

CONTRIBUIÇÕES REFERENTE À TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº006/2022

NOME DA INSTITUIÇÃO: Centrais Elétricas Brasileiras S.A - ELETROBRAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL
ATO REGULATÓRIO: (Especificar Nome/Tipo, nº e data, caso existam)

EMENTA: Obter subsídios para aprimorar as regras relativas à participação, à possibilidade e/ou à exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico – SPEs nos leilões setoriais.

Em primeiro lugar a Eletrobras cumprimenta a direção e o corpo técnico da ANEEL pelo permanente esforço de preservar a atualidade e qualidade da regulação setorial. Nesse sentido, a fim de contribuir com o processo de análise regulatória relativa às regras de participação de Sociedades de Propósito Específico em leilões de geração e de transmissão de energia, a Eletrobras, após análise detida do contido na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, de 18 de abril de 2022, vem apresentar as contribuições a seguir:

a) O que se deve entender por sociedade de propósito específico e qual definição deve ser utilizada nos editais dos leilões de geração e de transmissão?

É salutar a preocupação da Agência quanto a uma possível lacuna regulatória em relação ao conceito de SPE na regulação setorial, todavia, a ausência dessa qualificação jurídica ou definição nos normativos relativos ao setor elétrico é adequada, na medida em que a conceituação de sociedades consiste em matéria a ser tratada no âmbito do direito civil e, mais especificamente, do direito empresarial, sendo que tais áreas do direito, em seus códigos e leis específicas, não trazem definição de tais sociedades, que consistem em uma construção doutrinária que se tornou de ampla adoção, cuja definição se fez desnecessária pela clareza contida na própria nomenclatura, tendo em vista, inclusive, que SPEs não consistem em tipo societário autônomo.

Entende-se correntemente que a SPE é uma sociedade constituída com objetivo determinado, sendo, entretanto, que nem mesmo a Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079/2004, que tem um capítulo específico fazendo referência a tais sociedades, as define.

Nesse sentido, entendemos que, no que tange especificamente ao setor elétrico, após décadas de utilização de tais sociedades, a experiência evidencia que a inexistência de tal qualificação não apresentou em nenhum momento qualquer impedimento para que os agentes estruturassem composições sólidas e eficientes, que vêm desenvolvendo empreendimentos e prestando serviços de energia, sendo este modelo o propulsor do desenvolvimento ágil do setor elétrico, desde a primeira reforma do modelo. Desse modo, o próprio sucesso das centenas, senão milhares, de estruturas existentes demonstra ser desnecessária a qualificação em questão.

b) É adequado à competitividade e à qualidade da contratação permitir que os vencedores dos leilões comprovem o patrimônio líquido mínimo exigido nos editais mediante a utilização dos balanços patrimoniais de outras sociedades não participantes do leilão (suas controladoras diretas)? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas? [57.b]

CLASSIFICAÇÃO: PÚBLICA

Sim. Como apresentou a Agência em sua Nota Técnica, uma vez comprovada a capacidade financeira do acionista controlador, ele atuará para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital na sociedade controlada. Esse modelo vem sendo adotado de forma bem-sucedida no setor elétrico, sendo importante destacar que eventuais situações atípicas não podem pautar uma possível mudança de modelo que tenha como consequência o efeito colateral de tornar os processos para participação em leilões e obtenção de outorgas mais moroso e custoso, o que certamente se refletiria em maiores custos transferidos para o consumidor de energia.

Importante notar que a forma de garantia mais comum utilizada para a obtenção de financiamentos na implantação de empreendimentos consiste na concessão das receitas do próprio empreendimento em garantia, tal como previsto no artigos 28 e 28-A da Lei nº 8.987/95 e no artigo na REN ANEEL nº 921/2021, garantindo-se, assim os recursos necessários para a implantação do projeto, independentemente da exigência de aporte mínimo de capital pelo controlador. Destaca-se, ademais, que os editais de leilão impõem ao vencedor a obrigação de apresentar garantia de fiel cumprimento, o que é realizado mediante a apresentação de contragarantias pelo controlador, exigida pelas instituições financeiras, o que em última análise resulta, de forma prática, na pretendida garantia do controlador para a implantação do empreendimento.

Vê-se, assim, que o modelo de garantias existente no setor elétrico é suficiente robusto, não sendo pertinente impor maiores custos, inclusive de transação, que sejam transferidos para o consumidor, em movimento ao contrário ao de modicidade tarifária que se almeja perseguir.

- c) **É adequado à competitividade e à qualidade da contratação permitir que os vencedores dos leilões comprovem o patrimônio líquido mínimo (com balanços próprios ou de terceiros) e possam, na sequência, constituir nova sociedade que não apresentam o mesmo patrimônio líquido mínimo para receber a concessão ou autorização? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas?**

Uma vez comprovada a idoneidade e capacidade financeira dos sócios, não se faz necessária a exigência de estipulação de patrimônio líquido mínimo na sociedade constituída, uma vez que os próprios sócios promovem os arranjos negociais necessários para que sejam realizados os aportes para a execução dos cronogramas de implantação dos empreendimentos.

Inferindo que o objeto desta Tomada de Subsídios possa ser influenciado pela recente caducidade de contratos de concessão de transmissão, é importante apontar que o universo de sociedades que comprovaram capacidade financeira na fase de habilitação dos leilões, constituíram SPEs e tornaram-se inadimplentes após a constituição da sociedade, não constitui uma base de casos quantitativamente relevante e recorrente de modo a qualificar a inadequação do modelo que vem sendo adotado com sucesso nas duas últimas décadas.

Casos excepcionais devem ser tratados como tal, como desvios, não se justificando a modificação das bem-sucedidas regras existentes, por outras mais custosas para a competitividade e para as propostas, sendo que o aumento de custos para os agentes, sejam diretos ou de transação, certamente se refletirão nas propostas a serem apresentadas, o que indica que uma mudança de regra quanto a esse tema certamente opera contrariamente a modicidade tarifária.

Dentro do tema apresentado nesta *questão fundamental* apresentada na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, o item 62 da nota coloca, ainda, o seguinte questionamento:

“deve-se questionar (...) quão razoável seria exigir que o acionista controlador já realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital?”

Considerar a exigência de aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido é uma medida que aumenta significativamente o custo para o setor elétrico, na medida em que tem a

CLASSIFICAÇÃO: PÚBLICA

única função de estabelecer garantia suplementar às já existentes: garantia de fiel cumprimento, dada no próprio edital de concessão, além daquelas concedidas nos contratos de financiamento, que consistem essencialmente nas receitas oriundas do empreendimento a ser implementado e correspondentes contragarantias do controlador.

Os custos financeiros para a implantação dos empreendimentos já é significativamente elevado e a medida em questão teria como resultado unicamente o aumento desses custos, que seriam naturalmente repassados na RAP, na hipótese de transmissão, e no preço da energia ofertada, no caso de empreendimentos de geração, de modo que não se vislumbra benefício setorial na adoção de tal medida, que imporá um custo expressivo a todo o setor, com fundamento na ocorrência de situações atípicas, o que não se justifica.

d) Faz sentido exigir nos leilões de geração e transmissão a constituição de sociedades de propósito específico se a legislação e a regulação vigentes não apresentam exigência nesse sentido? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas?

Sobre esse tema, no que diz respeito a concessões, o que se tem é que o artigo 20 da Lei nº 8.987/95 estabelece que caso o edital pode facultar a participação de consórcio e que, nesse caso, o Poder Concedente PODERÁ determinar que o vencedor constitua empresa antes da celebração do contrato. Importante notar que a Lei não determina a constituição de sociedade, permitindo inclusive que consórcios, que não detém personalidade jurídica, possam obter outorga. Tampouco exige que, sendo constituída uma sociedade, seja a mesma de propósito específico, de modo que não parece adequado que norma regulatória imponha tal restrição, que não é determinada em Lei. Tal mudança, caso viesse a ser imposta, poderia ter o efeito indesejável de restringir a competição ou de que, ainda que se mantenham os patamares de acometimento de interessados em leilão, a participação incorpore custos correspondentes a nova restrição regulatória, o que implicaria em adotar uma norma que opera contra o interesse precípuo da modicidade tarifária.

Não é conveniente que os editais de leilão criem restrições não impostas por Lei, que tenham o potencial de restringir a liberdade do mercado. O modelo regulatório atualmente existente vem permitindo que os agentes criem modelos de negócios eficientes e que vêm promovendo propostas cada vez mais vantajosas para o Poder Concedente e para o consumidor de energia. Embora os editais de leilão já venham exigindo a constituição de SPEs no caso de consórcios, FIPs e pessoas jurídicas estrangeiras, de modo que em tais hipóteses não se vislumbra impedimento a manutenção da exigência, não seria pertinente estender a exigência para além dessas hipóteses, tanto para não instituir restrição não prevista em Lei como principalmente para evitar criar exigências que possam potencialmente aumentar a complexidade de estruturas societárias impondo maiores a internalização de maiores custos para o setor elétrico.

Não faz sentido estipular a exigência, sendo relevante avaliar se há de fato um problema regulatório. Caberia analisar o percentual de casos de caducidade enfrentados nos últimos 10 anos, frente ao número de agentes existentes nos diversos segmentos do setor elétrico caracterizados como SPEs. Cabe avaliar, inclusive, dentre as caducidades declaradas, a proporção entre SPEs e empresas não constituídas mediante este modelo e se a verificação de patrimônio líquido robusto do concessionário de fato impede a ocorrência de evento dessa natureza. Feita essa análise quantitativa, poderá ser identificado que o problema regulatório apontado é marginal no setor elétrico e que o tratamento proposto não parece ser o mais adequado.

Há que se verificar, por outro lado, a pertinência de que sejam adotadas medidas mais eficientes e céleres para a decretação de caducidade e para a correspondente retomada do serviço e relicitação, avaliando se não seria este o efetivo problema regulatório a ser objeto de tratamento.

Dentro do tema apresentado nesta *questão fundamental* apresentada na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, o item 68 da nota coloca, ainda, o seguinte questionamento:

“faz sentido exigir/possibilitar nos leilões a especificidade do propósito (objeto social), tanto para efeitos de comprovar PL mínimo quanto para receber a delegação, quando a legislação e a regulação vigente parecem não apresentar a mesma preocupação com tal especificidade de propósito?”

Tal questão na verdade não inova em relação à primeira e conduz às mesmas conclusões apontadas acima: que não há justificativa jurídica ou mesmo prática para a imposição de restringir o escopo das sociedades admitidas nos leilões, sendo que não se vislumbra benefício para a introdução de tal restrição, que poderia ter a consequência nefasta de limitar a competição ou de aumentar custos para os empreendedores e consequentemente aumento de preços ofertados em leilões.