

TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 06/2022

CONTRIBUIÇÃO DA ABIAPE

A Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (ABIAPE) apresenta suas contribuições à Tomada de Subsídios (TS) nº06/2022, que visa 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.

1. Contribuição

1.1 Flexibilização da exigência de SPEs em leilões de geração

A partir de 2004, a constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) para empreendimentos de geração se tornou um dos alicerces do modelo de expansão da geração. Isso ocorreu em razão de a SPE ser o instrumento societário responsável por segregar os ativos do negócio de geração, permitindo a utilização dos fluxos de caixa do projeto (contrato de 30 anos com as distribuidoras) como garantia do credor — modalidade de financiamento conhecida como *Project Finance*, bastante utilizada por bancos de fomento (Ex.:BNDES). Com isso, a exigência de SPEs passou também a ser incorporada nos editais de leilões de geração.

O modelo de expansão da geração via SPE se tornou bastante atrativa aos patrocinadores de projetos, os quais conseguiam proteger suas demonstrações financeiras dos resultados do empreendimento, ao mesmo tempo em que conseguiam dividir custos e riscos de grandes empreendimentos com outros patrocinadores. Esse modelo de leilões regulados logrou êxito, permitindo a contratação de mais de 1200 empreendimentos e a contratação de mais de 92 GW de potência instalada, conforme dados da própria ANEEL.

Após 18 anos, no entanto, o setor elétrico mudou, os padrões de financiamento de projetos de geração mudaram e a exigência de SPEs em leilões de geração ficou obsoleta.

De acordo com os dados da ANEEL, mais de 80% da expansão da geração hoje é feita no mercado livre. Os próprios leilões de geração passaram a exigir um percentual cada vez menor de geração destinada no mercado regulado. Com isso, a lógica da utilização de SPEs, com contratos de longo prazo para fins de financiamento, se modificou.

Paralelamente, o próprio mercado de crédito encontrou alternativas mais flexíveis com utilização progressiva de instrumentos financeiros como debêntures incentivadas, arranjo societário com energia vinculada às ações com direito a voto e captações de recursos no mercado externo. Assim, a necessidade de constituição de SPEs para fins de financiamento não é mais uma regra absoluta. Nesse sentido, a ABIAPE entende ter sido quebrado o fundamento que deu origem à obrigatoriedade da constituição de SPEs em leilões de geração.

Nesse novo contexto, a obrigação de constituição de SPE para participar de leilão, por vezes, se traduz apenas em custos para a empresa patrocinadora, uma vez que esta possui condições mais competitivas para participar no leilão sob outras modalidades de organização empresarial.

Vale lembrar ainda que a regulamentação não impõe a obrigação de constituição de SPE para os casos de autorização direta, transferência de concessão/autorização e transferência do controle societário da concessionária ou autorizatória, mas faz essa exigência para os ganhadores de leilões de geração. Essa falta de isonomia entre as diferentes formas de obtenção de concessões e autorizações de geração podem causar distorções no comportamento dos agentes de mercado, o que é indesejável.

Diante do exposto, a ABIAPE solicita que ANEEL retire a exigência nos leilões de geração de constituição de sociedades de propósito específico. A Associação acredita que essa flexibilização trará maior eficiência para os empreendimentos oriundos de leilão de geração, sem prejuízo à avaliação pela ANEEL da capacidade econômico-financeira e patrimonial do gerador.

1.2 Execução de garantias corporativas

Com respeito às garantias corporativas apresentadas durante a fase de implantação dos empreendimentos, de fato existem alternativas bem consolidadas nos editais de leilão que não sejam a criação obrigatória de SPEs, tais como a possibilidade da apresentação de seguros garantia, por meio de seguradoras consolidadas no mercado, fiança por parte do controlador, dentre outras espécies descritas no Código Civil.

Os parágrafos 66 e 67 da Nota Técnica da ANEEL questionam a possibilidade de execução de tais garantias sem o benefício de ordem ou mesmo desconsiderando a personalidade jurídica.

Cumprе ressaltar, tal qual previsto em lei (art. 827, CC), que o benefício de ordem é um direito que tem o garantidor de só responder pela dívida se, primeiramente for acionado o devedor principal e este não cumprir a obrigação de pagar. Há que destacar, entretanto, que o ente regulador possui plenas condições de avaliar a capacidade econômico-financeira dos participantes de leilões, motivo pelo qual renunciar ao benefício de ordem não só tornaria os editais menos atrativos e, portanto, menos competitivos, como vai contra a estrutura do poder público que é revestida de poder de polícia para fiscalizar e punir quem quer que não atenda ao interesse público.

Por fim, quanto à hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, existem pressupostos legais para que tal instituto seja aplicado, qual seja a existência de processo judicial, conforme previsto no art. 28 do Código Civil e os arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, porquanto não pode a administração pública exercê-lo fora de tais ditames legais.

Diante do exposto, a ABIAPE apoia que as garantias executadas para o pagamento de eventuais multas editalícias e administrativas da ANEEL não renunciem o benefício de ordem e não desconsiderem a personalidade jurídica.