

Contribuição EDP

Tomada de Subsídios 006/2022
Sociedade de Propósito Específico em
leilões

20 de junho de 2022

Contribuição EDP



**Tomada de Subsídios 006/2022
Sociedade de Propósito Específico em
leilões**

20 de junho de 2022

Sumário

1.	Introdução.....	4
2.	Contribuições.....	4
2.1.	<i>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?.....</i>	4
2.2.	<i>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?.....</i>	5
2.3.	<i>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?.....</i>	6
2.4.	<i>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?.....</i>	7
2.5.	<i>Quão razoável seria exigir que o acionista controlador já realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital?.....</i>	7
2.6.	<i>Quais outras garantias corporativas o acionista controlador “habilitado” (que demonstrou possuir o patrimônio líquido mínimo) poderia então oferecer, ao menos durante a fase de implantação dos empreendimentos, para o pagamento de eventuais multas editalícias e administrativas? Tais garantias poderiam ser executadas sem benefício de ordem ou desconsideração da personalidade jurídica? Como viabilizar tal solução? A assinatura dos contratos de concessão pelo acionista controlador, como interveniente-anuente, produz quais efeitos e consequências jurídicas? Como viabilizar tais efeitos e consequências jurídicas nos leilões de geração nos quais, na maior parte, não há a assinatura de contratos de concessão, mas apenas a emissão de atos autorizativos e a assinatura de contratos de comercialização de energia elétrica?.....</i>	8

1. Introdução

Em 20 de abril foi aberta a Tomada de Subsídios nº 006/2022 para aprimoramento das regras atinentes à participação, possibilidade e exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico nos leilões de geração e transmissão.

Nesta Tomada de Subsídios, a ANEEL propõe a discussão dos seguintes temas vinculados a SPEs:

- Definição de SPE
- SPE e a transferência de concessões e autorizações
- SPE nos leilões de geração e transmissão
- SPE e a comprovação de patrimônio líquido mínimo

Ressalta-se a relevância desta Tomada de Subsídios e parabeniza-se esta Agência pela iniciativa, visando o aperfeiçoamento do mercado de energia e seu desenvolvimento de forma sustentável.

2. Contribuições

2.1. 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?

Entende-se que a sociedade de propósito específico é um modelo de organização empresarial mediante a qual é constituída uma nova sociedade, por um ou mais sócios, mediante qualquer tipo societário previsto na legislação brasileira (sociedade limitada, sociedade anônima, por exemplo), que tem por objeto social (o propósito) explorar um negócio específico, pelo prazo necessário.

O objetivo de uma SPE consiste em possibilitar a segregação do patrimônio e dos resultados de uma entidade, para que seja possível avaliar corretamente o desempenho da atividade para a qual a sociedade foi constituída, evitando a contaminação com o patrimônio e resultados vinculados a outras atividades, permitindo assim o controle e avaliação constante do desempenho da empresa no curso da exploração desta atividade.

Nesta linha, a constituição da SPE torna possível para a Agência Reguladora estabelecer indicadores de controle da atividade regulada, e receber relatórios

contábeis e financeiros sem a contaminação de outras atividades, e aos investidores o estabelecimento de indicadores de desempenho (covenants), para garantias de retorno do investimento, sendo por isso apropriada a exigência de constituição de SPE em licitações de Contratos de Concessão de Serviços Públicos.

Conforme mencionado na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, esta Agência considera adequada a utilização da definição de SPE com uma noção mais estrita, no qual a SPE poderia explorar um único empreendimento, sendo este uma determinada usina de geração ou um determinado lote de transmissão.

No entanto, pondera-se que o uso ou não da mesma SPE para um ou mais empreendimento constitui-se em escolha restrita à esfera de gestão e estratégia de cada empreendedor, o qual decidirá, considerando a sua governança e os riscos envolvidos.

A EDP propõe uma definição de sociedade de propósito específico mais abrangente, tal qual o adotado nos editais recentes dos leilões de transmissão, cabendo ao proponente/empreendedor definir se utilizará de uma mesma SPE para agregar mais de um empreendimento do mesmo segmento.

2.2. 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?

Faz-se necessário permitir a comprovação do patrimônio líquido mínimo, exigido nos editais de geração e transmissão, mediante utilização de balanços patrimoniais da(s) controladoras(s) direta(s) da SPE.

A manutenção deste direito implica em incentivar o desenvolvimento do setor, permitindo a participação de novos players, aumentando a competitividade no certame, o que acarreta menores custos para o consumidor.

Adicionalmente, a comprovação do patrimônio líquido deve ser anterior à sua participação no certame, e não posterior, para evitar arranjos que possam destruir a licitação, de modo a evitar fraudes.

Ademais, a garantia de fiel cumprimento e as penalidades observadas nos editais são instrumentos para desestimular a inexecução total ou parcial e atrasos injustificados dos empreendimentos.

A EDP entende que é necessário permitir a comprovação do patrimônio líquido mínimo através da(s) controladora(s) direta(s) da SPE, visando incentivar o desenvolvimento do setor, aumentando a competitividade nos leilões.

2.3. 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?

Considerando que as SPEs são constituídas com um objetivo específico, é esperado que tenha um patrimônio líquido inferior ao da(s) controladora(s) direta(s).

No entanto, é fundamental que o empreendedor comprove o patrimônio líquido mínimo na etapa de habilitação técnica, conforme exigido no edital do leilão.

Nesse sentido, entende-se que caso o vencedor do certame já tenha comprovado o patrimônio líquido mínimo na habilitação técnica e posteriormente tenha transferido a concessão/autorização para uma SPE, não há necessidade de exigir a comprovação por parte da SPE novamente.

Reforça-se a importância de a comprovação do patrimônio líquido mínimo ocorrer antes da realização do leilão, para evitar fraudes.

Desta forma, mostra-se essencial manter a possibilidade de transferência da concessão ou autorização para SPEs com patrimônio líquido mínimo inferior ao da(s) controladoras(s), considerando que na etapa de habilitação técnica o patrimônio já foi comprovado.

Cabe mencionar também que para participar do leilão e posteriormente assinar os contratos, é necessário realizar o aporte de Garantia de Proposta e posteriormente de Fiel Cumprimento, garantias utilizadas para cobrir penalidades por descumprimento das obrigações apresentadas no edital, inclusive em relação a inexecução parcial ou total do empreendimento.

Por fim, sugere-se a abertura de uma 2ª fase desta Tomada de Subsídios, apresentando um maior detalhamento em relação à preocupação apresentada nesta e nas demais questões, para que seja possível aprofundar a discussão.

A EDP entende ser essencial manter a possibilidade de transferência da concessão ou autorização para as SPEs com patrimônio líquido mínimo inferior ao da(s) controladoras(s), considerando que na etapa de habilitação técnica o patrimônio já foi comprovado.

2.4. 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?

Entende-se que não deve ser exigida a constituição de SPEs nos leilões, considerando que esta exigência leva a limitação dos modelos de negócio possíveis, impactando a estratégia de cada agente, podendo reduzir os participantes nos certames, e, por consequência, a concorrência e as chances de obtenção de ágios que revertam em benefício dos consumidores.

Dessa forma, o ideal seria que a decisão de constituir ou não uma SPE remanesça no empreendedor.

A EDP propõe que não deve ser exigida a constituição de SPEs nos leilões, ou seja, a sua constituição ou não seria uma faculdade do empreendedor proponente, a fim de que se aumente a competitividade nos leilões sem limitar os modelos de negócio.

2.5. Quão razoável seria exigir que o acionista controlador já realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital?

Conforme discutido nas questões anteriores, além da comprovação de patrimônio líquido mínimo, que é uma exigência para habilitação técnica no leilão, outras garantias são exigidas de forma a assegurar a viabilidade da execução do empreendimento.

Neste contexto, não se faz razoável a exigência de um aporte mínimo de capital do acionista controlador, visto que a SPE ou sua(s) a(s) controladora(s) direta(s) já

cumpriu(ram) com o requisito do patrimônio líquido mínimo quando da habilitação técnica.

Vale ressaltar também, que essa exigência pode restringir os participantes no certame, além de afastar empreendedores menores.

A EDP entende que não se faz razoável a exigência de um aporte mínimo de capital do acionista controlador, visto que a SPE ou a(s) controladora(s) direta(s) já comprovou(aram) o patrimônio líquido exigido na habilitação técnica.

2.6. Quais outras garantias corporativas o acionista controlador “habilitado” (que demonstrou possuir o patrimônio líquido mínimo) poderia então oferecer, ao menos durante a fase de implantação dos empreendimentos, para o pagamento de eventuais multas editalícias e administrativas? Tais garantias poderiam ser executadas sem benefício de ordem ou desconsideração da personalidade jurídica? Como viabilizar tal solução? A assinatura dos contratos de concessão pelo acionista controlador, como interveniente-anuente, produz quais efeitos e consequências jurídicas? Como viabilizar tais efeitos e consequências jurídicas nos leilões de geração nos quais, na maior parte, não há a assinatura de contratos de concessão, mas apenas a emissão de atos autorizativos e a assinatura de contratos de comercialização de energia elétrica?

Entende-se que as garantias atualmente exigidas, tanto nos editais de geração quanto nos editais de transmissão, são suficientes e adequadas para cumprimento das obrigações neles estabelecidas.

No que se refere às outorgas de geração realizadas mediante atos autorizativos, sem a necessidade de assinatura de Contrato de Concessão, recomenda-se que para uma melhor discussão, o tema seja debatido em fórum específico, já que foge ao objetivo principal desta Tomada de Subsídios.

A EDP entende que as garantias exigidas atualmente são suficientes para pagamento das multas editalícias e administrativas. Além disso, sugere a abertura de uma tomada de subsídio específica para discussão de garantias e encaminhamentos para as outorgas geração em que não existe assinatura de contrato de concessão.
