

**Prorrogação de Concessões -
Geração e Distribuição de Energia Elétrica**

Isabel Lustosa

22.09.2008

NÃO HÁ UMA ÚNICA REGRA PARA A PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES

✓ Tratamento específico para cada uma das seguintes hipóteses:

- “Novíssimas” concessões de geração, outorgadas após a publicação da MP 144/03, *i.e.* 11.12.03;
- “Novas” concessões, outorgadas após a publicação da Lei nº 9.074/95, *i.e.* 09.07.95 e anteriormente à publicação da MP 144/03, *i.e.* 11.12.03;
- Concessões outorgadas simultaneamente à privatização (Lei nº 9.074/95, arts. 27 e 28) sem reversão prévia dos bens vinculados ao serviço;
- Concessões “antigas”, outorgadas previamente à publicação da Lei nº 8.987/95, *i.e.* 13.02.95;
- Concessões de uso de bem público para geração de energia enquadrável como “energia botox”, decorrentes de leilões de compra de energia proveniente de novos empreendimentos promovidos de 2005 a 2007 (art. 17 da Lei nº 10.848/04 e Decreto no. 5.911/06)

PRORROGAÇÃO DAS “NOVÍSSIMAS” CONCESSÕES DE GERAÇÃO

(Outorga pós 11.12.03 - MP 144/03)

- ✓ **Não há previsão legal de prorrogação:**
 - Lei nº 9.074/95, art. 4º, §9º, apenas prevê a outorga pelo prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 anos;
 - Conseqüentemente, a possibilidade de prorrogação não é prevista nos contratos de concessão.
 - ➔ Caso da UHE Santo Antônio.
- ✓ **Futura prorrogação das “novíssimas” concessões de geração:** fica condicionada à eventual alteração da legislação vigente para que se preveja essa possibilidade.
 - Na ausência de previsão legal, ao término do prazo das concessões, bens a elas vinculados reverterão ao poder concedente, mediante indenização ao concessionário.
- ✓ **Problemas surgirão apenas no longo prazo:** expiração do prazo das “novíssimas” concessões de geração apenas se verificará a partir de 2038.

PRORROGAÇÃO DAS “NOVAS” CONCESSÕES

(Outorga pós 09.07.95 - Lei n° 9.074/95 e pré 11.12.03 - MP 144/03)

✓ **Previsão legal**: Lei n.º 9.074/95, art. 4º, §§2º e 3º.

- Normas também abrangem as novas concessões outorgadas simultaneamente à privatização.
 - ➔ Exs: COELBA, ELETROPAULO e LIGHT.
- Prazos máximos da prorrogação

{	➔ <u>Distribuição</u> : 30 anos;
	➔ <u>Geração</u> : 20 anos.
- Prorrogação não é automática: deve ser requerida pela concessionária.
 - ➔ Prazo para requerimento: 36 meses antes do termo final da concessão;
 - ➔ Prazo para manifestação do Poder Concedente: 18 meses antes do termo final da concessão;
 - ➔ Documentos a serem apresentados pela concessionária: previsão nos respectivos contratos *e.g.* comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e compromissos e encargos do setor elétrico.

PRORROGAÇÃO DAS“NOVAS” CONCESSÕES

(Outorga pós 09.07.95 - Lei n° 9.074/95 e pré 11.12.03 - MP 144/03)(cont.)

✓ **Onerosidade da prorrogação:** Lei n.º 9.074/95, art. 4º, §1º.

- Possibilidade de a prorrogação se dar a título oneroso (direito-dever do poder concedente);
- Ausência de normas específicas sobre a matéria;
- Possibilidades:
 - ➔ Geração: pagamento pelo uso de bem público (UBP) e/ou imposição de novos deveres e obrigações à concessionária e/ou criação de nova taxa/encargo;
 - ➔ Distribuição: criação de taxa/encargo similar à RGR ou UBP e/ou imposição de novos deveres e obrigações à concessionária.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES “ANTIGAS”

(Outorga pré 13.02.95 - Lei nº 8.987/95)

- ✓ **Tratamento distinto conforme se trate de concessões “antigas”:**
 - Não prorrogadas anteriormente; ou
 - Já prorrogadas anteriormente

- ✓ **Concessões não prorrogadas anteriormente:** ainda podem ser prorrogadas uma vez.

- ✓ **Concessões já prorrogadas anteriormente:** não poderão ser objeto de nova prorrogação.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES “ANTIGAS”

(Outorga pré 13.02.95 - Lei nº 8.987/95)

CONCESSÕES NÃO PRORROGADAS ANTERIORMENTE

- ✓ **Previsão legal:** Lei n.º 9.074/95, arts. 19 a 25 e Decreto nº 1.717/95.
- Prazos máximos da prorrogação:
 - ➔ Distribuição: 20 anos a contar de 07.07.95 ou prazo remanescente da concessão (em 13.02.95), o que for maior;
 - ➔ Geração (concessão outorgada sem licitação anteriormente à CF/88 ou com obras atrasadas, arts. 43, par. ún. e 44 da Lei nº 8.987/95): até 35 anos;
 - ➔ Geração (demais casos): até 20 anos.
- Prorrogação:
 - ➔ Não é automática: deve ser requerida em até 6 meses antes do termo final da concessão (prazos maiores podem constar dos instrumentos de outorga). Poder Concedente deve se manifestar em 90 dias.
 - ➔ Necessidade de apresentação dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e compromissos e encargos do setor elétrico.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES “ANTIGAS”

(Outorga pré 13.02.95 - Lei nº 8.987/95)

CONCESSÕES AINDA NÃO PRORROGADAS (cont.)

✓ **Alternativas suscitadas pela ANEEL e submetidas ao MME** (quando da análise de prorrogação de usinas da CEMIG):

➤ Quanto à prorrogação em si:

- ➔ Prorrogação das concessões pelo prazo de 20 anos indistintamente, contado da data da expiração de cada uma das outorgas;
- ➔ Prorrogação das concessões pelo prazo estimado para a depreciação dos ativos reversíveis, limitado a 20 anos; ou
- ➔ Não prorrogação (total ou parcial) das concessões com a reversão dos ativos à União para que esses sejam re-licitados.

➤ Quanto à onerosidade da prorrogação:

- ➔ Destinação obrigatória da energia assegurada das usinas com prazos prorrogados ao ACR (pós vigência dos CCEARs);
- ➔ Cobrança da UBP.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES “ANTIGAS”

(Outorga pré 13.02.95 - Lei nº 8.987/95)

CONCESSÕES NÃO PRORROGADAS ANTERIORMENTE (cont.)

✓ **O que vem ocorrendo na prática:**

- Prorrogações das concessões antigas vêm sendo deferidas a título gratuito (todas as prorrogações recentes, inclusive usinas da CEMIG e CESP - Eng. Sérgio Motta - Porto Primavera);
- Exceção: concessão outorgada à CBA, prorrogada a título oneroso, em 2004 (determinação de pagamento do UBP).
- ➔ Essa também foi a única prorrogação de concessão outorgada a um ente privado (todas as demais prorrogações haviam sido pleiteadas por entes da administração pública).

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES “ANTIGAS”

(Outorga pré 13.02.95 - Lei nº 8.987/95)

CONCESSÕES JÁ PRORROGADAS UMA VEZ

✓ **Não há previsão legal para nova prorrogação:**

➤ Normas também abrangem as concessões prorrogadas simultaneamente à privatização.

✓ **Revogação expressa do art. 27 da Lei nº 9.427/96 pela Lei nº 10.848/04:**
eliminou a possibilidade de prorrogação desse tipo de concessão.

➤ Redação do dispositivo revogado:

“Art. 27. Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeira”.

➤ Na ausência de previsão legal, ao término do prazo das concessões, bens a elas vinculados reverterão ao poder concedente, mediante indenização ao concessionário.

➔ Caso das UHEs Ilha Solteira, Jupia, Jaguari e Paraibuna da CESP.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES ABRANGIDAS PELO ART. 17 DA LEI Nº 10.848/04 (“ENERGIA BOTOX”)

- ✓ **Tratamento normativo específico:** Decreto nº 5.911/06.
- ✓ **Concessões passíveis de prorrogação nos termos do Decreto nº 5.911/06:**
 - Na prática, apenas concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica enquadráveis como “botox” e que tenham CCEARs decorrentes dos leilões de compra de energia provenientes de novos empreendimentos de geração promovidos nos anos de 2005 a 2007 (art. 2º do Decreto nº 5.911/06).
- ✓ **Prazo:** limitação ao prazo de comercialização previsto no respectivo CCEAR.
 - Prorrogação apenas poderá ocorrer uma única vez;
 - Concessionária deve requerer aditamento ao contrato de concessão de uso de bem público até 90 dias:
 - ➔ Após a edição do Decreto nº 5.911/06; OU
 - ➔ Após a celebração dos correspondentes CCEARs.

PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES ABRANGIDAS PELO ART. 17 DA LEI N° 10.848/04 (cont.)

✓ **Condições para a prorrogação:**

- Destinação pelo empreendimento de, no mínimo, 60% da respectiva energia assegurada para o ACR;
- Cumprimento das cláusulas contratuais de prestação dos serviços de acordo com a legislação e regulamentação vigentes.

✓ **Onerosidade da prorrogação:**

- Não há previsão de pagamento de encargo específico, mas tão-somente a obrigatoriedade de destinação de percentual da energia assegurada para o ACR.

PRORROGAÇÃO: HÁ DISCRICIONARIEDADE DO PODER CONCEDENTE OU DIREITO SUBJETIVO DA CONCESSIONÁRIA?

- ✓ **Lei nº 9.074/1995**: Prorrogação será “a critério do Poder Concedente”.
- Portanto para a prorrogação da concessão, é necessário:
 - ➔ De um lado, a demonstração do cumprimento de todas as condições objetivas para a prorrogação da concessão (*e.g.* requerimento no prazo, documentação necessária, comprovação da obediência às normas aplicáveis ao setor elétrico); e
 - ➔ De outro lado: que haja uma avaliação do Poder Concedente quanto à conveniência e oportunidade da prorrogação tendo em vista o interesse público (juízo discricionário).
- Caráter discricionário da prorrogação das concessões: Poder Concedente não perde a qualidade de titular dos serviços e instalações de energia elétrica, ainda que esses sejam concedidos a particulares.
 - ➔ Evidência: serviços e instalações de energia elétrica podem ser retomados pelo Poder Concedente a qualquer tempo por motivo de interesse público (encampação).

PRORROGAÇÃO: HÁ DISCRICIONARIEDADE DO PODER CONCEDENTE OU DIREITO SUBJETIVO DA CONCESSIONÁRIA? (cont.)

- ✓ **SE** a prorrogação das concessões de energia elétrica depende de juízo discricionário do Poder Concedente;
- ✓ **ENTÃO** a prorrogação das concessões de energia elétrica não é um direito subjetivo assegurado às concessionárias.
 - Sendo a prorrogação legalmente possível e tendo o titular demonstrado o cumprimento das condições objetivas para a prorrogação, o ato que eventualmente negar a prorrogação de concessão deverá ser devidamente motivado com base no interesse público, sob pena de nulidade.
 - A demonstração, sob a ótica econômica, de que a prorrogação da concessão favoreceria a prestação do serviço adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, do ponto de vista do interesse público, dificultaria a motivação da opção do Poder Concedente pela outorga de nova concessão mediante licitação.

O “CASO CESP”

✓ O problema:

- CESP é titular de concessões “antigas”:
 - ➔ Ainda não prorrogada: concessão da UHE Três Irmãos, que expirará em 18.11.2011, passível de prorrogação por uma vez, pelo prazo de 20 anos;
 - ➔ Prorrogada recentemente: concessão da UHE Eng. Sérgio Motta - Porto Primavera, que vigorará por mais 20 anos, até 2028; e
 - ➔ Prorrogadas há anos, cujo prazo de prorrogação expirará entre 2015 e 2021: UHEs Ilha Solteira, Jupuíá, Jaguari e Paraibuna

- Concessões “antigas” já prorrogadas não são passíveis de nova prorrogação.
 - ➔ Termo final das concessões das UHEs Ilha Solteira e Jupuíá ocorrerá em breve;
 - ➔ Impossibilidade de prorrogação sob a legislação vigente não asseguraria ao novo controlador a recuperação do investimento na aquisição do controle da companhia (a menos que o preço mínimo tivesse refletido essa circunstância).

O “CASO CESP” (cont.)

- ✓ **Alternativa de que dispunha o Poder Concedente para a solução da questão:**
- Valendo-se da faculdade prevista nos arts. 27, 28 e 30 da Lei nº 9.074/95, poder-se-ia promover a privatização da CESP simultaneamente à outorga de “NOVÍSSIMA” concessão à companhia, sem efetuar a reversão prévia dos bens.
 - ➔ “Novíssima” concessão seria outorgada por meio de decreto, na modalidade produção independente, pelo prazo legal do art. 4º, §9º, da Lei nº 9.074/95 (*i.e.* 35 anos);
 - ➔ Não haveria, contudo, possibilidade de prorrogação, mas novo controlador teria prazo razoável para a amortização dos investimentos.
 - Não se trata de inovação: a mesma alternativa foi utilizada nas privatizações das demais companhias produto da segregação da antiga CESP, *i.e.* Duke e AES Tietê.

ULHÔA CANTO, REZENDE E GUERRA
ADVOGADOS

Contato:

Isabel Lustosa

Ulhôa Canto, Rezende e Guerra Advogados

ilustosa@ulhoacanto.com.br

55 11 3066 3088