



SENADO FEDERAL
Consultoria Legislativa

NOTA INFORMATIVA Nº 3.497, DE 2017

Referente à STC nº 2017-10514, pela qual o Presidente da Comissão de Serviços de Infraestrutura, Senador EDUARDO BRAGA, em caráter de urgência, solicita análise de constitucionalidade dos instrumentos utilizados para regulamentação de matérias relacionadas à concessões dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, na forma dos Decretos nºs 9.187 e 9.192, de 1º de novembro de 2017.

O Presidente da Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), Excelentíssimo Senador EDUARDO BRAGA, em reunião realizada na data de 7 de novembro de 2017, solicitou à Consultoria Legislativa, em caráter de urgência, a análise dos Decretos nºs 9.187 e 9.188, ambos de 1º de novembro de 2017, e 9.192, de 6 de novembro de 2017, sob aspectos técnicos e de constitucionalidade.

Essa nota informativa abordará a avaliação do Decreto nº 9.187, de 2017, relativa à prorrogação das concessões de geração de energia termelétrica, e do Decreto nº 9.192, de 2017, que dispõe sobre a licitação de concessões de distribuição e de transmissão associadas à transferência de controle de pessoa jurídica prestadora de serviço público de energia elétrica.

No que concerne ao Decreto nº 9.188, de 2017, sobre a venda de ativos das sociedades de economia mista federais, será objeto de nota informativa em separado, dado não tratar somente do setor elétrico, como nos casos supracitados.

Vale relevar que o exíguo prazo de elaboração não permite aprofundar adequadamente a análise a que se destina, mas permite, desde já, trazer luz ao assunto de interesse da CI.

A) Do Decreto nº 9.187, de 1º de novembro de 2017

O referido decreto visa regulamentar o art. 5º da Lei nº 12.873, de 11 de janeiro de 2013, resultante da conversão da Medida Provisória (MPV) nº 579, de 11 de setembro de 2012.

Em relação ao texto proposto na MPV, o Projeto de Lei de Conversão resultante da votação em ambas as Casas Legislativas, não trouxe alteração de mérito, mas apenas adequação à técnica legislativa. Trata-se, basicamente, da autorização para prorrogação das concessões de Usina Termelétrica (UTE) pelo prazo de até vinte anos, podendo ser contratada sob a modalidade de energia de reserva, *in verbis*:

Art. 5º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia termelétrica poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 20 (vinte) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a segurança do sistema.

§ 1º A prorrogação de que trata o *caput* deverá ser requerida pela concessionária com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) meses do termo final do respectivo contrato de concessão ou ato de outorga.

§ 2º A partir da decisão do poder concedente pela prorrogação, a concessionária deverá assinar o contrato de concessão ou o termo aditivo no prazo de até 90 (noventa) dias contado da convocação.

§ 3º O descumprimento do prazo de que trata o § 2º implicará a impossibilidade da prorrogação da concessão, a qualquer tempo.

§ 4º A critério do poder concedente, as concessões de geração prorrogadas nos termos deste artigo poderão ser diretamente contratadas como energia de reserva.

Majoritariamente, as UTE's são regidas por autorização, que vige por prazo indeterminado, e podem participar de leilões específicos para a venda de energia.

Todavia, existem seis contratos de concessão desse tipo e que não são representativos em termos de capacidade instalada quando comparados ao parque gerador termelétrico disponível. São eles:

1. Contrato de Concessão de Geração nº 01/2008. Baixada Santista Energia (UTE Piratininga).
2. Contrato de Concessão de Geração nº 67/2000. CGTEE (UTE's Presidente Médici, Nutepa e São Jerônimo).
3. Contrato de Concessão de Geração nº 65/1999. CEB Geração (UTE Brasília).
4. Contrato de Concessão de Geração nº 45/1999. COPEL (UTE Figueira).
5. Contrato de Concessão de Geração nº 181/1998. CELPA (UTE's Anajás, Aveiro, Bagre, Banach, Barreira do Campo, Chaves, Cumaru do Norte, Jacareacanga, Melgaço, Nova Esperança do Piriá, Novo Progresso, Santa Cruz do Arari, Santana do Araguaia e Santa Maria das Barreiras).

6. Contrato de Concessão de Geração nº 15/1997. CPFL (UTE Carioba).

A regulamentação efetuada pelo Decreto em epígrafe se aplica tanto para prorrogação quanto extinção das concessões de geração termelétrica.

A despeito de constar que serão aplicados fatores de continuidade, de eficiência e de custo na análise da prorrogação, a autorização legal de que trata o art. 5º da Lei nº 12.783, de 2013, deixa espaço para discricionariedade de sua aplicação pelo Poder Executivo, não protegendo adequadamente os consumidores caso haja cooptação do ente regulador pelas concessionárias.

Além disso, há prazos de manifestação e de operacionalização que são distintos entre o decreto e os contratos vigentes, o que pode, a depender do caso, causar a judicialização do processo de prorrogação.

É importante relevar que tais unidades de geração termelétrica, para que possam ser prorrogadas e contratadas diretamente na modalidade de energia de reserva, devem ter custo compatível com os atuais contratos, conforme o art. 4º abaixo transcrito:

Art. 4º A critério do poder concedente, as concessões prorrogadas nos termos deste Decreto poderão ser diretamente contratadas como energia de reserva, considerados:

I – a análise de custo da contratação da usina como energia de reserva, realizada a partir dos parâmetros técnicos da usina, do Custo Variável Unitário – CVU e da metodologia de cálculo do Índice de Custo Benefício – ICB a ser desenvolvida pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE;

II – o cálculo da tarifa realizado pela ANEEL, considerados os custos de operação e manutenção, a remuneração da concessionária, o pagamento pelo uso dos sistemas de transmissão e distribuição, os

encargos, os tributos e, quando aplicável, a remuneração dos investimentos não depreciados ou amortizados; e

III – a necessidade de contratação da central geradora para assegurar a segurança de fornecimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional – SIN, conforme deliberação do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, observados os estudos da EPE.

Parágrafo único. O poder concedente definirá as tarifas relativas à contratação de que trata o caput a partir dos cálculos realizados pela ANEEL e estabelecerá as condições econômico-financeiras para contratação.

Dessa forma, caso não se adequem a critérios de custo e de eficiência, tais usinas não poderão utilizar-se do mecanismo de energia de reserva.

Quanto à constitucionalidade da prorrogação dessas outorgas, há controvérsias sobre o tema.

Há diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que se aponta a impossibilidade da prorrogação de contratos de permissão ou concessão de serviço público sem licitação, em razão da violação da regra prevista no art. 175, *caput*, da Constituição Federal. Como exemplo:

Ademais, o STJ possui firme entendimento de que as prorrogações dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos sob a vigência das Lei 8.666/1993 e 8.987/1995 devem ser precedidas de licitação. (AgRg-AREsp 356.153, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05/08/2014)

A prorrogação do contrato de permissão por longo prazo, fundamentada na necessidade de se organizar o procedimento licitatório, não pode ser acolhida para justificar a prorrogação efetuada, visto que tratam de suposto direito econômico das empresas que não podem se sobrepor ao preceito constitucional que obriga a licitar e visa garantir e resguardar o interesse público da contratação precedida de licitação. (AgRg-AREsp 481.094, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/05/2014)

Entretanto, há bons argumentos para que se questionar essa posição.

O próprio inciso I do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal aponta para a possibilidade de a lei disciplinar as condições em que haverá a prorrogação dos contratos de concessão e permissão. Saliente-se que a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 23, inciso XII, estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão ou permissão a que estabelece as condições para sua prorrogação. No caso do Decreto nº 9.187, de 2017, há previsão expressa no art. 5º da Lei nº 12.783, de 2013, sobre a possibilidade de prorrogação das concessões condicionadas à continuidade, segurança e eficiência do serviço.

Além disso, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público de um lado, e, de outro lado, o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro, em alguns casos a forma mais adequada e eficiente de solucionar problemas de execução contratual é pela efetiva prorrogação. Isso permite a amortização de investimentos e manutenção da modicidade tarifária do respectivo serviço público. Nesse sentido:

Apesar da orientação do STJ, reputa-se que a prorrogação pode ser praticada com fundamento nos princípios da intangibilidade da equação econômico-financeira da outorga e da modicidade tarifária. Se a prorrogação não for admitida, então caberá assegurar ou a indenização ao particular mediante o pagamento em espécie ou a elevação das tarifas. (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 821)

B) Do Decreto nº 9.192, de 6 de novembro de 2017

O referido decreto visa a regulamentar modificações introduzidas na Lei nº 12.873, de 2013, pela Lei nº 13.360, de 17 de

novembro de 2016, resultante da conversão da MPV nº 735, de 22 de junho de 2016.

Entre os itens polêmicos, está a previsão de a União poder licitar o controle acionário de pessoa jurídica prestadora de serviço, sob seu controle direto ou indireto, associado à outorga de contrato de concessão ao novo controlador por 30 anos.

Esse mecanismo foi proposto na discussão da MPV pelo Congresso Nacional sob o intuito de permitir à União a venda das concessionárias de distribuição de energia elétrica sob controle da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), mas de forma a permitir ao adquirente a concessão de distribuição na área de atuação da concessionária. Além disso, foi aberta a possibilidade de concessionária sob controle de Estado ser licitada na mesma modalidade.

Em geral, são concessionárias com dificuldades de manter o serviço de distribuição e a venda apenas da pessoa jurídica inviabilizaria a manutenção da concessão.

Um ponto sensível é a falta de clareza sobre se as licitações em questão deverão ser realizadas sob a tutela do Programa Nacional de Desestatização (PND), nos termos da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Embora o Decreto não mencione expressamente a Lei do PND, trata-se da alienação de empresas estatais que, no caso do plano federal, em princípio são regidas por essa Lei. Assim como no PND, não há previsão de participação do Congresso Nacional nesse processo administrativo.

Além disso, a lei permitiu à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) flexibilizar a prestação de serviço nos cinco primeiros

anos de forma que o novo concessionário tenha tempo para promover as alterações necessárias para a adequada prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

Trata-se, em sentido amplo, de tornar competitiva a venda dos ativos de distribuição da Eletrobras.

Do ponto de vista da constitucionalidade, o Decreto nº 9.192, de 2017, estabelece regras sobre o procedimento de licitação a ser seguido no caso de alienação do controle de concessionárias de serviço de transmissão e distribuição de energia elétrica. Trata-se de possibilidade fundada na Lei nº 12.783, de 2013, que permite a alienação da empresa estatal responsável pelo serviço público juntamente com o direito de explorar a concessão respectiva.

Ao se examinar os dispositivos do Decreto nº 9.192, de 2017, verifica-se que apenas determinam procedimentos administrativos para licitação da alienação desses ativos, utilizando critérios de julgamento e exigências já previstas na legislação ordinária. Desse modo, não inovam o regime jurídico legal previsto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, afastando-se, preliminarmente, argumentos por sua inconstitucionalidade.

Considerações finais

Dentro da discricionariedade que a legislação delegou ao Poder Executivo, em análise concisa, não se vislumbra lacuna técnica para aplicação da finalidade que o legislador propôs.

A incorporação de critérios de custo e de eficiência na prorrogação dos contratos de concessão de UTE's, sob forma de contratos de energia de reserva, incentiva a manutenção apenas da geração térmica com preço competitivo. Contudo, o tema permanece controverso, na medida em que permite a prorrogação sem licitação.

Sendo essas as informações a prestar em caráter de urgência, permanece esta Consultoria Legislativa à disposição para eventuais esclarecimentos necessários.

Consultoria Legislativa, 8 de novembro de 2017.

Israel Lacerda de Araujo
Consultor Legislativo

Victor Marcel Pinheiro
Consultor Legislativo