

SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO – RE  
GERÊNCIA DE REGULAÇÃO DE GTD – RE/RT

**NOTA TÉCNICA Nº RE/RT-0004/2022**

**CONTRIBUIÇÕES À TOMADA DE SUBSÍDIOS ANEEL Nº 006/2022**

*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.*

BELO HORIZONTE, 20 DE JUNHO DE 2022.

## SUMÁRIO

1. OBJETIVO .....	3
2. CONTEXTUALIZAÇÃO .....	3
3. PROPOSTA DE CONTRIBUIÇÃO E RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS DIRECIONADOS PELA ANEEL .....	3
4. CONCLUSÃO .....	8

## 1. OBJETIVO

Este documento tem por objetivo elencar as percepções e contribuições da Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG no âmbito da Tomada de Subsídios – TS nº 06/2022 do Processo nº 48500.002854/2022-30, sob o tema: “*Abertura de Tomada de Subsídios para aprimorar as regras relativas à participação, a possibilidade e/ou a exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico - SPEs nos leilões setoriais*”.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO

Via de regra, a constituição de SPEs é instituída como obrigatória nos editais de leilão Aneel tanto para geração quanto transmissão, contudo, o regulador está levantando questionamentos importantes sobre o aprimoramento e continuidade ou não dessa exigência.

Nesse contexto, a participação da CEMIG nesta Tomada de Subsídios se faz importante, pois em grande parte dos leilões ANEEL, a possibilidade de participação da Companhia via SPE pode representar oportunidade de elisão fiscal, ou seja, os projetos com receita até R\$ 78 Milhões/ano, são enquadrados no regime de tributação de Lucro Presumido.

Sendo assim, pode afirmar que exigir a participação direta das empresas, sem a possibilidade de ser feita via uma SPEs, pode representar perda importante de competitividade nos leilões setoriais e, conseqüentemente, aumento dos custos repassados à receita ofertada nos certames.

## 3. PROPOSTA DE CONTRIBUIÇÃO E RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS DIRECIONADOS PELA ANEEL

A seguir, serão apresentadas as contribuições sob ótica empresarial da CEMIG às questões direcionadas na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL.

*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?*

Conforme bem colocado na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, não existe lei fixando os critérios para se classificar uma sociedade, genericamente, como Sociedade de Propósito Específico - SPE. Portanto, deve-se recorrer a doutrina e jurisprudência para tentar firmar esse conceito.

Nada obstante, uma definição razoável do conceito seria: SPE é um modelo de organização empresarial pelo qual se constitui uma nova empresa, limitada ou sociedade anônima, com um objetivo específico, podendo ter prazo de existência determinado.

No que concerne aos leilões de energia, parece que a discussão maior é saber qual o nível de especificidade do objeto da SPE seria necessário. Poderia ser algo como atuar no segmento da geração/transmissão ou deveria ser feita a segregação por único empreendimento de geração ou lote de transmissão. Em tempo, cumpre apenas deixar registrado ser decorrência lógica inferir que quanto mais restrita a definição de SPE a ser utilizada pela agência reguladora, maior será seu potencial em restringir o número de competidores de um certame, impactando, assim, na sua competitividade.

Pois bem, a legislação setorial não possui essa exigência de criação de SPE's, nem tampouco possui vedação à sua utilização. Logo, entende-se que caberia ao promotor do Leilão, balizado nos princípios que regem a administração pública, avaliar a conveniência e oportunidade de se exigir/facultar a utilização de SPE's e em que termos isto seria feito. Ao cabo, nos parece que esta seria uma decisão mais econômica do que propriamente jurídica. Note-se que tal definição estaria no âmbito de atuação da ANEEL:

*Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*

*Art. 3º .....*

*VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;*

Nada obstante, interessante observar ainda que, na parceria público-privada, a sociedade de propósito específico é exigência legal (art. 9º, Lei n. 11.079/2004: “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser “constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”), cujo racional pode, *mutatis mutandi*, ser levado em conta pela agência à situação em tela:

*Dentro desta perspectiva, tratando-se de parceria público-privada, com a celebração de contrato administrativo de concessão, nas modalidades patrocinada ou administrativa, o legislador, querendo imprimir maior segurança jurídica nas relações com a Administração pública (...) exigiu, nos termos da Lei nº 11.079/2004, que seja constituída, antes da celebração do contrato, a sociedade de propósito específico (...).*

*Nesse particular, MODESTO CARVALHOSA, citado por RUBENS REQUIÃO, diz: (...)*

*“Haverá a presença de uma pessoa jurídica especializada, em substituição do consórcio despersonalizado, com vantagem de aquela representar maior estabilidade, dado que os contratos de concessão públicos são muito complexos e celebrados com prazos muito longos.*

*A pessoa jurídica, ainda, segregando obrigações, patrimônio, riscos, operações e contabilidade, permite melhor fiscalização por parte do concedente, deixando mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e de seus sócios componentes. (GUERRA, Luiz Antônio GUERRA Luiz Felipe. Sociedade de Propósito Específico. Brasília: Guerra, 2021. p. 27).*

Assim, a sociedade de propósito específico, diante especialmente de grupos com grande complexidade de atividades, pode servir para segregar e organizar a empresa, o que pode facilitar a fiscalização quanto à adequação da atividade por parte do Concedente, bem como uma facilitação do tratamento na eventualidade de necessidade de encampação ou intervenção por parte do Concedente diante de uma concessionária inadimplente e/ou em crise financeira.

Isto posto, conclui-se que tanto uma definição mais ampla, como uma definição mais restritiva de SPE poderiam ser utilizadas pela ANEEL nos Leilões de energia, desde que ficasse devidamente registrado/comprovado a relação desta definição com o atendimento aos princípios que regem a Administração Pública e a concessão de serviços públicos.

Conforme § 21 na Nota Técnica 18/2022-SEL/ANEEL, SPE é: *“a sociedade cujo objeto social (o propósito) envolva a exploração de uma única e determinada atividade econômica (geração ou transmissão), mediante a exploração de um único e determinado empreendimento.”*

Entende-se o a definição está adequada à novos editais de leilão.

***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?***

Assim como leilões anteriores, a criação de SPE era obrigatória e se dava conforme prazos determinados em cada edital. Nessa esteira, a única alternativa para se comprovar o PL seria pelos balanços patrimoniais dos sócios da SPE.

Essa condição é adequada do ponto de vista concorrencial porque elimina eventuais aportes desnecessários em SPEs que porventura apenas participariam do processo competitivo (leilão), se revertendo em maior competição entre os participantes, e por consequência, contribuindo para a lógica do leilão, que é a promoção da maior modicidade tarifária possível.

Para conforto do regulador, pode ser avaliado a apresentação de Carta Suporte ou Carta de Circularização das empresas sócias da SPE ou das empresas que abrirão a SPE ato contínuo ao sucesso do leilão, conforme prazo estabelecido em cada edital.

***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?***

Idem resposta da questão “b” anterior. Importante destacar que a condição de abertura de SPE (seja obrigatória ou por livre escolha) é mais adequada do ponto de vista da competição, ensejando assim que as comprovações sejam por balanço dos próprios participantes ou de terceiros.

***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?***

Nesse aspecto, considera-se que a constituição da SPE pode ser obrigatória ou opcional a critério dos vencedores do leilão. Importante não inserir restrições à criação de SPE e consequente transferência da outorga, pois esse ponto é importante do ponto de vista da competição entre agentes, com consequente impacto nas tarifas.

- e) *Item 62 da Nota Técnica: Assim deve-se questionar quão válidas são tais suposições e, na medida em que se as considerem válidas, quão razoável seria exigir que o acionista controlador já realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital?*

Entende-se como não adequado essa exigência sob pena de diminuição da competitividade entre agentes. Não é razoável solicitar a criação de SPE com a realização de aporte para integralização de capital para só então permitir a competição do agente no processo.

- f) *Item 66 da Nota Técnica: Na medida em que se compreenda como desnecessário o aporte do capital na sociedade que receberá a delegação, questiona-se então 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?*

De fato, entende-se como desnecessário essa exigência, sob pena de diminuição da competitividade entre agentes. Não é razoável solicitar a criação de SPE com a realização de aporte para integralização de capital para só então permitir a competição do agente no processo.

Garantias comumente utilizadas em certames anteriores, tais como, seguro garantia, garantia de fiel cumprimento, são adequadas para garantir que eventuais multas editalícias sejam pagas, caso se faça necessário.

- g) *Item 67 da Nota Técnica: 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?*

Inicialmente, destaca-se que “tais garantias” estão relacionadas ao seguinte contexto:

*66. Na medida em que se compreenda como desnecessário o aporte do capital na sociedade que receberá a delegação, questiona-se então 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?*

Assim sendo, destaca-se que existem vários tipos de garantias que podem ser pensadas para utilização neste caso, algumas inclusive sem a necessidade de aderência do acionista controlador ao contrato de concessão: seguro garantia, aval, contrato de fiança, ESA, seguro corporativo, etc.

Via de regra, o benefício de ordem é a medida que se impõe, de modo que nada tiver previsto no edital, não nos parece possível executar as garantias sem observar essa questão, todavia, é possível prever a renúncia a esse benefício. Já a desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina, demandaria a comprovação, por meio do devido processo legal, de fraude ou abuso de direito da SPE para ocorrer, de modo que não poderia ser algo com previsão automática no Edital de Leilão.

Já no que diz respeito à assinatura do acionista controlador como interveniente-anuente, tem-se que a sua obrigação estará adstrita às previsões contratuais, editalícias e das eventuais garantias por ele estabelecidas. Se estes documentos nada atribuírem ao acionista-controlador, entende-se que a sua assinatura como interveniente não deverá acarretar maiores consequências jurídicas automáticas.

Por fim, tem-se que uma maneira de viabilizar a vinculação do acionista controlador nos leilões de geração em que não há a assinatura de contratos de concessão, é a exigência de garantias corporativas, em que o controlador se obrigue subsidiariamente às obrigações da SPE.

#### 4. CONCLUSÃO

Á luz das dúvidas relacionadas na Nota Técnica, é pertinente que a criação de SPEs quando da realização de leilão ocorra:

- De forma obrigatória ou não: é importante que o regulador deixe no mínimo como opcional a criação da SPE, ou seja, não cesse a possibilidade de criação de SPE pelos vencedores do Leilão à posteriori. Essa condição é importante para manter o nível de competição entre os agentes acirrado, pois possibilita à todas as empresas, a depender do projeto, participação sob regime de tributação presumido.
- Com possibilidade de comprovação de PL pelas acionistas da SPE: é importante que as acionistas da SPE já criada ou que será criada após resultado do Leilão possam comprovar o PL mínimo por meio de seus respectivos balanços. Para melhor conforto do regulador, sugere-se que junto com o balanço, as empresas (que serão acionistas da SPE) apresentem uma Carta de Circularização se comprometendo quanto a realização dos aportes necessários à implantação do projeto de geração objeto do leilão.