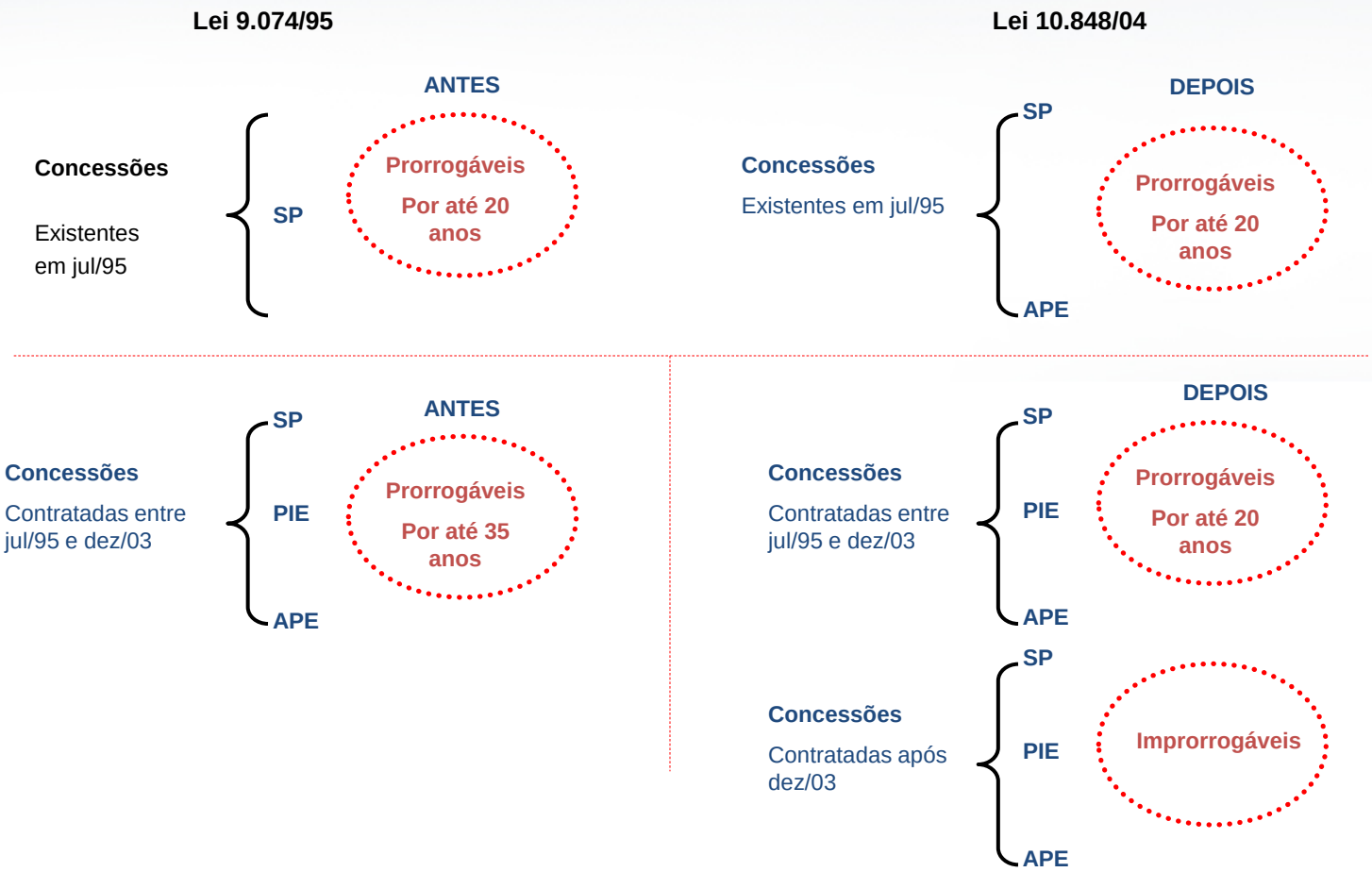


Concessões "Novas" e "Antigas" – diferentes tratamentos na legislação (Leis 9.074/95 e 10.848/04)



Quadro Esquemático - Alterações Lei 10.848/2004

Alterações – Lei nº 10.848/2004 (Geração)



Universo de concessões de geração de energia com vencimento a partir de 2015

MW	Venc.
18.227	2015
287	2016
2.144	2017
64	2018-20

MW	Venc.
644	2021
2.799	2023
151	2024
2.312	2025

MW	Venc.
55	2026
250	2027
1.750	2028
1.268	2029

MW	Venc.
2.690	2030
1.140	2032
724	2033
720	2035

Total (2015-2035) = 35.225 MW

Fonte ANEEL: www.aneel.gov.br

- As concessões vincendas em 2015** representam, aproximadamente, 23% da capacidade instalada do parque hidrelétrico do Brasil;

- O total de 35.225 MW, relativos às concessões vincendas entre 2015 e 2030, representa cerca de 45% da capacidade instalada do parque hidrelétrico do País

**concessões que já foram prorrogadas. A Legislação não traz previsão expressa acerca de nova prorrogação

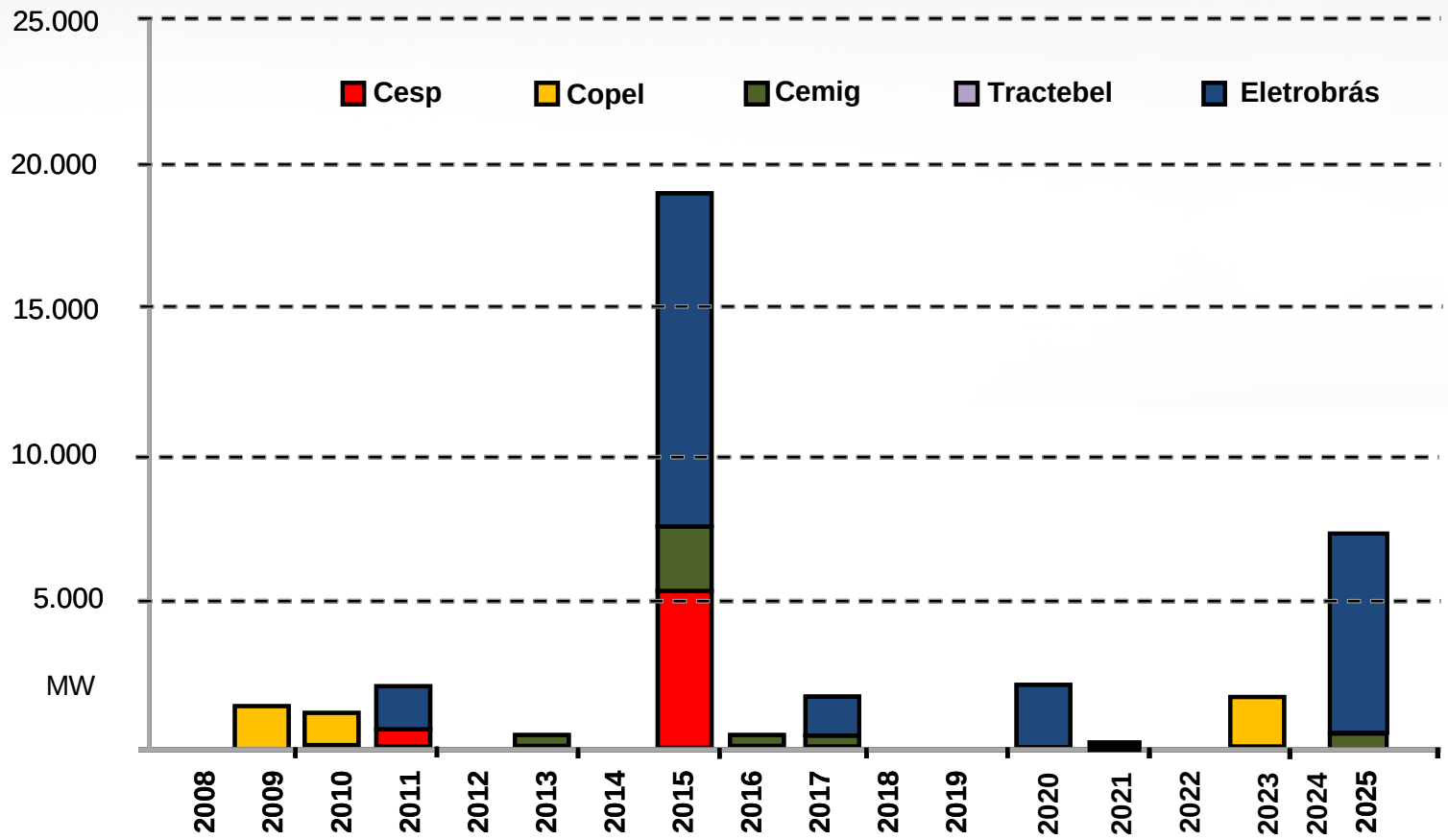
Concessões vincendas em 2015

Empresa	Usina	Quantidade (MW)
CEMIG	UHE Itutinga – 07/07/2015 UHE Salto Grande – 07/07/2015 UHE Camargos – 07/07/2015 UHE Piau – 07/07/2015 UHE Gafanhoto – 07/07/2015 UHE Três Marias – 07/07/2015 UHE Tronqueiras – 07/07/2015 UHE Peti – 07/07/2015 UHE Poquim – 07/07/2015 UHE Sumidouro – 07/07/2015 UHE Cajurú – 07/07/2015 UHE Santa Marta – 07/07/2015 UHE Martins – 07/07/2015 UHE Anil – 07/07/2015	**476,79 MW**
CESP Companhia Energética de São Paulo	UHE Ilha Solteira – 07/07/2015 UHE Jupiá – 07/07/2015	**4.995,20 MW**
Chesf Companhia Hidro Elétrica do São Francisco	UHE Funil – 07/07/2015 UHE Pedra – 07/07/2015 UHE Apolônio Sales – 02/10/2015 UHE Paulo Afonso I – 02/10/2015 UHE Paulo Afonso II – 02/10/2015 UHE Paulo Afonso III – 02/10/2015 UHE Paulo Afonso IV – 02/10/2015 UHE Xingó – 02/10/2015 UHE Luiz Gonzaga – 03/10/2015 UHE Boa Esperança – 10/10/2015 PCH Araras – 07/07/2015 PCH Piloto – 07/07/2015	**9.214,50 MW**

Concessões vincendas em 2015

Empresa	Usina	Quantidade (MW)
CEEE GERAÇÃO E TRANSMISSÃO	UHE Passo Real – 16/11/2015 UHE Canastra – 07/07/2015 UHE Bugres – 07/07/2015 PCH Ernestina – 07/07/2015 PCH Capigui – 07/07/2015 PCH Guarita – 07/07/2015 PCH Toca – 07/07/2015 UHE Jacuí – 16/11/2015 PCH Herval – 16/11/2015 PCH Santa Rosa – 16/11/2015 PCH Passo do Inferno – 16/11/2015 PCH Forquilha – 16/11/2015 PCH Juizinho – 16/11/2015	**416,50 MW**
Eletrobras CGTEE	UTE Presidente Médici – 07/07/2015 UTE Nurepa – 07/07/2015 UTE São Jerônimo – 07/07/2015	**840 MW**
COPEL	UHE Gov. Parigot de Souza – 07/07/2015 UHE Mourão I – 07/07/2015 UHE Chopim I – 07/07/2015	**261,3 MW**
FURNAS	UHE Estreito (Luiz Carlos Barreto de Carvalho) – 07/07/2015 UHE Funil – 07/07/2015 UHE Furnas – 07/07/2015 UTE Santa Cruz – 07/07/2015	**3.482,00 MW**
	TOTAL	**19.686,29 MW**

Concessões vincendas após 2015



Questões Criticas – Vencimento em 2015

NESSE CONTEXTO FAZ-SE PREMENTE O EQUACIONAMENTO JURÍDICO DAS QUESTÕES RELATIVAS À RENOVAÇÃO DAS CONCESSÕES VINCENDAS EM 2015 (E EM DIANTE), QUE JÁ TENHAM SIDO RENOVADOS SOB A ÉGIDE DA LEI 9.074/95

A re-licitação das concessões vincendas em 2015 (+ de 20.000 MW) poderá acarretar as seguintes conseqüências:

- Perda da capacidade de investir na expansão do sistema, quer do setor privado, quer das empresas estatais, que alocarão recursos para "(re) adquirir" ativos já bastante depreciados
- O preço da energia velha vendida no ACR por empresas como Cemig, Cesp, Copel e Furnas só é sustentável em função do "mix" de ativos dessas companhias (a perda dos ativos mais antigos poderá afetar o equilíbrio econômico-financeiro dessas concessões)
- O Poder Concedente deverá indenizar os concessionários pelos ativos ainda não depreciados em 2015. Será necessário UTILIZAR recursos do Tesouro, caso os recursos da RGR (que se expirou em 2010) não sejam suficientes ou será necessário cobrar um valor de outorga para transferir tais recursos para os novos concessionários (nesse caso certamente restaria, em princípio, afetado o interesse de modicidade tarifária, exceto pela possibilidade de menores preços de tarifa)
- As incertezas em relação ao "destino" de expressiva parcela da capacidade instalada nacional podem "contaminar" as expectativas de preço da energia no médio e longo prazos resultando em sinais econômicos equivocados, quer do ponto de vista da geração, quer da carga (incluindo reflexos danosos para indústria de base em função da alta necessidade de energia industrial do país)
- Possibilidade de interrupção na prestação de serviços de energia elétrica: questão do risco de descontinuidade de prestação de serviço público essencial
- Por outro lado, argumenta-se que as novas licitações poderiam atrair candidatos dispostos a oferecer tarifas mais baixas, o que não é uma certeza

Debate: possibilidade de segunda prorrogação ou re-licitação

Questão central – Constituição Federal de 1988 – Intelecção de seu Artigo 175

*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos*

Da interpretação do artigo 175 da Constituição emergem, basicamente, três correntes:

- **Primeira:** Não admite prorrogação do prazo de concessão de serviços públicos (este seria fixado estritamente pelo período necessário à amortização dos investimentos previstos). Representada por Marçal Justen Filho

- **Segunda:** vislumbra a possibilidade de prorrogação condicionada – prorrogação, se prevista em lei – desde que a concessão resulte de licitação, sob pena de infringir-se os princípios da legalidade e da isonomia. De acordo com esta segunda corrente, haveria a necessidade de uma Emenda Constitucional para que seja possível a prorrogação sem licitação, em decorrência da expressa exigência *sempre através de licitação*, estabelecida no artigo 175 da CF. Haveria, por essa corrente, a possibilidade de mais uma prorrogação de concessões licitadas por competição pela disputa da outorga.

Terceira: considera possível a prorrogação, em qualquer hipótese, inclusive sem prévia licitação, desde que haja, em lei, previsão neste sentido. Assim, bastaria a previsão de prorrogação das concessões específicas, contemplada em lei ordinária, para que a prorrogação fosse válida, sem necessidade de Emenda Constitucional para tanto. Haveria, de acordo com uma vertente deste pensamento, direito à prorrogação, sem necessidade de novo comando legal, sendo possível a prorrogação por força de previsão contratual, que constitui ato jurídico perfeito e vinculado.

Possibilidade de Exploração Direta pela União?

Interpretação do Artigo 42 da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) e da alteração implementada pela "Lei de Saneamento Básico" (Lei 11.445/07)

As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995)

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007)**. (...)

Empresas Federais (com ativos de geração, transmissão e distribuição existentes em julho de 2015) poderiam explorar diretamente os serviços de Energia Elétrica?

Nova redação do artigo 42 da Lei 8.987/95 (dada pela Lei 11.445/07) permitiria a prestação de serviço público por órgão ou entidade do poder concedente?

**Antes do advento da Lei 11.445, a redação do § 1º: *Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei*

Alternativas Discutidas – Interpretação do artigo 4º, § 2º da Lei 9.074/95

Redação Original Art. 4º *As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais. (...)*

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos ***, limitado a trinta e cinco anos,*** *contado da data de assinatura do imprescindível contrato,* ***podendo ser prorrogado no máximo por igual período****, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.*

Redação atual Art. 4º *As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais. (...)*

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica ~~contratadas a partir desta Lei~~ ***anteriores a 11 de dezembro de 2003*** *terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado ~~no máximo por igual período~~* ***por até 20 (vinte) anos****, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)*

Exceção - Privatizações

- **Art. 27 a 30 da Lei 9.074/95**

  ➢Privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão, ou com a prorrogação das concessões existentes (nessa hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita de forma que os termos finais de todas as concessões ocorram no mesmo prazo - limite 30 anos - Art. 27, §1º):

- **Ex: Tractebel Energia (1998), Duke Energy (1999), AES Tietê (1999) e CDSA (1999) tiveram concessões renovadas por 30 anos**

  ➢ Distribuidoras privatizadas também receberam o mesmo tratamento (ex:Light, CPFL, Elektro, Cosern, Celpe, etc...)

  ➢ No caso das potenciais privatizações de Cesp em 2001 (Res. ANEEL 425/00) e Copel (Res. ANEEL 375/01) foi concedido o mesmo benefício

- **Compatibilidade dos arts. 27 a 30 da Lei 9074/95 com o novo modelo (Parecer do Procurador-Geral da ANEEL – Privatização CTEEP -2006)**

"Como se depreende do próprio texto legal, cuja interpretação sistemática não pode levar a outro entendimento, a prorrogação dos arts. 19 e 22 da lei nº 9.074/95 em **nada interfere na nova outorga que poderá ser concedida, em caso de privatização**, nos termos do art. 27 da mesma Lei (...) Se o interesse público determinou a prorrogação da concessão da CTEEP em 1995, para se assegurar a qualidade dos serviços prestados aos consumidores, **isso não quer dizer que passados 11 anos, no momento em que seu controlador acionário resolveu privatizar aquela concessionária, seja vedada a adoção do modelo específico de privatização eleito pela legislação de regência,** já aplicado em diversos casos análogos, cuja constitucionalidade já fora ratificada pelo Egrégio STF."

"Leading Cases"

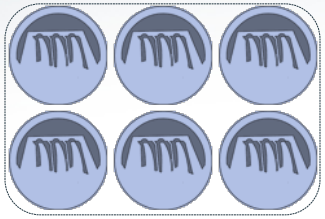
- Após a promulgação das leis do novo modelo em 2004, três casos relevantes foram analisados pela ANEEL, na qualidade de agente responsável pela instrução dos processos de renovação de concessões (1ª renovação após 1995)

  - CESP (UHEs Jupiá, Ilha Solteira, Paraibuna e Jaguari - 2004)
  - CEMIG (UHEs Emborcação e Nova Ponte e outras PCHs - 2006)
  - CESP (UHE Porto Primavera – 2008)

- Manifestações e documentos relevantes produzidos pela ANEEL no âmbito da instrução dos processos de prorrogação das referidas concessões:

  - Parecer Conjur/MME 313/04 – CESP 2004
  - Nota Técnica ANEEL 140/2004-SFF/SRE/SEM – CESP 2004
  - **"Visão Geral sobre Prorrogação de Concessões"** – CEMIG 2006
  - Voto dos Diretores Joísa Campanher e Edvaldo Alves Santana – CEMIG 2006
  - **Nota Técnica ANEEL 078/2006-SCG** (menção expressa à impossibilidade de renovação das concessões vincendas em 2015 – Jupiá e Ilha Solteira – item 39) – CESP 2008
  - Voto Edvaldo Alves Santana – CESP 2008

Competência e Procedimento



Solicitação da renovação até 36 meses antes do vencimento da concessão

ANEEL
AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

Instrução Técnica do pedido de renovação – Recomendação deve ser votada pela Dir. Colegiada

MME

Decide pela aprovação ou não do pedido de renovação – Prazo de 18 meses antes do término da concessão (afastado pelo Parecer 346/2006-PF/ANEEL)

Deverá haver a comprovação da qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira e a regularidade fiscal do solicitante, nos termos da legislação.

Principais Conclusões e Pontos de Reflexão

- Solução de menor risco jurídico: realização de novas licitações ao final do prazo das concessões: assegura-se a interpretação mais restritiva das normas constitucional e legais vigentes.
  - Risco político desta alternativa → pressão contrária por parte das estatais estaduais e federais e de outros atores políticos
  - Possibilidade de adoção da "Teoria dos Leilões": preferência ao concessionário atual na disputa pela outorga potencial redução do risco político

- Renovação de concessões via EC → não há obstáculos intransponíveis
  - Cenário mais conservador: alteração da constituição (via "PEC") para prever expressamente a possibilidade de nova prorrogação – **prorrogar uma concessão passaria a ser literalmente constitucional**
  - Possibilidade de criar cenário (articulação institucional, rediscussão da tarifa e metas de investimento com a participação dos interessados) e de normas de transição propícias à nova prorrogação, a exemplo do que foi feito no passado
  - Necessidade de acordo político-institucional → explicitação (e exigência de repasse) dos benefícios aos consumidores (equilíbrio entre expansão da oferta de energia e modicidade tarifária) para conferir legitimidade ao acordo e para evitar questionamentos dos órgãos de controle
  - Considerada a magnitude e representatividade do acordo, estima-se que a promoção da alteração por meio da via constitucional permitiria uma tramitação prioritária da PEC

- Renovação via lei ordinária → alteração na legislação infraconstitucional para conferir legitimidade às renovações das concessões.
  - Risco: possibilidade de questionamento da constitucionalidade da lei infraconstitucional perante o Judiciário.

Obrigado !

Ricardo de Lima Assaf
rassaf@machadomeyer.com.br

MACHADO MEYER
MACHADO MEYER SENDACZ OPICE

AV. BRIGADEIRO FARIA LIMA 3.144 11º ANDAR
01451-000 SÃO PAULO - SP - BRASIL
TELEFONE: 55 11 3150-7000 FAX: 55 11 3150-7071