

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Prorrogação das Concessões de Geração Hidrelétrica: Aplicação da Lei 12.783/13

Bruno Merlino Dal Poggetto

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.
Orientador: Prof. Mario Engler Pinto Junior
Versão de 15/09/2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

O presente projeto visa explorar o tema do vencimento das concessões de geração de energia, tendo como pano de fundo as experiências práticas das renovações das concessões realizadas a partir de 2013, com a edição da Lei 12.783, do mesmo ano.

Trata-se de questão complexa e de consequências sistêmicas para o setor elétrico, envolvendo interesses dos concessionários, do Poder Concedente e dos usuários de energia elétrica.

O tratamento do término da concessão é tema já explorado na doutrina pátria, mas sua aplicação nem sempre se conforma nos moldes teóricos, uma vez que as situações fáticas impõem abordagens distintas.

No setor elétrico, o Poder Concedente adotou a prática de prorrogar concessões como regra geral, tal como foi feito em 1995¹ e depois em 2013². Enquanto que na primeira ocasião foi realizada uma mera extensão de prazo das concessões, na segunda observamos a alteração de cláusulas fundamentais dos contratos, no que ficou conhecido como renovação da concessão, o que representa oportunidade de estudo e aprofundamento.

Assim, o principal objetivo do projeto é a identificação e sistematização dessas práticas de prorrogação de outorgas de concessão de geração de energia elétrica no Brasil, tendo como precedente as prorrogações realizadas com base na Lei 12.783/13 e seus rebatimentos jurídicos, regulatórios e setoriais.

¹ Aplicação da Lei 8.987/95 e 9.074/95, que prorrogaram por 20 anos todas as concessões de energia elétrica vencidas ou que não tinham prazo de vencimento determinado.

² Lei 12.783/13, conversão da Medida Provisória nº 579/12 – prevê nova prorrogação das concessões abarcadas pela lei 9.074/95, mediante condições.

De plano, cabe salientar que o principal objeto de análise do projeto é o tratamento do vencimento de concessões de geração de energia elétrica, não devendo compor parte do escopo as concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Ademais, o regime jurídico aplicável para as concessões de geração hidrelétrica, usualmente concessões de serviço público ou uso do bem público, é distinto das outras fontes energéticas, que costumam ser exploradas em regime de autorização. Assim, delimitamos o escopo para excluir as autorizações.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

O advento do termo contratual de concessões de serviço público e uso de bem público voltadas para a exploração de potenciais hidrelétricos deveria resultar na reversão dos bens e consequente indenização ao concessionário. A partir desse momento, o Poder Concedente deveria optar por explorar o serviço diretamente ou realizar licitação para escolha de um novo concessionário.

No entanto, observamos que no setor elétrico essa situação raramente ocorre, em função de diversos fatores, tais como a incapacidade do poder concedente em assumir o serviço diretamente, coincidência dos termos contratuais de diversas concessões em uma mesma data, concessões antigas, com regimes jurídicos obsoletos, falta de recursos para indenizar os concessionários e dificuldades de apuração de valores a serem indenizados.

Isso faz com que a solução usualmente adotada pelo Poder Concedente é a de edição de novas leis, se valendo do mecanismo de medidas provisórias, para continuamente prorrogar as concessões de geradoras hidrelétricas.

Disto resulta um dos sintomas da problemática enfrentada, que é ausência de previsibilidade para os concessionários quanto ao vencimento de suas concessões, resultando em falta de segurança jurídica e ausência de investimentos e judicialização.

Daí que se extraí o diagnóstico de que estamos diante de uma deficiência do marco legal do setor elétrico que garanta a previsibilidade quanto à possibilidade de prorrogação de concessões. A lei não estabelece parâmetros para que o Poder Concedente possa optar dentre a prorrogação e a extinção de uma concessão, tais como condições de prorrogação, critérios de avaliação técnica e econômica da concessão, obrigações e deveres do concessionário para a prorrogação e alteração em cláusulas econômicas.

A ausência desses parâmetros resulta em riscos elevados para os concessionários, pois podem se ver diante de condições econômico-financeiros desfavoráveis, e para os usuários, que podem experimentar flutuações tarifárias.

Assim, é possível que estejamos diante de uma prática jurídica inadequada, que necessita de sistematização e estudos que identifiquem práticas salutaras para a indústria e para o usuário, promovendo segurança jurídica e equidade, respeitando a política tarifária.

Portanto, o presente projeto de pesquisa em sede de mestrado profissional é relevante para todo um segmento do setor elétrico, e deverá almejar a identificação das melhores práticas a serem adotadas por administradores públicos e esperadas pelas concessionárias para dar tratamento ao vencimento de suas concessões.

Por fim, haja visto que estamos diante de uma deficiência legal, suprida pontualmente por medidas provisórias, é possível que o projeto resulte na proposição de mudanças no marco legal e regulatório para atingir os objetivos de previsibilidade, equidade e modicidade tarifária.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

O pesquisador tem experiência profissional significativa no setor elétrico, atuando em empresas concessionárias de energia elétrica, com ênfase em ativos de geração, por mais de dez anos.

Atuava quando da publicação da Medida Provisória nº 579/12, posteriormente convertida na Lei 13.783/13, e participou dos estudos iniciais sobre a matéria, avaliando seus impactos para as concessões e acompanhando a tramitação legislativa.

Ademais, o pesquisador faz parte do Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento denominado Renovação das Concessões³, que visa estudar e propor alternativas para o Poder Concedente na condução de prorrogações, renovações e relimitações de ativos de energia elétrica que atinjam seu término contratual.

A participação neste projeto de P&D deverá disponibilizar ao pesquisador amplo acesso a dados e informações sobre as concessões de geração de energia elétrica, participação em debates e reuniões periódicas do projeto e obtenção de relatórios e outros documentos úteis para a pesquisa em tela.

4. Modelo de pesquisa

Para o presente trabalho planeja-se adotar o modelo de pesquisa de pesquisa exploratória sobre práticas jurídicas, com vistas a estudar as opções tomadas pelo Poder Concedente na edição das normas e em sua aplicação, trazendo também seus reflexos nas esferas jurídicas, regulatórias e econômicas dos envolvidos, em especial as concessionárias e os usuários.

³ Projeto de P&D proposto pelo Grupo EDP, multinacional com atuação no setor elétrico brasileiro, em parceria pela FGV/SP e FGV/RJ, com início em setembro de 2018 e término em maio de 2020.

O modelo de pesquisa permite que se explore diversos casos, identificando as práticas adotadas e buscando sistematizá-las, com vistas à compreensão dos elementos essenciais para tratar do vencimento das concessões e quais os fatores que devem ser considerados quando da prorrogação de uma concessão de geração de energia elétrica.

5. Quesitos

- I. Quais os contornos do modelo regulatório adotado pelo Brasil para a produção de energia elétrica?
 - i. O regime jurídico brasileiro contempla a exploração econômica do segmento de geração; e a produção em regime de serviço público *stricto sensu*? Como se diferenciam?
 - ii. Quais os principais agentes desse segmento? São agentes estatais ou particulares?
 - iii. Quais os riscos a que esses agentes estão expostos e quais são os retornos esperados?

- II. Quais as inovações da Lei 12.783/13 com relação à extinção da concessão de geradores hidrelétricos e sua prorrogação?
 - i. Quais foram as condições e critérios para prorrogação de concessões no regime de cotas criado pela Lei 12.783?
 - ii. Quais os impactos da proposta de antecipação do vencimento das concessões e renovação ao setor elétrico, às concessionárias e aos usuários dos serviços de energia elétrica?
 - iii. Quais as principais controvérsias jurídicas, disputas judiciais e impactos econômicos decorrentes da aplicação da Lei 12.783?
 - iv. Essa norma prove incentivos corretos para a continuidade, qualidade e universalidade do serviço de energia elétrica?

- III. As licitações de usinas hidrelétricas não prorrogadas no regime de cotas, a partir das alterações promovidas pela lei 13.203/15, trouxeram inovações para com o modelo inicial?
 - i. Essas mudanças tornaram o modelo regulatório mais sustentável?
 - ii. Quais suas consequências para os concessionários prorrogados e o segmento de geração de energia elétrica? E para os usuários?

- IV. Quais as alternativas que o Poder Concedente pode adotar para aprimorar o tratamento da prorrogação de concessões hidrelétricas?

- i. Quais as inovações propostas na Consulta Pública 33/17⁴, em projetos legislativos relevantes ou outras iniciativas do setor?
- ii. Quais as lições e aprendizados extraídos da compreensão dos casos estudados?
- iii. É possível desenhar um processo de tratamento do vencimento de concessão que proveja transparência, isonomia e alocação correta de incentivos?
- iv. É possível, no modelo regulatório brasileiro, privilegiar a prorrogação de concessões a partir de indicadores de desempenho do concessionário?

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

O projeto tem duas principais fontes de pesquisa, a saber, a bibliografia e os processos administrativos de renovação de concessões de usinas hidrelétricas a partir da Lei 12.783/13. A primeira é acessível através de bibliotecas, físicas ou *online* e outros serviços disponíveis para pesquisa acadêmica, ao passo que a segunda deverá ser acessada através de cópias de processos públicos, disponíveis nos órgãos da administração pública direta ou indireta. Eventualmente, poderá ser necessário a utilização dos mecanismos da Lei de Acesso à Informação para solicitação de acesso à pareceres, notas técnicas e outros documentos relevantes para a condução do projeto.

Outra fonte relevante, que será perscrutada no bojo deste trabalho advém dos acórdãos do TCU e tribunais superiores, em especial o STF, com relação ao tratamento de vencimento de concessões em outros setores e serviços públicos.

O projeto de pesquisa deverá se beneficiar do Projeto de P&D Renovação das Concessões, a ser executado pelo Grupo EDP e pela FGV, do qual o pesquisador faz parte e terá acesso ao material.

Adicionalmente, poderá ser avaliada a necessidade de condução de entrevistas com autoridades públicas que atuaram no desenvolvimento da Lei 12.783/13 e na sua aplicação, o que poderá ser feito no bojo deste projeto de pesquisa ou do P&D supra.

7. Bibliografia preliminar

ALENCAR, Dilermando Gomes de. Prorrogação de contratos de concessão de transmissão de energia elétrica. In: Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 15, n. 177, p. 1103-1111, nov. 2008.

ALQUÉRES, José Luiz. Um novo modelo para as concessões no setor de energia elétrica. In: Interesse nacional, v. 6, n. 21, p. 7-13, abr./jun. 2013.

AMORIM, Fábio. Mais prazo para as concessões de energia. In: Custo Brasil: soluções para o desenvolvimento., v. 3, n. 18, p. 68-72, dez./jan. 2008/2009.

⁴ Consulta Pública realizada pelo Ministério de Minas e Energia no ano de 2017, que propôs diversas alterações ao marco regulatório do setor elétrico.

ASSUNÇÃO, Thais Nery; TAKAMATSU, Renata Turola; BRESSAN, Valeria Gama Fully. Os impactos da medida provisória 579 nos retornos das ações de companhias de energia elétrica. *Revista De Gestão, Finanças E Contabilidade*, 2015, Vol.5, p.38

COSTA FILHO, Paulo Gesteira. Considerações sobre a prorrogação das concessões no setor elétrico brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*. São Paulo. n.1. p.143-73. 2010.

COSTA, Rita de Cássia Corrêa Camargo. Prorrogação do prazo das concessões de energia elétrica celebrados sem licitação. In: *Direito de energia e áreas afins*. Brasília: Synergia, 2015-, v. 1, p. 169-190.

DAL POZZO, Augusto Neves, Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua oneração. In: *Jurisprudência mineira*, v. 64, n. 207, p. 26-36, out./dez. 2013.

DEPINE, Flavia Della Coletta. Teoria das Relações Jurídicas da Prestação de Serviço Público sob Regime de Concessão. São Paulo: 2010.

DUTRA, Joísa Campanher. Prorrogação de contrato de concessão de uso de bem público aos produtores independentes de energia como hipótese de renegociação. In: *Revista de direito público da economia*, v. 14, n. 55, p. 243-261, jul./set. 2016.

_____.; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Vinte anos de concessões em infraestrutura no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro, FGV, 2017.

ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Os riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para produção independente de energia. São Paulo: 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão. In *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 295-350.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Regulação da exploração da eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional. Curitiba, Ed. CRV, 2013.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. A prorrogação das concessões do setor elétrico: o caso Cemig. In: *Justiça & cidadania*, n. 154, p. 46-50, jun. 2013.

HARB, Karina Houat. A revisão na concessão comum de serviço público. São Paulo, 2009.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. In: *Revista brasileira de infraestrutura: RBINF* v. 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun., 2015. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009.

_____. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas técnicas e econômicas. In: *Revista do Ibrac*, v. 14, n. 6, p. 95-129 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Prorrogação dos Contratos de Concessão do Setor Elétrico e a Medida Provisória nº 579/2012. In: Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública - Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, v. 1, p. 903-919.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação Administrativa a Luz da Constituição Federal. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Vanessa Vieira de. Controle da concessão de serviço público. São Paulo: 2006.

MONTEIRO, Vera. Concessão. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções. In: A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional p. 75-95. Belo Horizonte, 2011.

PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. In: A & C: revista de direito administrativo & constitucional, v. 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público. 1º ed. São Paulo: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. A natureza jurídica das atividades desenvolvidas no setor de energia elétrica. In: Revista brasileira de direito público RBDP, v. 15, n. 58, p. 109-123, jul./set. 2017.

ROSA, Michele Franco. Da possibilidade da aplicação da teoria do reequilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica na modalidade de produção independente. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte. v.10. n.116. p.50-61. ago. 2011.

SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. A regulação do setor elétrico brasileiro. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. In: Revista de direito público da economia, v. 8, n. 31, p. 141-168, jul./set. 2010.

_____. A regulação do setor elétrico brasileiro. In: Revista de direito público da economia, v. 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016.

WALTENBERG, David. “O direito da energia elétrica e a ANEEL”, In Carlos Ari Sunfeld (coord.), Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

8. Cronograma de execução

Atividade	2018			2019												Horas	
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Revisão Bibliográfica	10h	10h	20h	10h	10h	10h	10h	10h	10h								100h
Análise dos Processos de Renovação							10h	10h	10h	10h	10h						50h
Redação											20h	20h	20h				60h
Revisão Própria												10h	10h	5h			25h
Revisão de Terceiros													5h	5h			10h
Formatação														10h			10h
Revisão Final														10h	10h		20h
Depósito															1h		1h