

Brasília, 20 de junho de 2022.

Ao Senhor

ANDRÉ RUELLI

Superintendente de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública

Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

SGAN - Quadra 603 - Módulo J

70830-110 - Brasília - DF

C/C

ANDRÉ PATRUS AYRES PIMENTA

Gerente Executivo da Secretaria Executiva de Leilões

Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

Assunto: Contribuições para a Tomada de Subsídios ANEEL nº 06/2022 – Aprimoramento das regras relativas à participação, à possibilidade e/ou à exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico – SPEs nos leilões de geração e transmissão.

Processo: 48500.002854/2022-30

Prezado Senhor,

A **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERAÇÃO DE ENERGIA LIMPA (“ABRAGEL”)**, representante de 290 (duzentos e noventa) agentes titulares de Pequenas Centrais Hidrelétricas (“PCH”), Centrais Geradoras Hidrelétricas (“CGH”) e Usinas Hidrelétricas de até 50 MW (“UHE”), que atuam como os principais agentes de geração de energia elétrica neste segmento em todo Brasil, vem, respeitosamente, apresentar contribuições à Tomada de Subsídios nº 06/2022 (“TS 06/2022”), que visa obtenção de subsídios para aprimorar as regras relativas à participação, à possibilidade e/ou à exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico (“SPE”) nos leilões setoriais, conforme estabelecido na Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL (“NT 18/2022”).

Basicamente, a TS 06/2022 é motivada pelas atuais disposições dos editais de leilões de geração e transmissão, que acabam gerando debates quanto: (i) à caracterização das proponentes como SPE para possibilitar a comprovação do patrimônio líquido mínimo pelas respectivas sociedades controladoras diretas; e (ii) à caracterização das sociedades constituídas pelos proponentes obrigados e/ou facultados a tanto como SPE.

Assim, a ANEEL solicita respostas aos questionamentos citados nos parágrafos 57, 62, 66, 67 e 68 da NT 18/2022, que seguem, abaixo, transcritos e respondidos conforme o entendimento da ABRAGEL:

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?

A SPE, apesar de inexistir Lei que a regule, é considerada pessoa jurídica que possui objeto social específico e delimitado.

Outrossim, por não ser considerada um novo tipo societário, a SPE deve adotar um dos tipos societários existentes em lei – usualmente constituídas como sociedades limitadas ou anônimas –, devendo-se observar as prerrogativas de cada um deles. Justamente por isso, a Instrução Normativa nº 81/2020 do Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”), vide Anexos III, IV e V estabelecem que “[o] fato de a [sociedade] caracterizar-se como **Sociedade de Propósito Específico** não altera a análise pela Junta Comercial para fins de registro, que **ficará adstrita aos aspectos formais aplicáveis ao tipo societário de que trata este Manual**” (item 9 da Seção I).

Considerando o que dispõe o DREI e a inexistência de dispositivo legal que defina o que é SPE; que vede a modificação da classificação das sociedades como SPE; que vede a participação da SPE em outras sociedades; ou mesmo que vede a prorrogação indefinida de seu prazo de duração; as juntas comerciais atualmente têm admitido a alteração do nome empresarial, do objeto social e do prazo de duração da SPE, permitindo, inclusive, que tais sociedades deixem de atuar para a realização de um propósito específico. Desse modo, nota-se que as juntas comerciais, em atendimento ao que preconiza o próprio DREI, não adotam interpretação estrita sobre SPE, tal como apresentado na NT 18/2022, mas, sim, interpretação ampla.

Portanto, entende-se que a interpretação sobre o conceito de SPE deve ser ampla, aderente à ausência de legislação sobre o tema, ao que preconiza o DREI, e, por consequência, à prática das juntas comerciais.

Além disso, entende-se que não deve haver definição sobre SPE nos editais de leilões de geração. Isso porque, em termos práticos, a inclusão da exigência para que os proponentes se constituíam exclusivamente sob a forma de SPE para participação nos leilões somente promoverá maiores burocracias e custos operacionais aos interessados, sem benefícios relevantes que justifiquem a imputação de mais esse ônus, especialmente ao considerar que estes agentes proponentes estão buscando justamente viabilidade econômico-financeira para implementação de seus projetos.

2. 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?

Não faz sentido se incluir nos editais dos leilões de geração a exigência de constituição de SPE como requisito para um projeto participar de leilão, uma vez que o procedimento vigente, no entendimento da ABRAGEL, funciona de modo adequado e, por essa razão, deve ser mantido.

A segurança do processo atual é atestada pelo forte arcabouço regulatório existente, pelas garantias financeiras exigidas tanto para participação nos certames quanto para implantação dos empreendimentos, assim como pela rígida fiscalização dos cronogramas e penalidades aplicadas aos agentes que descumprirem as obrigações exigidas no edital. A título de exemplo, cita-se o segmento de geração hidrelétrica, no qual as empresas desenvolvedoras dos projetos, visando sua participação nos leilões, precisam obter a licença ambiental prévia (“LP”), a declaração de reserva de disponibilidade hídrica (“DRDH”), o acesso à conexão, dentre outros documentos que se fazem necessários para seu cadastramento e habilitação nos leilões.

Outrossim, a exigência quanto a constituição de SPEs para participação nos leilões de geração acabaria por desconsiderar diversos *players* que hoje executam serviços delegados mediante sociedades não personificadas, tal como as sociedades em conta de participação ou consórcios, o que, por consequência, resultaria na diminuição da competitividade dos participantes dos leilões.

Note-se, ainda, que na maioria dos casos esses projetos de geração estão sob a gestão de *holdings*, de consórcios, ou de Fundos de Investimento em Participação (“FIP’s”) que sempre devem atender a exigências técnicas, jurídicas e financeiras que, muitas vezes, superam as que uma SPE estaria submetida, evidenciando-se que a prematura estruturação e classificação da sociedade como SPE não acarretaria maiores seguranças ao Poder Concedente.

Ademais, sem prejuízo de interessados escolherem se constituir como SPE para participação em leilão de geração (caso compatível com o modelo de negócios), o vencedor do certame, que tem certeza quanto a comercialização da energia, pode, desde que respeitado o que preconiza o edital do leilão, optar por constituir uma SPE para realização do serviço delegado. Nesse caso, a estruturação da sociedade seria consequência do resultado do leilão, motivo pelo qual estaria devidamente adaptada à estrutura de capital prevista para a implantação do empreendimento.

Contudo, a exigência para que os proponentes nos leilões de geração estejam constituídos sob formato de SPE implicaria impor a estes agentes estruturação societária muitas vezes não aderente ao modelo de negócios, majoração de custos e redução da competitividade.

Não apenas isso, tal exigência vai de encontro aos princípios¹ estabelecidos pela Lei 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica” ou “Lei”), quais sejam: i) a liberdade como garantia no exercício das atividades econômicas; (ii) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas; (iii) a presunção de boa fé do particular perante o poder público; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Ademais, a Lei expressamente dispõe que:

“Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação

¹ Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, **evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:**

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

*IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou **modelos de negócios**, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;*

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;”

Portanto, na medida em que não existe previsão legal ou regulatória expressa de que os proponentes dos leilões de geração devam ser constituídos sob a modalidade de SPE, a inauguração desta exigência por meio dos editais dos leilões, além de não produzir efeitos benéficos ao processo (ao contrário), ainda fere o que preconiza a Lei 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”).

Pelo exposto, a ABRAGEL entende que a constituição de SPE como requisito para participar dos leilões de geração deve ser tal como é hoje, ou seja, uma faculdade empresarial de cada agente, levando-se em consideração suas particularidades, e não um requisito obrigatório. Ademais, a Associação entende que o atual processo está adequado e não necessitaria de correções neste sentido.

3. 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?

Sim, é adequado e razoável que o patrimônio líquido mínimo dos vencedores dos leilões possa ser comprovado por meio dos balanços patrimoniais de seus controladores, uma vez que, ainda que de forma indireta, todos os componentes do grupo empresarial acabam por contribuir para a robustez econômico-financeira da sociedade participante do certame, porquanto o resultado positivo desta impacta positivamente também no resultado global, sendo o patrimônio líquido apenas um dos indicadores envolvidos em sua apuração.

Ressalta-se, ainda, que a exigência de criação de SPEs para participação nos leilões de geração, em conjunto com a impossibilidade de utilização dos balanços patrimoniais do grupo de controle do proponente, importaria injustificável ingerência do Poder Concedente sobre a atividade econômica privada, o que poderia levar à formação de estruturas de capital ineficientes e mais onerosas, podendo causar impacto negativo nos preços de venda de energia ofertados nos leilões. Isso ocorre porque eventual antecipação de aporte dos recursos financeiros na SPE em momento precoce implicaria na necessidade de se remunerar esses recursos empregados, o que, por óbvias razões, deveria ser precificado nos certames.

Logo, justamente para que seja garantida a competitividade nos leilões de geração, deve-se permitir que os vencedores tenham liberdade para definir seus arranjos societários e comprovar sua capacidade econômico-financeira mínima exigida mediante a utilização dos balanços patrimoniais de seus controladores diretos e/ou indiretos - em boa parte dos casos já constituídos há tempos e com histórico no mercado conhecido pela ANEEL -, evitando-se a imposição de estruturas societárias, o que, repisa-se, foge ao escopo de atuação do regulador e fere o que preconiza a Lei de Liberdade Econômica.

4. 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?

Sim, é adequado. Se, respeitado o que preconiza o edital do leilão, a opção do vencedor for constituir nova sociedade para execução do serviço delegado, a ABRAGEL entende que não há razão para se exigir que o patrimônio líquido desta nova sociedade seja idêntico ao já demonstrado anteriormente com base balanços da sociedade vencedora ou de seus controladores. Isso porque a capacidade financeira do grupo empresarial já estaria demonstrada.

5. Deve-se questionar quão válidas são tais suposições² 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?

Conforme disposto nos itens acima, a ABRAGEL entende que não há razoabilidade em se exigir a criação de SPE para participar do certame, tampouco o aporte precoce e extemporâneo de parte dos recursos de capital necessários à implantação dos ativos, especialmente porque o interessado pode não se sagrar vencedor do leilão. Entendemos que as sociedades participantes dos leilões de geração devem ter liberdade para se organizarem na configuração societária que melhor atender aos seus interesses e estratégias empresariais - dentre elas a de estruturação do capital -, sem prejuízo da demonstração de capacidade financeira para cumprir com suas obrigações.

Ademais, a ABRAGEL entende que os vencedores dos leilões devem ter a possibilidade de comprovar o patrimônio líquido mínimo exigido mediante a utilização dos balanços patrimoniais de seus controladores ou do conjunto de balanços patrimoniais das sociedades integrantes dos consórcios

² 60. Entende-se que a possibilidade de se aceitar a comprovação do patrimônio líquido mínimo com o uso de balanços patrimoniais de sociedades controladoras diretas fundamenta-se na compreensão de que, uma vez comprovada a capacidade financeira do acionista controlador e figurando este como interveniente-anuente no contrato (o que não ocorre na maioria dos casos nos leilões de geração), certamente atuará para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital na sociedade controlada.

⁶¹ Já a possibilidade de constituição de SPE para receber a delegação fundamenta-se em suposição semelhante: a de que não há qualquer problema em se delegar investimentos milionários (por vezes, bilionários) para sociedades com capital social de poucas centenas ou milhares de reais, haja vista que o acionista controlador deverá atuar para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital.

participantes, na proporção da participação dos consorciados, de modo a ampliar a sua competitividade e, por conseguinte, contribuir para a modicidade tarifária.

Partindo-se destas premissas, a ABRAGEL entende que não ser razoável, tampouco viável, a exigência de que o controlador realize aportes de capital na sociedade participante do edital de modo precoce, com vistas exclusivamente à sua habilitação para os leilões.

6. 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?

Atualmente já existe a exigência de aporte de garantia tanto para participar dos certames quanto de fiel cumprimento para garantir sua implantação. Com isso, entende-se por desnecessária a criação de novas exigências de garantia semelhantes, que se prestariam ao mesmo fim e resultariam no desnecessário aumento de custos para os geradores com reflexos na sua competitividade e preços praticados nos leilões. Compreensão diferente desta implicaria dupla garantia com mesma finalidade sem qualquer justificativa, o que seria ineficiente.

7. 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?

Considerando a existência da exigência de aporte de garantia para que os proponentes participem dos leilões, bem como a garantia de fiel cumprimento visando assegurar a implantação dos empreendimentos, não há que se falar em formas de garantia adicionais a serem prestadas por parte das sociedades proponentes, e sob nenhuma forma, da oneração de seus controladores. Afinal, repese-se, entendimento diferente deste implicaria dupla garantia com mesma finalidade sem qualquer justificativa, o que seria ineficiente.

Deste modo, não havendo oneração dos controladores das sociedades proponentes, não há que se falar em benefício de ordem no momento da execução das garantias. Além disso, não cabe a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica no caso de excussão das garantias, dado que o instituto, conforme prevê o art. 50³ do Código Civil, só pode ser aplicado nas situações em que houver

³ Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade da sociedade ou pela confusão de seu patrimônio com o de seus sócios.

Sendo assim, a ABRAGEL entende que devem ser mantidos os processos atualmente observados para a emissão de atos autorizativos, bem como os relacionados à elaboração dos contratos de compra e venda de energia e à sua assinatura.

8. 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?

Conforme já citado nos itens anteriores, a exigência de especificidade do objeto social da sociedade proponente vai de encontro com o que preconiza a Lei da Liberdade Econômica com os princípios observados pelo DREI aplicáveis à SPE e, como já dito, com a consequente prática das juntas comerciais, que têm admitido a alteração do nome empresarial, do objeto social e do prazo de duração da SPE, permitindo, inclusive, que tais sociedades deixem de atuar para a realização de um propósito específico.

Desse modo, a ABRAGEL reafirma sua discordância a qualquer tipo de restrição que possa ser imposta às sociedades participantes dos leilões de geração, por entender que tais inovações não trarão quaisquer contribuições positivas e mais seguras com relação às atuais regras e condições previstas nos editais dos leilões de geração.

Sendo o que tínhamos para o momento, e certos da sua boa acolhida com o presente pleito, despedimo-nos, reiterando nossos préstimos de elevada estima e distinta consideração.

Cordialmente,



Charles Lenzi

Presidente Executivo

Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa – ABRAGEL