

GRUPO II - CLASSE V – PLENÁRIO

TC-003.379/2015-9

Natureza: Monitoramento

Interessado: Tribunal de Contas da União

Unidades: Ministério de Minas e Energia (MME) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)

Responsáveis: Carlos Eduardo de Souza Braga (Ministro de Minas e Energia) e Romeu Donizete Rufino (Diretor-Geral da Aneel)

Sumário: MONITORAMENTO. ITEM 9.3.2 DO ACÓRDÃO 1.836/2013-PLENÁRIO. PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA QUE VENCEM ATÉ 2017. AÇÕES ADOTADAS PELO PODER PÚBLICO. RECOMENDAÇÕES. DEMORAS NO ATENDIMENTO A DETERMINAÇÕES DO TRIBUNAL. CONSTITUIÇÃO DE APARTADO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução produzida no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraElétrica sobre a matéria dos autos (peça 60):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de processo de monitoramento dos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, proferido no TC 001.843/2013-3, a seguir transcritos (peça 1):*

‘9.3. determinar ao MME que:

9.3.1 apresente a esta Corte, em até 30 (trinta) dias, plano de ações destinadas ao cumprimento do art. 8º da Lei 12.783/2013, quanto à licitação das concessões não renovadas e vincendas, assim como as ações executadas relativas às concessões não renovadas mas já vencidas;

9.3.2 apresente a esta Corte os fundamentos e as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, tão logo os defina.’

2. *Esta instrução está subdividida nos seguintes tópicos:*

a) Histórico;

b) Exame Técnico:

b.1) Da constituição de apartado para monitoramento do item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário;

b.2) Do modelo propostos de prorrogação dos contratos de concessão de distribuição;

b.3) Das concessões de distribuição alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013;

b.4) Da intempestividade das ações do poder concedente;

b.5) Da regra constitucional de se licitar as concessões vincendas e de sua exceção;

b.6) Dos fundamentos apresentados pelo MME para prorrogação dos contratos;

b.7) Das razões apresentadas em oitiva pela Aneel para prorrogação dos contratos;

b.8) Das ilegalidades do modelo de prorrogação proposto;

b.9) Das lacunas e obscuridades na minuta de termo aditivo aos contratos de concessão;

b.10) Das concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013;

b.11) Da desnecessidade de oitiva das atuais concessionárias;

c) Conclusão; e

d) Proposta de Encaminhamento.

HISTÓRICO

3. *O marco legal para a prorrogação das concessões do setor elétrico foi instituído por meio da Medida Provisória (MP) 579/2012, posteriormente convertida na Lei 12.783/2013. O referido diploma, entretanto, ao contrário do previsto para os contratos de geração e transmissão, não estabelece diretrizes para a prorrogação dos contratos de 41 concessionárias de distribuição que vencem até 2017.*
4. *Em razão disso, por meio do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, foram expedidas as determinações ora monitoradas, a fim de que fosse planejada tempestivamente a solução a ser adotada para as referidas concessões.*
5. *Inicialmente, esta unidade diligenciou o MME (peças 7 a 10) para esclarecer as ações em andamento a esse respeito, cuja resposta foi apresentada mediante o Ofício 70/2015-SE-MME (peça 14).*
6. *Após análise das informações apresentadas em diligência, concluiu-se pela insuficiência de informações para fundamentar adequadamente a opção que vinha sendo acenada pelo MME, de prorrogar todos os contratos de distribuição, com definição de metas de melhoria da prestação do serviço, com prazo estimado em cinco anos, com vista ao atendimento de critérios legais, frente a outras duas opções: a) licitar todas as concessões vencidas; ou b) prorrogar apenas as que já atenderem a esses critérios e licitar as demais (peças 16 a 18).*
7. *Dessa forma, realizou-se oitiva do Ministério para que este se manifestasse sobre os fatos apontados, no prazo de dez dias úteis, alertando-o, em face da proximidade do vencimento dessas concessões, quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar cautelarmente que não sejam celebrados contratos de prorrogação. Tal medida cautelar vigoraria até que se apresentasse motivação suficiente para demonstrar que a via escolhida é a que melhor atende aos princípios constitucionais e legais aplicáveis à Administração Pública, à adequada prestação dos serviços públicos, à onerosidade das concessões, além dos elencados no art. 7º da Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, especificamente sobre o serviço de distribuição de energia elétrica: continuidade, eficiência na prestação do serviço, modicidade tarifária e racionalidade operacional e econômica (peças 19 e 20).*
8. *Em 3/6/2015, no curso do prazo concedido para resposta à oitiva, o Poder Executivo publicou o Decreto 8.461/2015, que regulamenta a prorrogação das referidas concessões de distribuição, valendo-se da opção acima descrita, de prorrogação de todas as concessões vincendas (peça 27).*
9. *Tendo em vista a publicação do referido normativo, o Ministério protocolou, em 8/6/2015, último dia do prazo concedido para resposta, pedido de prorrogação para atendimento ao ofício de oitiva por mais 10 dias úteis (peça 28).*
10. *Em 10/6/2015, foi aberta pela Aneel a 1ª Fase da Audiência Pública 38/2015 (DOU de 10/06/2015, Seção 3, p. 105), que visa obter subsídios para aprimorar o modelo de prorrogação desenvolvido pelo regulador, com base no Decreto 8.461/2015, consubstanciado em minuta de termo aditivo aos contratos de concessão, acompanhado da Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).*
11. *Após análise empreendida por meio da instrução anterior (peça 32 a 34), verificou-se que não foi apresentada, dentro do prazo de dez dias úteis concedidos em oitiva, motivação suficiente e cabal para demonstrar a existência de situação excepcional que justifique a não licitação das concessões vincendas e que a via da prorrogação escolhida, prevista no Decreto 8.461/2015, seria a que melhor atende ao interesse público.*
12. *Também se identificou a existência de lacunas no âmbito do referido normativo e da minuta de contrato apresentada pela Aneel na Audiência Pública 38/2015, que devem ser disciplinadas previamente à efetiva prorrogação dos contratos de concessão das distribuidoras, de forma a garantir o alcance do principal objetivo previsto no art. 7º da Lei 12.783/2013, o de 'assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica'.*

13. Dessa forma, presentes no feito os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, em face da proximidade do vencimento dessas concessões, 7/7/2015, o TCU decidiu, em 12/6/2015, nos termos do despacho do Ministro Relator (peça 36):

- 'a) indeferir o pedido de prorrogação de prazo para atendimento à oitiva prévia efetuada ao MME por meio do Ofício 257/2015-TCU/SeinfraElétrica;
- b) determinar, cautelarmente, com fulcro no art. 276, do Regimento Interno do TCU, que o MME se abstenha exercer a competência prevista no art. 3º-A, inciso II, da Lei 9.427/1996, para celebrar, diretamente ou por meio de delegação, termos aditivos para a prorrogação dos contratos de distribuição vincendos, com base no Decreto 8.461/2015, até o julgamento do mérito deste processo;
- c) em atendimento ao art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, realizar nova oitiva para que o MME e a Aneel se manifestem, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre os fatos apontados na instrução da SeinfraElétrica à peça 32;
- d) determinar à SeinfraElétrica que, em até 5 (cinco) dias após o recebimento da resposta, encaminhe ao Relator ao menos a análise quanto à necessidade de manutenção da medida cautelar;
- e) deixar a SeinfraElétrica autorizada a proceder às inspeções e providências que se fizerem necessárias ao saneamento dos autos.'

14. Por intermédio dos Ofícios 283 e 284/2015-TCU/SeinfraElétrica (peças 37 e 38), foram realizadas, respectivamente, nova oitiva do MME e oitiva da Aneel sobre a matéria.

15. Em 15/6/2015, o MME protocolou o Ofício 112/2015-SE-MME (peça 42) contendo a resposta fora do prazo à oitiva prévia realizada mediante o Ofício 257/2015-TCU/SeinfraElétrica. Em 26/6/2015, o órgão apresentou resposta ao Ofício 283/2015-TCU-SeinfraElétrica, de mesmo teor.

16. Em 1/7/2015, a Aneel encaminhou o Ofício 60/2015-AIN/ANEEL (peça 55), em resposta ao Ofício 284/2015-TCU-SeinfraElétrica.

17. Outrossim, foram encaminhados, ao longo da inspeção realizada conforme a Portaria de Fiscalização 536/2015 (peça 44), dois ofícios de requisição para a Aneel (peças 51 e 53) e outros dois para o MME (peças 52 e 54), cujas respostas situam-se, respectivamente, nas peças 56 e 57.

18. Em 6/7/2015, o Ministro Relator deferiu pleito desta unidade, com base nos fundamentos expostos à peça 58, para prorrogação, por mais cinco dias, do prazo estipulado para manifestação no mínimo quanto à necessidade de manutenção da medida cautelar.

19. Por fim, cabe destacar a postura participativa e colaborativa que os atuais representantes e os gestores do MME e da Aneel demonstraram em relação às solicitações do TCU. No deslinde da matéria em questão, houve a presença das autoridades máximas e diretores dessas unidades jurisdicionadas, bem como atitude proativa e transparente, por meio da apresentação de ofício, de prestação de esclarecimentos e informações internas, além da tempestividade na marcação de reuniões, permitindo a realização de controle célere sobre os temas fiscalizados no âmbito destes autos.

EXAME TÉCNICO

I. Da constituição de apartado para monitoramento do item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário

20. Inicialmente, foi realizada diligência junto ao MME para esclarecer as ações em andamento a respeito das duas determinações ora monitoradas (peças 7 a 10). A resposta foi apresentada mediante o Ofício 70/2015-SE-MME (peça 14). Desde, então, as duas deliberações a serem monitoradas neste processo foram tratadas em instruções distintas.

21. Quanto aos tópicos relacionados ao monitoramento do item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, relativos à licitação de concessões de geração, após a realização de novas diligências propostas na instrução à peça 28, nos termos do ofício de diligência à peça 30, foram apresentadas as respostas do MME (peça 48).

22. Os tópicos concernentes ao monitoramento do item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, relativos ao vencimento de concessões de distribuição de energia elétrica, por sua vez, foram tratados nas instruções às peças 16 e 32 e nos Despachos do Ministro José Múcio às peças 19 e 36, conforme a seguir detalhado.

23. Dada a urgência da análise quanto à necessidade de manutenção da cautelar adotada neste feito, nos termos do Despacho à peça 36, esta instrução tem foco nas questões tocantes ao monitoramento do supracitado item 9.3.2, atinentes ao vencimento das concessões de distribuição de energia elétrica e à solução de prorrogação adotada pelo poder concedente.

24. Isso, porém, não deve implicar prejuízo à oportuna continuidade do monitoramento das questões tratadas no item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, referentes à licitação de concessões de geração. Por esse motivo, propõe-se, desde logo, nos termos do art. 43 da Resolução-TCU 259/2014, a constituição de apartado para realização do monitoramento do referido dispositivo.

II. Do modelo proposto de prorrogação dos contratos de concessão de distribuição

25. O art. 7º da Lei 12.783/2013 estabelece que as concessões por ele alcançadas poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.

26. A tais disposições, seguiu-se o modelo de prorrogação formulado por meio do Decreto 8.461/2015 e da minuta de aditivo contratual, detalhada na Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL. Essa minuta é objeto da Audiência Pública Aneel 38/2015.

27. Em síntese, o modelo admite a prorrogação de todas as concessões alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013, segundo o atingimento de metas que, em tese, refletiriam os critérios estabelecidos na lei, dentro de uma trajetória definida para cada concessionária, com prazo estimado em cinco anos. Ante premissa de que a prestação do serviço adequado depende da realização de investimentos, foram instituídas metas futuras com vistas a induzir a recuperação ou manutenção da saúde econômico-financeira das concessionárias e a qualidade na prestação do serviço.

28. Caberá à Aneel a fiscalização do cumprimento das metas de qualidade ou econômico-financeiras. Caso não cumpridas tais metas, dar-se-á início a processo de extinção da concessão.

29. Nessa linha, o Decreto 8.461/2015 assim dispõe:

‘Art. 1º O Ministério de Minas e Energia poderá prorrogar as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 7º da Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, por trinta anos, com vistas a atender aos seguintes critérios:

I - eficiência com relação à qualidade do serviço prestado;

II - eficiência com relação à gestão econômico-financeira;

III - racionalidade operacional e econômica; e

IV - modicidade tarifária.

(...)

§ 4º O atendimento aos critérios previstos nos incisos I e II do **caput** poderá ser alcançado pela concessionária no prazo máximo de cinco anos, contado a partir do ano civil subsequente à data de celebração do contrato de concessão ou do termo aditivo, devendo ser cumpridas metas anuais definidas por trajetórias de melhoria contínua, estabelecidas a partir do maior valor entre os limites a serem definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel e os indicadores apurados para cada concessionária no ano civil anterior à celebração do contrato de concessão ou do termo aditivo.

§ 5º Cabe à Aneel apurar e dar publicidade quanto ao cumprimento das metas anuais de que trata o § 4º.

(...)

Art. 4º A inadimplência da concessionária decorrente do descumprimento de uma das metas anuais de que trata o § 4º do art. 1º por dois anos consecutivos ou de qualquer dessas metas ao

final do prazo de cinco anos acarretará a extinção da concessão, observadas as disposições deste artigo e do contrato de concessão ou do termo aditivo.’

30. *Adicionalmente, o art. 3º do Decreto 8.461/2015 prevê que ‘o descumprimento das metas anuais de que trata o § 4º do art. 1º poderá resultar em obrigações de aporte de capital por parte dos sócios controladores da concessionária’.*

31. *Em sintonia com tais disposições, na Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31, p. 4), afirma-se:*

‘22. O novo contrato prevê a inclusão de Cláusulas que dão ao regulador novas ferramentas para garantir a adequada prestação do serviço de distribuição. São elas a Cláusula Sétima, que trata da Sustentabilidade Econômica e Financeira, prevendo a obrigação da concessionária preservar condições mínimas de sustentabilidade na gestão de seus custos, despesas e endividamento durante toda a concessão; a Cláusula Oitava, que trata da Governança Corporativa e Transparência; a Cláusula Décima Terceira, que trata de Compromissos do Controlador Societário como a obrigação de aporte de capital se necessário para preservar a sustentabilidade econômico-financeira da concessão; e a Cláusula Décima Oitava, que trata das condições de prorrogação condicionada.’

32. *Deve ser ressaltado que o Decreto prevê que no processo de extinção da concessão o controle societário da concessionária poderá ser transferido, mediante operação que pode levar até vinte e quatro meses para ser concluída, conforme previsão dos parágrafos do seu art. 4º, a seguir transcritos:*

‘Art. 4º (...)

§ 1º A concessionária poderá apresentar plano de transferência do controle societário como alternativa à extinção da concessão.

§ 2º O plano de transferência de controle societário deverá demonstrar a viabilidade da troca de controle e o benefício dessa medida para a adequação do serviço prestado.

§ 3º A aprovação do plano de transferência de controle societário pela Aneel suspenderá o processo de extinção da concessão.

§ 4º A transferência do controle societário deverá ser concluída no prazo de doze meses, prorrogável por igual período em caso de comprovada justificativa, e ensejará o arquivamento do processo de extinção da concessão.

§ 5º Verificado o não cumprimento do plano de transferência de controle societário pela concessionária ou a sua não aprovação pela Aneel, será retomado o processo de extinção da concessão e caberá à Aneel instruir o processo e o encaminhar ao Ministério de Minas e Energia, com sua manifestação.’

33. *Destaque-se que não são enfatizadas no regulamento condições relacionadas aos objetivos legais de assegurar de racionalidade operacional e econômica e de modicidade tarifária. Sobre esses objetivos, além da simples menção nos já descritos incisos III e IV do art. 1º, apenas dispõe o Decreto 8.461/2015:*

‘Art. 1º (...)

*§ 6º O atendimento ao critério de racionalidade operacional e econômica de que trata o inciso III do **caput** pelas concessionárias cujos mercados sejam inferiores a 500 GWh/ano deverá considerar os parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos de concessionárias do mesmo porte e condição, observadas as demais disposições da legislação e regulamentação vigentes, observando:*

I - o desconto na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição, concedido pelas supridoras às suas supridas, será reduzido à razão de vinte por cento ao ano após a prorrogação da concessão; e

II - transcorridos cinco anos a partir da prorrogação da concessão, eventuais alterações nas tarifas decorrentes da aplicação dos parâmetros técnicos, econômicos e operacionais referidos acima dar-se-ão de forma progressiva nos processos ordinários de revisão tarifária.

§ 7º O atendimento ao critério de modicidade tarifária de que trata o inciso IV do **caput** observará as disposições do inciso XI do **caput** do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e do inciso VII do **caput** do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

III. Das concessões de distribuição alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013

34. No ano de 1995, as concessões e permissões da prestação de serviços públicos previstas no art. 175 da Constituição Federal (CF/88) passaram a ser disciplinadas pela Lei 8.987/1995, cujo art. 42 dispõe que as concessões outorgadas previamente à entrada em vigor da referida lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga. A única exceção prevista naquele diploma legal, que não se aplica ao caso ora em análise, foi a extinção das concessões outorgadas sem licitação durante a vigência da CF/88 e das que, outorgadas sem licitação previamente à Carta Maior, tinham obras ou serviços ainda não iniciados ou paralisados.

35. Posteriormente, com fundamento no art. 22 da Lei 9.074/1995, as concessões de distribuição tratadas no art. 42 da Lei 8.987/1995 foram prorrogadas pelo prazo que se encerra, para a maior parte das concessões, em 7/7/2015. São essas concessões que tiveram nova prorrogação autorizada mediante o art. 7º da Lei 12.783/2013.

36. Apresenta-se, a seguir, o rol de concessões vincendas em questão, acompanhado das respectivas informações de mercado, receita anual e tarifa média vigente.

Tabela 1 – Concessões de distribuição abrangidas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013

Concessionária	UF	Unidades consumidoras	Mercado (GWh)	Receita (milhão R\$)	Tarifa média (R\$/MWh)
Cooperativa Aliança - COOPERALIANÇA	SC	35.105	201,11	60,26	394,46
Usina Hidroelétrica Nova Palma Ltda.	RS	15.165	67,63	21,06	409,89
Boa Vista Energia S/A - Boa Vista	RR	102.078	703,29	169,37	260,89
Manaus Energia S/A. - MANAUS ENERGIA	AM	860.738	5.998,06	1.434,63	265,17
Cia Energética de Alagoas - CEAL	AL	1.013.933	3.332,32	935,85	388,54
Cia de Eletricidade do Acre – ELETROACRE	AC	237.183	875,29	321,40	315,93
Centrais Elétricas de Rondônia S/A - CERON	RO	580.859	2.992,06	1.008,13	403,73
Cia Energética do Piauí - CEPISA	PI	1.144.330	3.020,43	935,95	407,40
Muxfeldt, Marin & Cia Ltda. - MUXFELDT	RS	10.577	62,06	17,60	397,79
Centrais Elétricas de Carazinho - ELETROCAR	RS	35.709	184,22	57,00	407,19
CELG Distribuição S/A	GO	2.716.002	11.707,39	2.917,72	314,62
Cia Sul Sergipana de Eletricidade - SULGIPE	SE	136.605	354,64	86,00	303,75
Cia Estadual de Energia Elétrica - CEEE	RS	1.604.192	8.206,77	2.223,08	378,74
Força e Luz Coronel Vivida Ltda. - FORCEL	PR	7.113	55,45	13,51	332,88
Cia Energética de Brasília - CEB	DF	980.970	6.163,31	1.502,79	297,26
CELESC Distribuição S/A	SC	2.680.073	16.326,06	4.558,61	336,34
Departamento Municipal de Ijuí - DEMEI	RS	31.158	137,09	42,32	381,12
Iguaçu Distribuidora de Energia Elétrica Ltda.	SC	32.988	205,91	54,44	285,67
Depart. Municipal de Eletricidade de Poços de Caldas - DMEPC	MG	71.493	423,19	101,92	296,74
COPEL Distribuição S/A	PR	4.326.952	24.208,11	6.023,38	311,62
Cia Hidroelétrica São Patrício -	GO	34.108	114,08	37,96	411,34

CHESP					
ENERGISA Nova Friburgo-Distribuidora de Energia S/A	RJ	100.820	342,78	105,83	372,35
ENERGISA Minas Gerais - Distribuidora de Energia S/A	MG	425.950	1.208,59	386,53	379,28
Empresa Força e Luz João Cesa Ltda. - JOÃO CESA	SC	3.556	16,38	5,14	390,08
Empresa Força e Luz Urussanga Ltda.- EFLUL	SC	6.401	73,55	20,66	287,25
Cia Força e Luz do Oeste - CFLO	PR	55.622	297,75	80,57	360,53
Cia Luz e Força Santa Cruz - CLFSC	SP	201.300	959,87	279,38	438,01
Empresa Luz e Força Santa Maria S/A - ELFSM	ES	103.304	524,52	145,63	360,32
Cia Sul Paulista de Energia - SUL PAULISTA	SP	80.765	382,14	97,05	371,54
Cia Paulista de Energia Elétrica - CPEE	SP	55.422	295,55	70,99	373,52
Cia Luz e Força Mococa - CLFM	SP	44.847	210,80	56,26	404,95
Cia Nacional de Energia Elétrica - CNEE	SP	111.165	567,06	157,92	354,49
Cia Jaguari de Energia - CJE	SP	38.384	502,04	97,32	342,52
Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema S/A - EEVP	SP	175.166	874,14	247,49	335,98
Caiuá - Serviços de Eletricidade S/A - CAIUÁ	SP	233.191	1.127,53	319,27	354,07
Empresa Elétrica Bragantina S/A. - EEB	SP	147.011	730,91	223,95	377,63
Cia Campolarguense de Energia - COCEL	PR	47.471	305,82	78,47	321,16
CEMIG Distribuição S/A*	MG	31.747.860	107.736,27	34.350,58	369,94
TOTAL		50.235.566	201.494	59.246	

Fonte: Aneel em resposta ao Ofício de Requisição 1-246/2015 (peça 56, anexos 1 e 5).

* Os dados da CEMIG são subdivididos em quatro contratos de concessão.

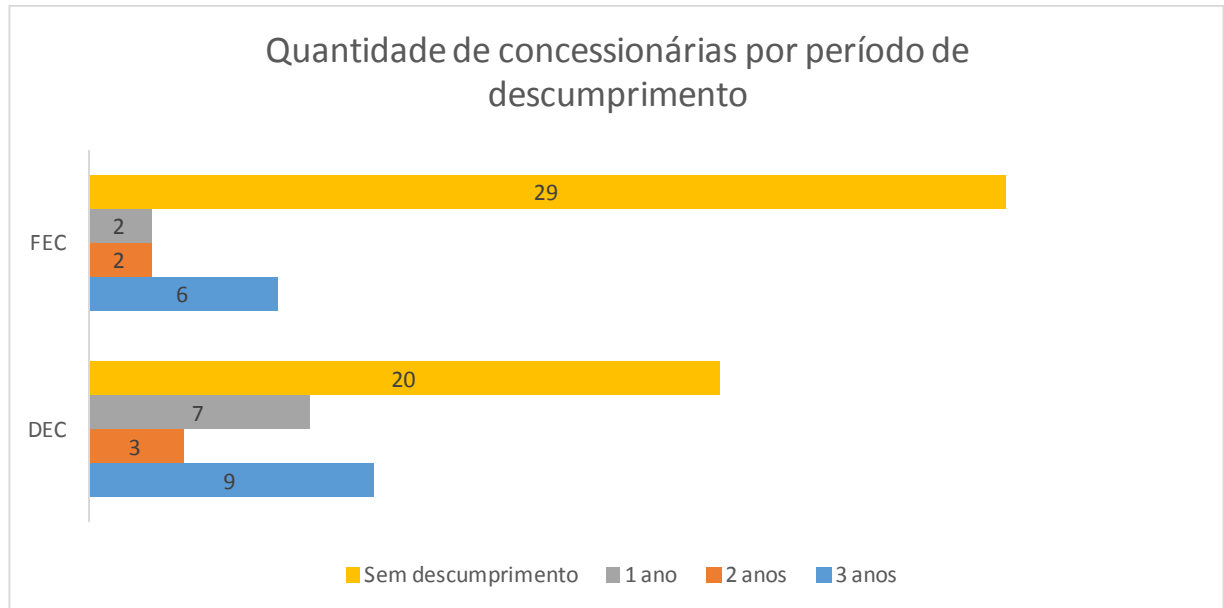
37. Além dos contratos com essas concessionárias, acrescenta-se a essa relação, conforme o Anexo I da Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31, p. 63-64), as concessões de distribuição da Hidroelétrica Panambi (Hidropan), Companhia Energética de Roraima (CERR) e da Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA). No entanto, a Aneel não apresentou os dados sobre tais distribuidoras.

38. As concessões passíveis de prorrogação nos termos do art. 7º da Lei 12.783/2013 representam cerca de 50% do total de unidades consumidoras, bem como do mercado e da receita de distribuição nacionais (peça 56, anexos 1 e 5).

39. Com relação ao critério de qualidade do serviço prestado, a Aneel optou por utilizar os indicadores de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) e Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC), sem a contabilização de interrupções de origem externa ao sistema de distribuição, os quais foram denominados DEC e FEC internos (DECi e FECi).

40. O Anexo III da Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31) elenca o histórico de medição do DECi e FECi das concessões passíveis de prorrogação, à exceção da CERR e da CEA, cujas outorgas não foram realizadas por meio de contrato, mas, respectivamente, mediante as Portarias MME 920/1969 e 240/1999 (peça 31, p. 94-171). De acordo com tais dados, no período de 2012 a 2014, das 39 concessionárias avaliadas, dezenove (49%) incidiram em pelo menos um ano de descumprimento aos limites internos de DEC e dez (26%) em violação aos limites internos de FEC, conforme apresentado a seguir.

Gráfico 1 - Descumprimento aos critérios de qualidade



Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

41. As concessionárias que descumpriram os dois critérios de qualidade nos últimos três anos consecutivamente são apresentadas a seguir, acompanhadas dos respectivos percentuais de DECI e FECI apurados acima do limite.

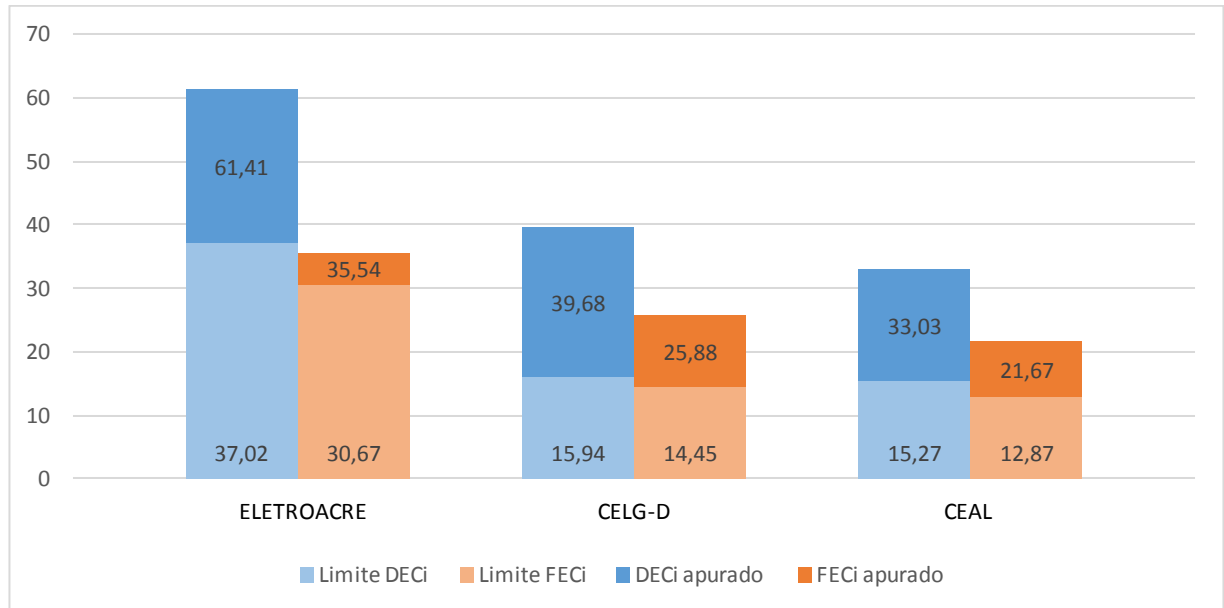
Tabela 2 – Descumprimentos reiterados aos critérios de qualidade (% acima do limite)

Distribuidora	Descumprimento do DECI			Descumprimento do FECI		
	2012	2013	2014	2012	2013	2014
ELETROACRE	46%	71%	66%	9%	10%	16%
CELG-D	97%	135%	149%	31%	53%	79%
CEAL	55%	91%	116%	39%	16%	68%
CEB-DIS	70%	57%	45%	56%	49%	18%
CEPISA	29%	19%	39%	25%	22%	20%
IENERGIA	44%	6%	13%	86%	22%	66%

Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

42. No ano de 2014, os descumprimentos mais significativos aos critérios de qualidade se deram no âmbito das concessões mencionadas acima, conforme apresentado no Gráfico 2:

Gráfico 2 – Descumprimentos mais significativos aos critérios de qualidade, no ano de 2014



Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

43. No que se refere à situação econômico-financeira, a Aneel definiu uma série de indicadores anuais para avaliar as concessionárias. Ao final do quinquênio, a concessionária deve atingir a condição mínima de sustentabilidade definida pelo regulador, da seguinte forma:

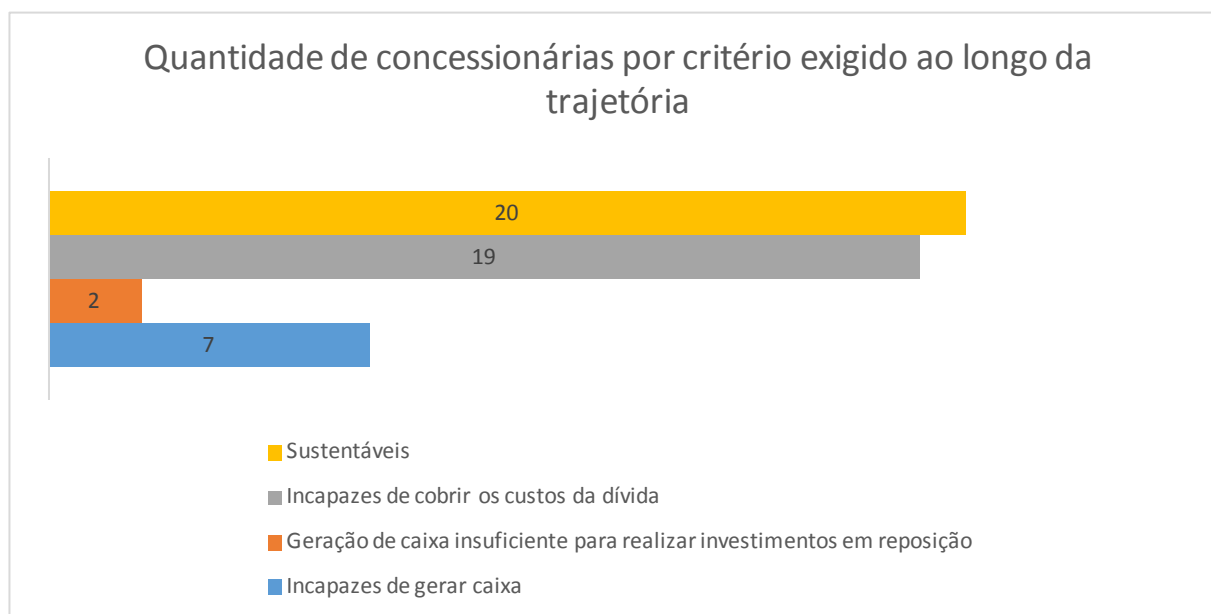
Tabela 3 – Trajetória de sustentabilidade econômico-financeira e indicadores avaliados até 2020

	Ano				
	2016	2017	2018	2019	2020
Indicador	Não haverá avaliação. Somente a exigência de aporte de capital, caso o fluxo de caixa no ano seja negativo.	Geração de caixa positiva (EBITDA ≥ 0)	Geração de caixa suficiente para fazer frente aos investimentos em reposição (EBITDA – QRR* ≥ 0)	Geração de caixa suficiente para fazer frente aos investimentos em reposição e à parte do custo da dívida (Dívida Líquida/EBITDA – QRR $\geq 1/80\%$ Selic)	Geração de caixa suficiente para fazer frente aos investimentos em reposição e o custo da dívida (Dívida Líquida/EBITDA – QRR $\geq 1/111\%$ Selic)

Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

* QRR: Quota de Reintegração Regulatória. Refere-se ao montante de recursos reconhecidos na tarifa a título de amortização pelos investimentos realizados pela concessionária.

44. Considerando a condição mínima de sustentabilidade exigida ao final de 2020, a situação atual das aludidas distribuidoras é apresentada no Gráfico 3:

Gráfico 3 - Descumprimento aos critérios de sustentabilidade econômico-financeira


Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

45. Das 39 distribuidoras que tiveram a situação econômico-financeira avaliada pela Aneel (a CERR e a CEA também não tiveram esse critério examinado), as nove (23%) de pior solvência atualmente, assim entendidas as que não atendem aos dois primeiros indicadores anuais definidos pelo regulador, são apresentadas a seguir:

Tabela 4 – Concessionárias de pior solvência

Distribuidora	EBITDA Ajustado (Capacidade de geração de caixa)	EBITDA-QRR (Capacidade de cobrir os investimentos em reposição)
MANAUS ENERGIA	(377,1)	(390,8)
CEEE-D	(258,5)	(360,5)
CERON	(97,6)	(124,4)
ELETROACRE	(82,4)	(96,9)
BOA VISTA	(59,7)	(67,4)
CEAL	(25,0)	(70,3)
JOÃO CESA	0	(0,1)
CEB-DIS	8,2	(48,3)
CELG-D	61,2	(69,5)

Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).

46. Por fim, quanto aos critérios de racionalidade operacional e econômica e de modicidade tarifária, a Aneel apresentou ao MME, em reunião realizada em 26/9/2013, avaliação das distribuidoras (peça 14, p. 224 e 228-262), apontando a existência de problemas relacionados a deseconomias de escala em concessionárias com menos de 400.000 unidades consumidoras, à exceção da ELETROACRE e da BOA VISTA, que abrangem inteiramente as respectivas unidades federativas (peça 56, p. 1 e 2).

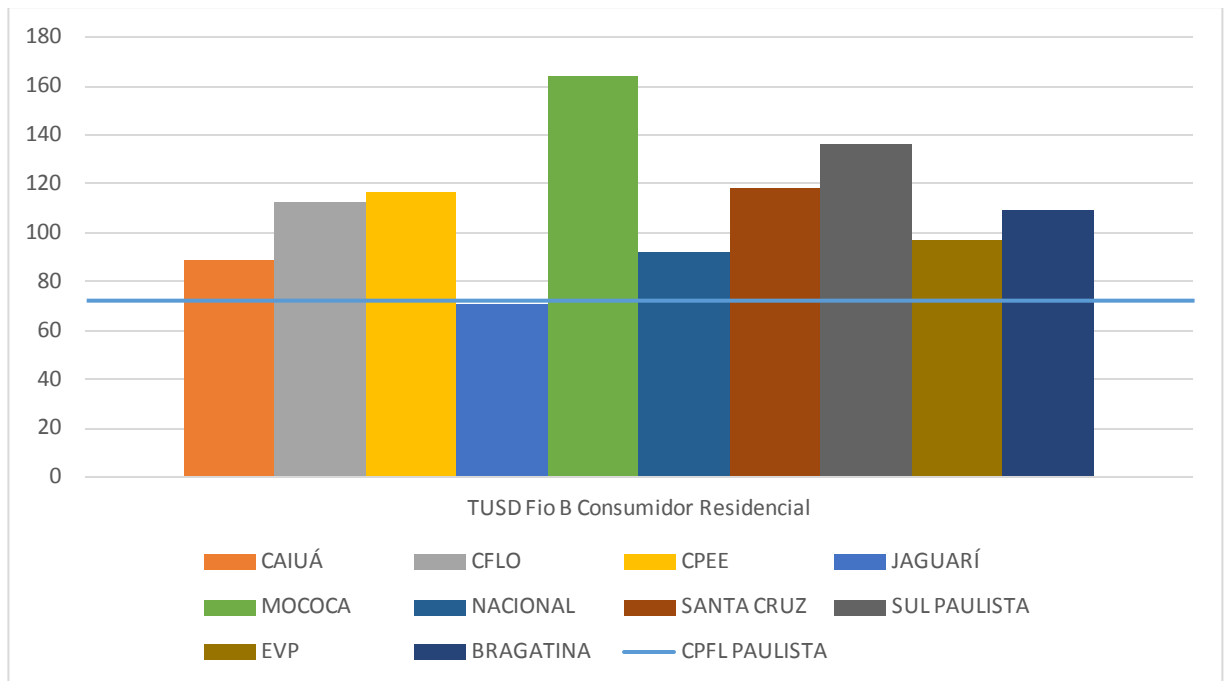
47. Para verificar o impacto das aludidas deseconomias de escala, foram comparadas as tarifas de uso do sistema de distribuição – Parcela B (TUSD Fio B) dessas concessionárias de pequeno porte com as tarifas de áreas maiores de localização próxima.

48. Segundo a Aneel, a TUSD Fio B é o parâmetro correto de comparação, haja vista que os efeitos da escala tendem a afetar apenas a Parcela B da tarifa (peça 56, p. 2). Essa Parcela é formada

pelos custos de operação e manutenção da área de concessão, pela remuneração incidente sobre o capital investido na área e pelo montante relativo à amortização dos investimentos realizados (Quota de Reintegração Regulatória).

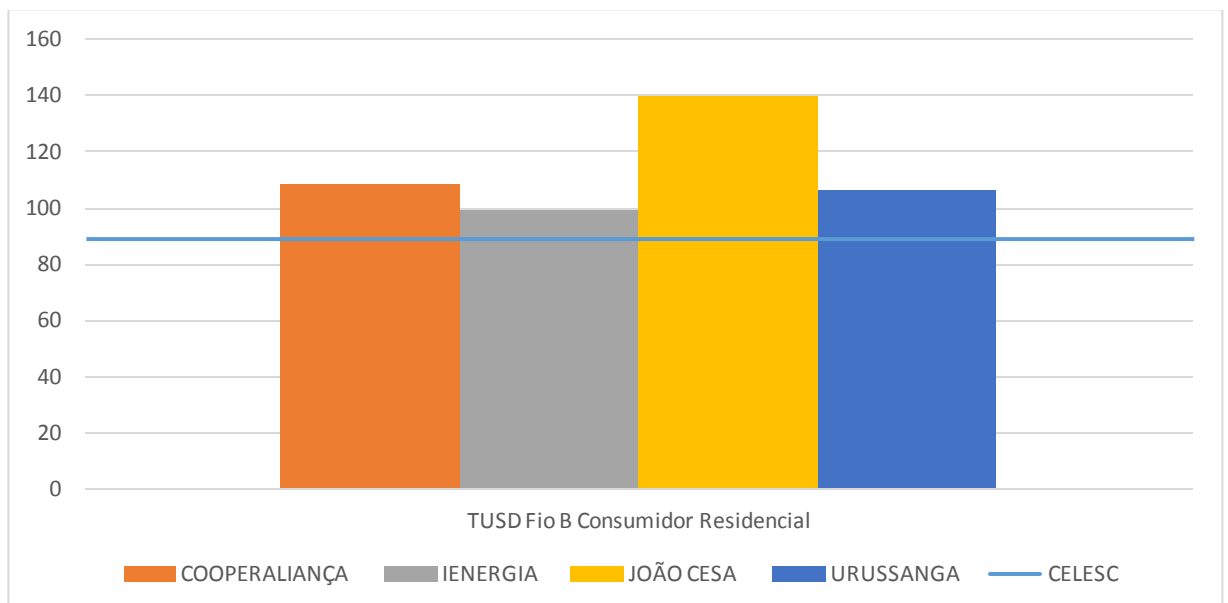
49. Conforme demonstrado a seguir, essa comparação evidenciou que as áreas de menor porte possuem tarifas superiores às tarifas das áreas maiores de localização próxima (representadas pelas linhas nos Gráficos a seguir), em prejuízo da modicidade tarifária para os consumidores das áreas menores.

Gráfico 4 – TUSD Fio B em São Paulo



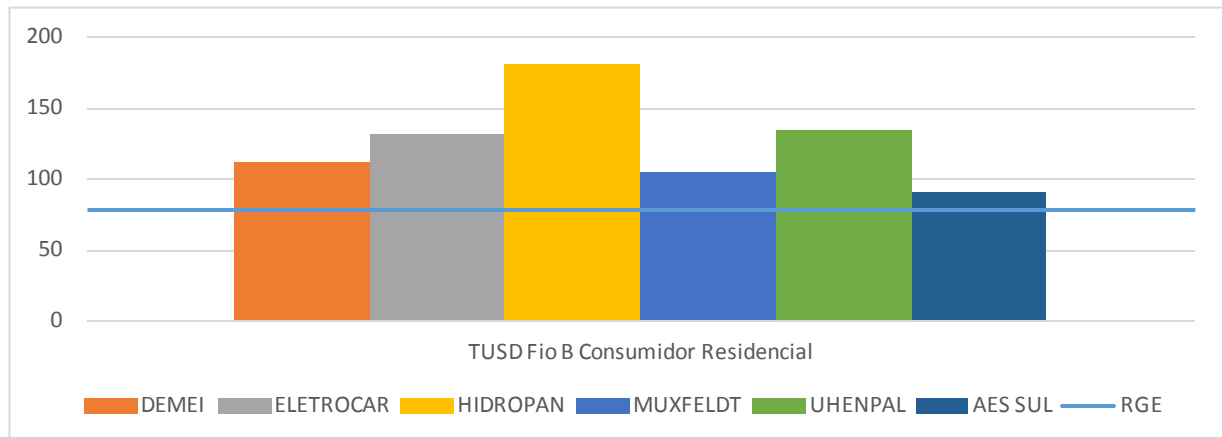
Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 14, p. 251).

Gráfico 5 – TUSD Fio B em Santa Catarina



Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 14, p. 251).

Gráfico 6 – TUSD Fio B no Rio Grande do Sul



Fonte: Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 14, p. 251).

50. Além disso, as distribuidoras de pequeno porte, segundo o Regulador, teriam dificuldades na implantação de novas tecnologias, como por exemplo o **smart grid** e os sistemas de teleatendimento, o que torna o custo para atendimento das obrigações regulatórias elevado em relação aos demais custos da concessão.

51. Sendo assim, a proposta contida no estudo da Aneel era de, ‘em função da ausência de racionalidade operacional e econômica, não renovar essas concessões’ (peça 14, p. 252).

52. Por outro lado, contrariando os estudos da Aneel, o poder concedente autorizou a prorrogação de todas as concessões alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013. Isso porque o Decreto 8.461/2015 autoriza a realização dessas prorrogações e o § 6º do seu art. 1º definiu que a avaliação de racionalidade operacional e econômica das distribuidoras de pequeno porte deverá considerar os parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos de concessionárias do mesmo porte e condição. Logo, o Decreto não permite a utilização do critério escala para aferição da racionalidade operacional. Esses aspectos serão analisados em tópico específico desta instrução.

53. Embora haja evidências de que concessionárias maiores tenham vantagens de escala, vale registrar que uma comparação exclusiva do preço da TUSD Fio B entre concessionárias de portes diferentes não é suficiente para atestar a existência dessa vantagem de escala. Deve-se levar em consideração a qualidade do serviço prestado, já que investimentos maiores refletem no valor da tarifa praticada. Essa unidade técnica comparou também a qualidade do serviço prestado dessas concessionárias mencionadas no estudo da Aneel e o resultado se encontra no Anexo I desta instrução. Verificou-se a existência de concessionárias de pequena escala com tarifas superiores a sua supridora e qualidade inferior.

IV. Da intempestividade das ações do poder concedente

54. A despeito da data final do vencimento das concessões prorrogadas com base no art. 22 da Lei 9.074, de 7/7/1995, estar prevista há vinte anos e de o TCU ter alertado o poder concedente da aproximação desta data e o instado a tomar as medidas e executar os estudos preparatórios necessários para o bom andamento das licitações ou eventuais prorrogações, muito pouco se realizou.

55. Recorde-se, como anotado no item 47 da instrução à peça 16, que o modelo constitucional vigente implica necessariamente em prazo final de expiração dos contratos dessas concessões, de modo que:

‘(...) caberia aos órgãos governamentais anteciparem-se na avaliação e preparação de medidas mitigadoras, tais como transparência do planejamento, definição com anos de antecedência das regras da licitação, a busca de novos investidores, inclusive, no estrangeiro, ou na efetiva demonstração de que a prorrogação de cada uma das específicas concessões em jogo melhor atenderia aos valores constitucionais.’

56. Assim, o TCU alertou o MME para esta necessidade com cinco anos de antecedência, nos termos do item 9.1.1.3 do Acórdão 1196/2010-TCU-Plenário, de 26/5/2010, a seguir transcrito:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, da Lei 8.443/92, e 276 do Regimento Interno, em:

9.1. Determinar:

9.1.1. ao Ministério de Minas e Energia (MME), que informe a este Tribunal, no prazo de 90 dias:

(...)

9.1.1.3. as ações que estão sendo adotadas, e respectivo cronograma até conclusão, em preparação para o vindouro vencimento (a partir de 2015) das concessões de geração, distribuição e transmissão, particularmente quanto ao desenvolvimento de estudos pertinentes sob o enfoque jurídico, econômico-financeiro, risco de descontinuidade, necessidade de repotenciação de usinas hidrelétricas, entre outros;’

57. Posteriormente, essa necessidade foi reafirmada no TC 028.862/2010-4, levantamento com a finalidade de identificar e avaliar as oportunidades e os riscos envolvidos nas ações de preparação ao vencimento dos prazos de grande número de concessões do setor elétrico a partir de 2015.

58. No Voto apresentado no TC 028.862/2010-4, o Ministro José Múcio Monteiro destacou a necessidade de conferir publicidade à agenda de trabalho das ações governamentais imprescindíveis para a preparação ao então já considerado próximo vencimento das concessões. Nessas circunstâncias, foi proferido o Acórdão 3.012/2011-TCU-Plenário, em 16/11/2011, pelo qual se decidiu:

‘9.1. fixar prazo de sessenta dias para que o Ministério de Minas e Energia (MME), relativamente às concessões cujos contratos vencem a partir de 2015, encaminhe plano de ação que contenha datas, atribuições e responsáveis para:

9.1.1. a definição do modelo a ser adotado, incluindo, entre outros, parecer jurídico quanto à constitucionalidade e à legalidade da alternativa escolhida;

9.1.2. a definição da metodologia para a fixação de tarifas e preços associados às concessões e para a aplicação dessa metodologia, com cálculos detalhados das correspondentes tarifas e preços públicos;

9.1.3. a elaboração de estudos acerca das implicações econômicas do modelo a ser adotado;’

59. Entretanto, conforme monitoramento efetuado no TC 004.916/2012-3, verificou-se que não fora cumprida a determinação, pelo que, nos termos do Acórdão 1.042/2012-TCU-Plenário, de 2/5/2012, decidiu-se:

(...)

9.2. fixar novo prazo de sessenta dias para que o Ministério de Minas e Energia (MME) apresente o plano de ação de que trata o item 9.1 do Acórdão 3012/2011-TCU-Plenário;’

60. Sem que essas determinações fossem atendidas, sobreveio o advento da MP 579, de 11/9/2012, posteriormente convertida na Lei 12.783, de 11/1/2013, com o marco legal para a prorrogação das concessões de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica. A matéria foi regulamentada pelo Decreto 7.805, de 14/9/2012. Os referidos diplomas indicaram critérios para a prorrogação das concessões de geração e de transmissão. Porém, pouco trataram da prorrogação das concessões de distribuição.

61. Nesse quadro, no TC 033.929/2012-2, em que foram abordados os critérios e os procedimentos para a prorrogação das concessões de geração e de transmissão, anotou-se que deveria ainda ser apreciada a responsabilidade pela ausência de tempestividade no cumprimento de determinação para a apresentação de estudos preparatórios às decisões do Governo sobre o vencimento das concessões do setor elétrico. Por isso, por meio do Acórdão 3.149/2012-TCU-Plenário, de 21/11/2012, decidiu-se:

‘9.1. sobrestar a apreciação do atendimento pelo Ministério de Minas e Energia da determinação do item 9.1. do Acórdão 3012/2011-TCU-Plenário, reiterada pelo item 9.2. do

Acórdão 1042/2012- TCU-Plenário, relativa a fixação de prazo de 60 (sessenta) dias para que aquele Ministério apresentasse ao TCU plano de ação para o enfrentamento das questões relacionadas ao vencimento dos contratos de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, a partir de 2015;'

62. *Outrossim, a urgência na necessidade de apresentação de parâmetros para a decisão acerca das concessões de distribuição de energia elétrica foi mais uma vez reafirmada no TC 001.843/2013-3, nos termos do item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, de 17/7/2013, abaixo transcrito:*

'9.3. determinar ao MME que:

(...)

9.3.2 apresente a esta Corte os fundamentos e as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, tão logo os defina.'

63. *Não obstante o cenário acima descrito, o MME não apresentou nenhuma manifestação a respeito do item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, de cujo monitoramento ora se trata. Por essa razão, pelo item 1.2.1 do Ofício 143/2015-TCU/SeinfraElétrica (peças 9 e 10), foi solicitado ao MME que, 'tendo em vista o atendimento ao item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário' apresentasse 'justificativa para o fato de ainda não terem sido formalmente encaminhadas ao TCU as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica'.*

64. *Respostas a esse tópico da diligência encontram-se no item 56 da Nota Informativa 002/2015/AEREG-SE-MME (peça 14, p. 10).*

65. *Alegou-se que o MME e a Aneel estiveram bastante envolvidos nos últimos dois anos no encaminhamento de soluções que diminuíssem os riscos financeiros a que as concessionárias de distribuição estavam sujeitas involuntariamente nos períodos entre seus processos tarifários ordinários. Acrescentou-se que foram, então, concebidas soluções conjunturais como as operações de financiamento por meio da CONTA-ACR e soluções estruturais, como a operacionalização do instrumento regulatório das bandeiras tarifárias.*

66. *Anotou-se que esses aperfeiçoamentos foram fundamentais no que concerne à percepção de risco no segmento de distribuição pelo mercado, que em última instância é quem angaria recursos, seja para investimento em participações acionárias (o que ocorreria em casos de licitações dessas concessões ou de alienação do controle dessas companhias) ou para financiamento dessas concessionárias nos eventuais desafios de recuperação de níveis de qualidade adequados. Defendeu-se que tais aperfeiçoamentos foram fundamentais também para se desenhar com mais clareza, e sem a contaminação pela conjuntura financeira desfavorável a que essas concessões estavam sujeitas, as diretrizes para a prorrogação dos prazos das concessões em tela (peça 14, p. 10, item 56).*

67. *Ressaltou-se, porém, que, ao longo desse período, foram realizadas análises sobre as medidas a adotar frente ao vencimento das concessões de distribuição.*

68. *Sobre as respostas do MME, de fato, conforme apurado no TC 011.223/2014-6, as distribuidoras ficaram em exposição involuntária a partir de 2013, porque o volume total de energia disponível no regime de cotas, instituído pela MP 579/2012, foi inferior ao volume descontratado a partir do término dos contratos CCEARs de energia existente em dezembro de 2012.*

69. *No entanto, no mesmo TC 011.223/2014-6 apura-se a responsabilidade do então Ministro de Minas e Energia por ter concorrido para essa situação ao ter cancelado, pela Portaria MME 599, de 28/11/2012 (peça 63), o leilão de energia existente previsto para novembro de 2012, sem saber o montante de energia elétrica que estaria efetivamente disponível no regime de cotas, o que culminou com a exposição involuntária das distribuidoras.*

70. *Ou seja, busca-se, no item 56 da Nota Informativa 002/2015/AEREG-SE-MME (peça 14, p. 10), justificar o fato de ainda não terem sido formalmente encaminhadas ao TCU as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica com base em situação para cuja ocorrência se apura a responsabilidade do próprio MME.*

71. *Ademais, na análise das razões de justificativa apresentadas no TC 011.223/2014-6, esta SeinfraElétrica ressaltou que, por terem sido efetuadas, desde 2010, determinações para que fossem*

adotadas ações preparatórias ao vencimento das concessões, não deveria prosperar alegação de falta de tempo hábil para a realização do leilão de energia existente no final de 2012. Para melhor compreensão, transcrevem-se a seguir trechos da instrução à peça 189 do TC 011.223/2014-6:

‘42. Ainda sobre a suposta falta de tempo, registra-se que o TCU, muito antes do vencimento dos contratos que venceriam em 2012 e muito antes do final do vencimento das concessões de 2015, cobrava do MME ações sobre esses dois temas.

43. Desde 2010 tem atuado no sentido de que o MME mostrasse as medidas que estava tomando em preparação ao vencimento dos contratos de energia em 2012, bem como das concessões que venceriam entre 2015 e 2017.

44. O item 9.1.1.4 do Acórdão 1196/2010-TCU-Plenário determinou ao MME que informasse, no prazo de 90 dias, as ações que estão sendo adotadas, e respectivo cronograma até conclusão, em preparação para ‘o vencimento dos contratos de energia (a partir de 2012), particularmente quanto ao percentual de energia de menor custo (em razão de já ter ocorrido a depreciação das hidrelétricas, por exemplo) a ser destinado para o mercado cativo’ (TC-021.247/2008-5).

45. Exarou o Acórdão 3.012/2011-TCU-Plenário, em 16/11/2011, o qual fixou prazo para que o MME apresentasse plano de ação relativo ao vencimento das concessões que se iniciariam em 2015.

46. Exarou o Acórdão 1.042/2012-TCU-Plenário, de 2/5/2012, que fixou novo prazo para manifestação do MME, por não ter cumprido o Acórdão 3.012/2011-TCU-Plenário.

47. A despeito dessas solicitações, o MME, às pressas, antecipou o vencimento das concessões em desarmonia com o vencimento dos contratos em 2012.

48. Portanto, a justificativa de que não havia tempo hábil não merece acolhida. Caso contrário, estaria caracterizada uma infração ainda mais grave, qual seja, o descumprimento do princípio constitucional da eficiência, pois o cronograma estipulado para a concretização do processo de renovação das concessões não se concatenou com a exigência legal de realizar leilão de energia existente, que necessita de um mês para sua organização.’

72. Da transcrição acima, o trecho em negrito alerta sobre como a demora na definição sobre o processo de prorrogação das concessões tem gerado problemas para o setor elétrico, bem como ressalta a importância da atuação tempestiva e eficiente do MME neste ponto.

73. Destaque-se que a Controladoria Geral da União (CGU) incluiu avaliação das providências tomadas pelo MME em relação ao vencimento das concessões do setor elétrico, em especial das concessões de distribuição de energia elétrica no escopo da auditoria anual das contas dos responsáveis pela gestão do MME em 2013 (TC 019.357/2014-1). Os resultados dessa avaliação foram devidamente juntados ao TC 019.357/2014-1, e uma cópia compõe a peça 15 deste feito.

74. A mencionada avaliação, consubstanciada na Nota Técnica 218/2015/DIENE/DI/SFC/CGU-PR, de 10/2/2015 (peça 15, p. 3-9), resultou na anotação da seguinte ressalva no Certificado de Auditoria Anual de Contas: ‘Indefinição dos fundamentos e diretrizes que serão utilizados na prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica’ (peça 15, p. 11). Acerca disso, no Parecer de Dirigente de Controle Interno, anotou-se que a ‘falha apontada no processo de prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica foi causada pela morosidade do poder concedente em definir os fundamentos e as diretrizes a serem utilizados na renovação de tais concessões’ (peça 15, p. 16).

75. De crucial importância para balizar a atuação do TCU neste feito é, porém, o fato de que somente há pouco mais de um mês do vencimento de quase todas as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 (peça 31, p. 63-64), foi editado o Decreto 8.461/2015, regulamentando a prorrogação de tais concessões, sem que antes tivessem sido cumpridas as reiteradas determinações acima mencionadas. Sem que, ainda, conforme destacado no Despacho referente à medida cautelar em exame (peça 36), houvesse a demonstração de que a via

escolhida é a que melhor atende aos princípios constitucionais e legais aplicáveis à Administração Pública.

76. Registre-se, ainda, que a maioria dos contratos de concessão tiveram seu termo final em 7/7/2015, estando a minuta do termo aditivo que prorroga esses contratos, por trinta anos, submetida a audiência pública aberta até 13/7/2015, na Aneel, e a data de assinatura da prorrogação, segundo o MME (peça 56, anexo 4, e peça 57, p. 14), não ocorrerá antes de novembro de 2015, pelo menos quatro meses após o vencimento dos contratos.

77. Cabe ainda destacar que os contratos vencidos ou a vencer possuem cláusula em que é estipulado prazo de até 36 meses antes de seu vencimento para requerimento, por parte do concessionário, de prorrogação do contrato. Há ainda dispositivo em que é estabelecido prazo de até dezoito meses antes do término do prazo da concessão para a manifestação da Aneel sobre o referido requerimento. Exemplo dessas cláusulas segue adiante, com base no Contrato de Concessão 66/99 – Aneel, celebrado com a Companhia Energética de Brasília (CEB):

‘CLÁUSULA TERCEIRA – PRAZO DA CONCESSÃO E DO CONTRATO

Subcláusula Segunda – O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo deste Contrato, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de energia elétrica, bem assim de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes.

Subcláusula Terceira – A ANEEL manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão. Na análise do pedido de prorrogação, a ANEEL levará em consideração todas as informações sobre o serviço público de distribuição de energia elétrica prestado, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto. O deferimento do pedido levará em consideração o cumprimento dos requisitos de serviço adequado, por parte da CONCESSIONÁRIA, conforme relatórios técnicos fundamentados, emitidos pela fiscalização da ANEEL.

78. Esses dispositivos contratuais têm amparo na Lei 9.074/1995, conforme exposto abaixo:

‘Lei 9.074/1995

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987/1995, e das demais.

§ 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data.’ (grifamos)

79. Verifica-se, portanto, que, quando do vencimento do prazo contratual e legal para que as concessionárias pleiteassem a prorrogação dos contratos, julho de 2012, não havia sido editada ainda a MP 579/2012, que, em setembro daquele ano, autorizou as prorrogações dos contratos. Ademais, quando do término do prazo para manifestação pelo poder concedente sobre o deferimento ou não dos pleitos de prorrogação, dezembro de 2014, não havia ainda regulamentação do art. 7º da Lei 12.783/2013, com as diretrizes que regeriam a análise daqueles pleitos.

80. As concessionárias, então, tiveram que optar por pleitear prorrogação de seus contratos sem que soubessem ao certo se haveria autorização legal nem mesmo as diretrizes que regeriam a regulação da prestação do serviço ao longo do novo prazo dos contratos.

81. A intempestividade e falta de transparência das decisões do MME geram como consequência instabilidade jurídica, incertezas, aumento do risco de investimentos no setor, tornando ainda mais precária a prestação adequada do serviço público de distribuição de energia elétrica.

82. O quadro descrito neste tópico evidencia necessidade de que seja oportunamente apreciada a responsabilidade, no âmbito do MME, por não terem sido ainda definidos os fundamentos e as

diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, a despeito da antecedência dos alertas emitidos pelo TCU e do já findado prazo de vigência contratual das concessões de que trata esta instrução.

83. *Pelo exposto, em benefício da racionalidade processual e para não causar confusão neste processo, propõe-se autuação de apartado, com fundamento no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, para apuração das responsabilidades, no âmbito do MME, pela intempestividade tratada nesta instrução, em conjunto com a análise de responsabilidade de que trata o item 9.1 do Acórdão 3149/2012-TCU-Plenário e o sobrestamento das contas de 2013 do referido ministério (TC 019.357/2014) até a conclusão das referidas análises.*

V. Da regra constitucional de se licitar as concessões vincendas e de sua exceção

84. *O art. 175 da Constituição Federal é explícito na obrigatoriedade de realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos.*

‘Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.’ (grifou-se)

85. *A não realização de licitação somente seria admissível se fazê-la fosse inviável ou trouxesse desvantagens tais, em relação à prorrogação, que se contrapusesse a outros princípios constitucionais, como o da eficiência, o da modicidade tarifária, o da manutenção do serviço adequado, o da continuidade, entre outros. Seria, portanto, situação excepcional, que fugiria à regra.*

86. *Nesse sentido deve ser interpretado o art. 7º da Lei 12.783/2013 que estabelece condições para a prorrogação dessas concessões. Não se trata, portanto, de uma autorização ampla e irrestrita para a prorrogação, dado que isso seria inconstitucional. Havendo, contudo, situação excepcional, que justifique a não licitação, as prorrogações deverão assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica, nos termos dessa lei.*

87. *Portanto, o objetivo da prorrogação, com fundamento na Lei 12.783/2013, deve ser o de assegurar a prestação adequada do serviço. Além disso, para estar alinhada aos ditames constitucionais, deve ser demonstrado que essa prorrogação, em relação à licitação, atende melhor a esse objetivo.*

88. *Recorde-se que no TC 012.751/2002-7 esta Corte de Contas considerou inconstitucional lei que prorrogou contratos de concessão originalmente celebrados sem licitação. Na ocasião, tratou-se da Lei 10.577/2002, cujo art. 1º segue abaixo transcrito:*

‘Art. 1º A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT manterá os contratos de exploração de serviços celebrados com as Agências de Correio Franqueadas – ACF, a que se refere o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, acrescentado pelo art. 3º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, que permanecerão válidos por 5 (cinco) anos, contados a partir da publicação desta Lei.’

89. *A referida prorrogação foi considerada inconstitucional pelo TCU, por contrariar o art. 175 da CF/88, pelo qual as concessões exigem prévia licitação, conforme trechos do Acórdão 574/2006-TCU-Plenário (TC 012.751/2002-7), a seguir transcritos:*

‘9.2. ante a inconstitucionalidade da Lei 10.577/2002 e com fundamento no Enunciado 347 da Súmula do STF, no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT que:

(...)

9.2.3. realize procedimento licitatório para a outorga de Agências de Correios, visando à substituição das ACFs não enquadradas no item 9.2.1.1 acima, fixando-se o prazo de 1 (hum) ano para conclusão, a contar da notificação desta Decisão;’

90. *No tocante ao caso ora em análise, deve-se registrar que nenhuma das concessões de distribuição vincendas foi previamente licitada, a despeito de terem transcorridos 27 anos da edição da CF/88. Por esse motivo, resta evidente a necessidade de que eventuais prorrogações sejam*

devidamente fundamentadas por situação excepcional capaz de justificá-las, em detrimento da via licitatória, o que, conforme será demonstrado adiante, não foi evidenciado.

91. Ainda que se admita existirem situações excepcionais que possibilitem a realização da prorrogação dos contratos, o modelo proposto pelo Governo possui desconformidades com o dispositivo legal autorizativo das prorrogações, conforme será evidenciado em tópico específico desta instrução, o que traz relevantes riscos para o setor, tendo em vista a possibilidade de o referido modelo ser utilizado para balizar procedimentos licitatórios futuros e/ou prorrogação de contratos de concessão não abarcados pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.

VI. Dos fundamentos apresentados pelo MME para prorrogação dos contratos

92. Em resposta à oitiva, o MME (peça 42) refuta os fundamentos da medida cautelar apresentados no histórico desta instrução, em suma, com as alegações expostas adiante.

VI.1. Argumento do MME: Constitucionalidade e discricionariedade decisória

‘7. (...) a lei possibilita a prorrogação de tais contratos de concessão, a critério do poder concedente, que detém o poder discricionário de analisar e optar pela melhor alternativa a garantir o interesse público. Desse modo, não obstante a licitação ser a regra geral fixada na Constituição Federal há dispositivo legal que afasta temporariamente tal regra, a permitir a prorrogação desses contratos. Portanto, não há motivos para o afastamento da norma legal, sendo de competência do poder concedente decidir pela realização da licitação ou pela prorrogação dos contratos de concessão, com respaldo na legislação.

[...]

11. Quanto à possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, há de ser ressaltado que, como mencionado anteriormente, existe dispositivo legal a permitir tal possibilidade. E, também como mencionado, tal dispositivo não pode ser imputado como inconstitucional, visto estar inserido no ordenamento jurídico. Assim, não merece respaldo qualquer interpretação no sentido de que eventual prorrogação de concessões ofende princípios constitucionais como o da impessoalidade e da eficiência.

[...]

21. Aliás, cumpre destacar também que o artigo 175 da Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de prorrogação de concessões de serviço público, desde que tal questão seja tratada em lei, o que, de fato, ocorreu.

22. Portanto, pode-se concluir que a legislação que permite ao poder concedente efetuar a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, cumprindo os requisitos ali colocados, é plenamente válida, eficaz e compatível com a ordem constitucional.’

VI.1.1. Análise

93. O Parágrafo único do art. 175 da CF/88 tem a seguinte redação:

‘Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;’

94. O referido dispositivo deve ser interpretado, em obediência à melhor hermenêutica constitucional, em acordo com o **caput** de seu artigo e não isoladamente. Fato é que o legislador original incluiu no art. 175 a expressão ‘sempre através de licitação’. O vocábulo ‘sempre’ traduz com força e clareza a obrigação de licitar. Não há coerência em interpretar o parágrafo único de forma a contradizer o **caput**. Dessa forma, a prorrogação a ser disciplinada por lei é a que decorre de contratos de concessão ou permissão já licitados. O que não se aplica ao caso ora em análise.

95. Ressalte-se, ainda, que não se está questionando a constitucionalidade da Lei 12.783/2013, mas, somente, dando a ela uma interpretação conforme a constituição. Logo, a referida lei normatiza uma situação excepcional que deve ser caracterizada pelo poder concedente.

96. Portanto, a autorização legal para a prorrogação não é ampla e irrestrita, mas, sim, adstrita à fundamentação que comprove a existência de situação que traga efetivos riscos à continuidade, modicidade tarifária, prestação do serviço adequado ou outros princípios constitucionais relevantes e aplicáveis ao caso concreto.

97. Desse modo, a decisão do poder concedente de prorrogar concessões nunca antes licitadas deve sim ser muito bem fundamentada, evidenciando com clareza as vantagens e desvantagens dessa escolha para cada caso, concessão a concessão. E ao fazê-lo, deverá assegurar, nos termos do art. 7º da Lei 12.783/2013, 'a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica'.

98. Entender de forma diversa abriria precedente para prorrogações aos desejos do eventual administrador público, que, sem qualquer motivação, poderia assim manter indefinidamente concessões públicas sem licitação, em detrimento de princípios constitucionais e legais que disciplinam a matéria.

99. No presente caso concreto, além de não ter sido apresentada situação excepcional que possibilite a prorrogação, pelo menos até o presente momento, o poder concedente indica por prorrogar todas as concessões de distribuição, independentemente de suas particularidades, o que fere a regra constitucional e a finalidade do referido diploma legal, porquanto não avaliou o atendimento individualizado de cada concessionária aos critérios de continuidade, eficiência na prestação do serviço, modicidade tarifária e racionalidade operacional e econômica.

100. Concluindo, as prorrogações ora almejadas pelo poder concedente serão válidas, eficazes e compatíveis com a ordem constitucional apenas se justificada situação fática que excepcione a regra do art. 175 da CF/88 e respeitadas as finalidades instituídas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.

101. Superada a discussão constitucional sobre a natureza da autorização conferida na lei, o MME apresenta diversos argumentos para demonstrar as desvantagens decorrentes da realização de licitação, com o objetivo de evidenciar situação que justifique e motive a escolha pela prorrogação de todos os contratos de distribuição amparados pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.

VI.2. Argumentos do MME: a licitação comprometeria a continuidade e a qualidade da prestação do serviço

29. a) Poderia implicar o comprometimento, no curto prazo, da continuidade e da qualidade da prestação do serviço, em razão da falta de experiência e de conhecimento do novo concessionário quanto às especificidades da área de concessão, bem como da operação técnica da concessionária.

32. a) (...) não seria trivial a saída do atual concessionário e sua substituição. A decisão afeta milhares de funcionários, mais de 66 mil apenas das distribuidoras cujas concessões vencem até 2017, o que implica elevados riscos não só para a continuidade do serviço, como de judicialização de questões trabalhistas.

32. b) (...) O negócio de distribuição é o mais dinâmico, exigindo corpo técnico especializado, de difícil substituição.

32. c) O segmento de distribuição cuida da relação direta com o consumidor final e a troca do concessionário pode colocar em risco o atendimento à população.

32. d) Mesmo o cenário de um prestador de serviço temporário até que se efetive a licitação, possibilidade prevista na Lei 12.783, de 2013, é mais complexo no segmento de distribuição... a imprevisibilidade a respeito da forma de compensação pelos serviços temporários prestados pode levar à falta de investimentos. Haveria comprometimento tanto dos investimentos em reposição quanto em expansão, prejudicando a qualidade do serviço prestado e a universalização.'

VI.2.1. Análise:

102. Não foram apresentados estudos que explicitem a dimensão do problema, suas consequências e possíveis soluções e medidas mitigadoras, especialmente para cada caso concreto das concessões vencidas e a vencer.

103. *A falta de experiência e de conhecimento de novos concessionários é um problema enfrentado em todos os tipos de concessões, inclusive para aquelas que já foram objeto de licitação. O que diferencia as concessões de distribuição do restante dos serviços de energia elétrica é o grande quantitativo de ativos geridos e as implicações decorrentes dessa questão na atividade da concessionária, inclusive mediante o uso de mão de obra intensiva. Portanto, há, de fato, maior complexidade e necessidade de medidas preparativas para a realização de troca de concessionário, eventualmente até de transferência de controle acionário.*

104. *A Aneel já se manifestou sobre o assunto, consoante Anexo I do Ofício 166/2014-DR/Aneel (peça 14, p. 225-227), e entendeu que os problemas poderiam ser mitigados por meio de um período transitório em que as concessões seriam transferidas, gradualmente, aos novos concessionários.*

105. *Em relação à prestação de serviço por concessionário temporário, vale observar que tal fato ocorrerá independentemente da licitação ou da prorrogação. É que boa parte dos atuais contratos venceu no dia 7/7/2015 e, mesmo que se proceda à prorrogação, o planejamento do poder concedente estima a assinatura dos termos aditivos apenas entre setembro de 2015 e janeiro de 2016 (peça 56, anexo 4, e peça 57, p. 14). Dessa forma, os antigos concessionários continuarão a prestar o serviço até os contratos serem assinados ou haver a licitação, sem que esteja definida qualquer regra especial que regule a sua remuneração nesse período. Note-se que o MME, em resposta a ofício de requisição do TCU, detalhou o embasamento jurídico para que isso ocorra (peça 57, p. 9).*

106. *Cabe ressaltar ainda que, de acordo com o modelo proposto de prorrogação, caso o atual concessionário não atinja as metas estipuladas em contrato, poderá ter a concessão extinta. Nesse caso, o poder concedente deverá promover licitação, o que, poderá, em tese, gerar todos os riscos alegados pelo MME.*

107. [Parágrafo em branco]

108. *Não se trata, pois, de impedimento à licitação, mas de risco gerenciável, que deve ser mitigado com medidas preparatórias claras e transparentes de forma a dar previsibilidade a esse processo transitório.*

109. *Daí, portanto, necessário recomendar à Aneel que inclua dispositivo contratual específico sobre período transitório em que as concessões seriam transferidas, gradualmente, aos novos concessionários.*

VI.3. Argumentos do MME: redução de investimentos no fim da concessão

‘29. b) Possibilidade de estímulo à redução de investimentos. A atividade de distribuição demanda investimentos de forma contínua. Ocorre que, ao ter ciência de que seu contrato de concessão não será prorrogado, o concessionário pode se sentir incentivado a reduzir os investimentos à medida que o prazo da concessão se aproxima do fim, podendo provocar uma degradação da qualidade do serviço.’

VI.3.1. Análise

110. *Inicialmente, deve-se ressaltar que a insuficiência de investimentos já é fato concreto em algumas concessões, vindas ou não, por diversas razões, conforme denotam os indicadores de qualidade expostos na Nota Técnica 175/2015-SCT-SFE-SFF-SRD-SRM/ANEEL (peça 31).*

111. *Como toda atividade econômica regulada por preço, regime tarifário vigente na distribuição, o agente econômico sempre tentará reduzir custos para maximizar lucros. Os investimentos, principalmente os que afetam a qualidade, serão evitados a menos que haja controles destinados a verificar esses investimentos e/ou regulações que induzam sua realização. No setor elétrico, embora haja alguns controles de investimentos, o sistema regulatório indutivo prevalece. Percebe-se que, independentemente de haver concessões próximas de seu prazo final, os mecanismos existentes não têm sido suficientes para elevar os padrões de qualidade ao nível desejado, em muitas concessionárias.*

112. *Certamente, com a aproximação do final do prazo concessivo, a eficácia de mecanismos indutivos regulatórios é ainda mais reduzida, na medida em que a diminuição dos investimentos pode provocar impacto na vida útil de equipamentos para além do período de sua gestão e, portanto, não*

impactarem negativamente na atual gestão. Dessa forma, os controles diretos seriam ainda mais necessários e poderiam mitigar esse risco.

113. *Outra razão para a baixa qualidade na prestação de serviços de distribuidoras é a falta de sustentabilidade econômico-financeira da concessionária. A ausência de saúde financeira traz limitações para a realização de investimentos e verificam-se, nesses casos, serviços de baixa qualidade. A manutenção dessas concessões, por meio de prorrogação, somente perpetuaria essa deficiência de qualidade.*

114. *De acordo com o estudo constante do Anexo II do Ofício 166/2014-DR/Aneel (peça 14, p. 228-267), pelo menos onze distribuidoras com concessões vincendas não atendem aos critérios de qualidade, das quais oito também não possuem sustentabilidade financeira. A realização de licitação para que novo concessionário assumira traria oportunidade para melhora na prestação dos serviços com expectativa de investimentos. Poder-se-ia, inclusive, estabelecer como critério objetivo para julgamento das propostas o aporte imediato de investimentos na área de distribuição.*

115. *O modelo proposto no Decreto 8.461/2015 e consubstanciado nas minutas de contrato submetidas a audiência pública define metas de qualidade a serem alcançadas em cinco anos e metas intermediárias que não poderão ser transgredidas por dois anos seguidos, mas não exige da concessionária que seja apresentado plano de investimentos compatível com o alcance dessas metas, nem a realização de investimentos obrigatórios.*

116. *Prorrogar, sem qualquer plano factível de investimentos com prazos definidos, representa alto risco de que a prestação dos serviços se mantenha em níveis insatisfatórios, por mais tempo. Permite, também, que a concessionária tenha comportamento oportunista, visando extrair ao máximo receitas, sem qualquer compromisso de realização de investimentos, até a decretação da caducidade da concessão.*

117. *É de se notar que, mesmo diante de comportamento oportunista, o modelo proposto faculta às concessionárias a apresentação de plano de transferência de controle acionário, o que suspende os processos de extinção das respectivas concessões. A conclusão da transferência pode se dar em um prazo de doze meses, prorrogável por igual período. Ou seja, as atuais concessionárias que prestam serviços de má qualidade poderiam manter as respectivas concessões, sem o investimento adequado, legitimamente garantido pelo modelo proposto por prazo de pelo menos quatro anos. Ao longo desse período, o consumidor seria prejudicado pela má qualidade dos serviços por elas prestados. Logo, a prorrogação das concessões também não garante a melhoria da qualidade e pode implicar na sua deterioração.*

118. *Ademais, na hipótese de transferência do controle acionário, os recursos da venda seriam revertidos aos acionistas das concessionárias, ao passo que, no caso de licitação, poder-se-ia exigir das licitantes vencedoras um montante de investimentos imediatos, que seriam utilizados em prol do setor elétrico, bem como um valor de outorga ou, hipoteticamente, a redução das tarifas.*

119. *Enfatiza-se que a licitação, mesmo que seja adotado o modelo proposto pelo MME, é sempre uma possibilidade real. Em primeiro lugar, porque pode haver casos de não aceitação das condições impostas pelo poder concedente para a prorrogação, o que naturalmente conduziria para uma licitação (exemplo concreto de situação semelhante ocorreu com os contratos de geração). Em segundo, porque o modelo proposto prevê a caducidade da concessão no caso de não atingimento das metas de qualidade, o que levaria à licitação. Dessa forma, o regulador deve sempre estar preparado para mitigar a ineficácia da regulação por incentivos no fim do prazo de concessão.*

120. *Note-se, ainda, que a indenização pela realização de investimentos não amortizados vinculados à concessão é regra legal estabelecida. Havendo controles sobre os investimentos realizados em bens reversíveis, transparência na precificação dos bens não amortizados e na forma do pagamento das indenizações, haveria segurança jurídica e regulatória para a realização de investimentos nos prazos finais da concessão. Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, o risco na redução de investimentos já é atualmente enfrentado nas atuais concessões sem qualquer*

mitigação, haja vista a falta de previsibilidade quanto à forma de remuneração desses investimentos no caso de uma eventual licitação.

121. *Cabe ainda ressaltar que os contratos de concessão de que tratam estes autos já venceram em 7/7/2015. Até 11/9/2012, data da publicação da MP 579, não existia previsão legal para prorrogação dos contratos. Isto é, menos de três anos do encerramento dos contratos de concessão, as empresas não tinham qualquer indicativo de prorrogação.*

122. *Além disso, em que pese a referida MP ter sido convertida na Lei 12.783 em 11/1/2013, somente em 3/6/2015 ela foi regulamentada pelo Decreto 8.461/2015. Portanto, a pouco mais de um mês para o vencimento dos contratos, os atuais concessionários não sabiam quais seriam as reais diretrizes de suas prorrogações.*

123. *Como já mencionado, esses concessionários permanecerão responsáveis pela gestão das respectivas áreas por pelo menos quatro meses sem que tenham contratos prorrogados formalmente.*

124. *Portanto, já existia há mais de três anos e ainda existe ambiente de insegurança jurídica e regulatória para a realização de novos investimentos pelos atuais concessionários.*

125. *Cabe registrar que a minuta do contrato de prorrogação submetida a audiência pública da Aneel prevê dispositivo específico para esse risco (peça 31, p. 81), com o objetivo de mitigá-lo no próximo período das concessões, prorrogando-as ou licitando-as:*

‘CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – EXTINÇÃO DA CONCESSÃO E REVERSÃO DOS BENS E INSTALAÇÕES VINCULADOS

Subcláusula Décima Terceira – A DISTRIBUIDORA se compromete a observar, nos últimos 5 (cinco) anos deste Contrato, a regulação da ANEEL sobre a extinção contratual, que poderá compreender a obrigatoriedade de investimentos mínimos anuais, agravamento de penalidades, amplo acesso às informações administrativas, comerciais e operacionais, entre outras regras necessárias para garantir a continuidade da prestação do serviço da distribuição.’

VI.4. Argumentos do MME: risco de judicialização na valoração e pagamento de bens reversíveis não amortizados

‘29. c) Poderia haver também o aumento do risco de judicialização em razão das dificuldades regulatórias para avaliar e valorar os bens reversíveis da concessão, induzindo risco regulatório no setor, o que também poderia prejudicar a licitação em razão da precificação dos riscos.’

VI.4.1. Análise

126. *O controle dos bens reversíveis é uma obrigação legal do poder concedente. A Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) traz inúmeras disposições sobre o tema e em específico o art. 36 que estabelece a obrigação, por ocasião da reversão no advento do termo contratual, de indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido. Nota-se, portanto, que indenizar bens reversíveis não amortizados é regra para toda e qualquer concessão ou permissão de serviço público.*

127. *No caso do setor elétrico, a Aneel rotineiramente controla a base de ativos das concessionárias, como se observa nas revisões tarifárias periódicas. Nesses processos, a Agência define os montantes de ativos investidos pelas concessionárias que, de fato, são afetos à prestação do serviço, bem como calcula as parcelas amortizadas e por amortizar. Sobre essa última, incide o custo de capital regulatório do setor, e a remuneração correspondente é repassada para a tarifa. Cada concessionária sabe com exatidão, portanto, qual a sua base de ativos considerada pelo regulador.*

128. *A possibilidade de judicialização é inversamente proporcional à transparência do processo, à previsibilidade dos acontecimentos e ao prazo de definição das regras que regem o vencimento das concessões. O grau de sucesso da licitação ou mesmo da prorrogação das concessões de distribuição está relacionado a um planejamento prévio, com tempo suficiente para que questões de diversas*

ordens de complexidade sejam devidamente tratadas, a fim de se evitar controvérsias capazes de incitar pleitos judiciais por parte dos agentes envolvidos.

129. No entanto, percebe-se que o processo de renovação ora em exame não transcorreu com o devido preparo, de modo a dar previsibilidade às regras e às ações que deveriam ocorrer em tão relevante matéria. Em que pese alguns estudos da Aneel sobre o tema tenham sido apresentados ao MME em setembro de 2013, o Decreto 8.461/2015 foi publicado apenas em 2/6/2015, restando pouco mais de um mês para o término do prazo das concessões vincendas.

130. Entre a apresentação dos estudos pelo regulador e a publicação do decreto não houve publicidade na atuação do poder concedente quanto à solução a ser adotada. Também não constam dos autos evidências de que houve esforço do poder concedente no sentido de se licitar tais concessões, a despeito de o estudo da Agência recomendar a licitação de dezesseis delas (peça 14, p. 228-267).

131. Portanto, o que aumenta a possibilidade de judicialização não é a realização de licitação, em si, mas a ausência de planejamento e execução de ações transparentes e previsíveis, consubstanciadas em regras claras e bem discutidas com todos os interessados, em prol da segurança jurídica.

132. Assim, prorrogar todas as concessões vincendas não resolverá o problema da qualidade do serviço prestado, apenas retardará o enfrentamento de questões não resolvidas que poderiam ensejar alguma discussão judicial. Ademais, ainda que alguma concessionária que perca a concessão e judicialize qualquer questão, não se entende que isso seja relevante o suficiente para a impedir a realização de licitação.

133. Também deve se ter claro que, a exemplo do ocorrido com contratos de geração e transmissão, o deslinde do processo pode resultar na necessidade de se licitar determinados contratos com concessionárias que rejeitarem as condições oferecidas pelo poder concedente. Sendo assim, é imprescindível que essas questões causadoras de insegurança jurídica sejam dirimidas tanto para a realização dessas licitações, quanto para que o mesmo não se repita em trinta anos, ao término do prazo das concessões prorrogadas.

VI.5. Argumentos do MME: ausência de recursos para pagamento dos bens reversíveis não amortizados

‘33. a) Para licitação, conforme previsto na legislação brasileira, há necessidade de indenização dos ativos do atual concessionário, seja por parte do Poder Público ou do novo concessionário. A concentração do vencimento praticamente simultâneo da concessão de 39 distribuidoras poderia tornar inviável a obtenção de recursos de uma parte ou de outra (os recentes leilões de transmissão são um exemplo dessa dificuldade). A base de remuneração líquida dessas distribuidoras, considerada nos processos de revisão tarifária, em valores atuais, totaliza R\$ 19,9 bilhões. Trata-se de valor que pode ser utilizado como uma boa proxy para o montante a ser pago a título de indenização pelos ativos.

e) A grande concentração de processos licitatórios e a dificuldade de atrair capital poderia resultar em deságios em desfavor do Tesouro Nacional ou da modicidade tarifária. Por exemplo, numa licitação de distribuição, o desenho mais provável seria estabelecer que a tarifa é aquela definida pela ANEEL e que o ágio mínimo é a base de remuneração líquida do concessionário que está saindo. Em caso de o certame não ter demanda, as condições teriam que ser revistas, permitindo um deságio. Como a indenização pela base de remuneração líquida é um direito assegurado do atual concessionário, a diferença teria que ser paga pelo Tesouro Nacional ou por meio da Conta de Desenvolvimento Energético (que assumiu os usos da Reserva Global de Reversão — RGR após a edição da Lei 12.783/2013), com impacto tarifário.’

VI.5.1. Análise:

134. Não foram apresentados estudos que detalhem o problema, suas consequências e possíveis soluções, a partir de dados concretos.

135. No modelo regulatório vigente, pode-se dizer que a indenização dos ativos do atual concessionário se dá por meio da Quota de Reintegração Regulatória (QRR), que corresponde à parcela da tarifa que considera a depreciação e a amortização dos investimentos realizados, e tem por finalidade recompor os ativos destinados à prestação do serviço ao longo da sua vida útil. Essa parcela integra atualmente a tarifa e, mantidos os valores tarifários, continuaria integrando após a transferência da concessão.

136. Dessa forma, não haveria necessidade de concentração de recursos para indenizar os ativos não amortizados da atual concessionária. Bastaria, por exemplo, que a nova distribuidora repassasse os valores da QRR referentes aos investimentos realizados pela concessionária anterior, até a completa amortização destes.

137. Como se percebe, há soluções possíveis para a questão que não implicariam aporte de capital do Tesouro Nacional ou da concessionária entrante e que poderiam ser devidamente estudadas e avaliadas pelo poder concedente em conjunto com outras soluções.

138. Ademais, é justamente por conta de complexidades dessa natureza, inseridas em cenários macroeconômicos adversos, que devem ser previamente estudadas soluções e dada previsibilidade às decisões em favor da segurança jurídica, conforme delineado no tópico antecedente.

VI.6. Argumentos do MME: esvaziamento da concessionária extinta e problemas sociais e trabalhistas decorrentes

‘29. d) A licitação poderia causar graves impactos sociais e trabalhistas, visto que ao final da concessão, a empresa concessionária ficaria com o passivo e com todas as despesas trabalhistas. Por sua vez, seria licitada a concessão para a exploração do serviço público e os ativos a ela associados. Em linguagem coloquial, é como se a antiga concessionária fosse esvaziada de suas atribuições e receitas, permanecendo apenas com as dívidas e com os funcionários. Por sua vez, a nova concessionária não teria obrigação alguma com os trabalhadores da antiga concessionária, o que poderia gerar graves problemas locais.’

VI.6.1. Análise:

139. Não foram apresentados estudos com dados concretos que embasem o argumento e evidenciem a dimensão do problema, as consequências e as possíveis medidas mitigadoras.

140. Embora a troca de concessionárias requeira uma série de acertos de cunho trabalhista, esse argumento também não pode ser utilizado para se justificar a prorrogação das concessões. Com efeito, a preocupação do poder concedente com a prestação adequada dos serviços deve sobrepujar qualquer interesse privado por parte das distribuidoras ou de seus empregados. Vale dizer, novamente, o modelo de concessões foi elaborado sob a premissa de que os contratos possuem prazo certo, cujo término dá ensejo à possibilidade de deslocamento da antiga empresa concessionária em benefício de outra. Ressalta-se que esses contratos possuem longo prazo de vigência (vinte a trinta anos), o qual é necessário para a amortização dos investimentos em benefício da modicidade tarifária e, também, contribui, subsidiariamente, para o adequado planejamento e equacionamento, por parte dos concessionários e funcionários, de riscos como os mencionados.

141. Repare-se que o serviço continuará a ser prestado e haverá necessidade de número semelhante de empregados, podendo ocorrer, inclusive, o aumento de empregados caso haja aporte de investimentos e a adequada operação e manutenção da rede. Natural, também, que boa parte dos empregados da concessionária cedente seja contratada pela entrante, devido às características dessa força de trabalho, de alta especialização e qualificação técnica, e ao conhecimento para tocar o negócio, além de eventualmente haver escassez dessa mão de obra no mercado de trabalho nacional. Portanto, não se vislumbram problemas sociais ou trabalhistas que justifiquem a não licitação de concessões, pelo menos quanto aos riscos hipotéticos levantados pelo MME.

142. Em relação ao problema de a concessionária cedente ser ‘esvaziada’, entende-se que tal risco decorre de qualquer negócio com a administração pública dotado de prazo certo para terminar. Não se poderia, por exemplo, justificar a prorrogação contratual de empresa prestadora de serviço que terceiriza mão de obra para a administração pública em razão de seu ‘esvaziamento’. A regra

estabelecida é o fim do prazo de concessão e a empresa deve se preparar para isso, diversificando suas atividades, gerenciando suas dívidas para que permaneça em atividade. Daí, mais uma vez, a necessidade de previsibilidade das decisões tomadas pelo poder concedente. Não cabe ao Estado tutelar interesses privados em detrimento de seus próprios interesses.

143. Esclarece-se, ainda, que a atual concessionária teria ainda a possibilidade de ver-se vencedora em procedimento licitatório e permanecer com a concessão. Situação possível haja vista a vantagem competitiva que possui, por conhecer melhor o negócio, tema tratado a seguir.

VI.7. Argumentos do MME: vantagem competitiva do atual concessionário

‘e) Outra desvantagem encontrada na realização de licitação no presente momento é o fato de o atual concessionário possuir vantagens competitivas em relação aos eventuais concorrentes, visto ele possuir informações mais precisas sobre os investimentos necessários para a reposição de equipamento; dispor de uma equipe de gestão montada; conhecer os detalhes do funcionamento e operação da distribuidora; prescindir de necessidade de levantamento de caixa ou de crédito para eventuais indenizações. Isso poderia ser traduzido em poder de mercado superior aos demais competidores, o que não é desejável em um procedimento licitatório.’

VI.7.1. Análise:

144. O procedimento licitatório visa, de forma isonômica, garantir à administração pública a melhor oferta para a prestação do serviço. Empresas que possuem vantagens competitivas têm maiores possibilidades de vencer a licitação e prestar um melhor serviço para a administração.

145. O atual concessionário goza de pleno conhecimento de seu negócio, meios para exercê-lo, e detém, por isso, vantagem competitiva. O procedimento licitatório aufere, com base na comparação de propostas, se essa vantagem competitiva é suficiente para que continue à frente da concessão. Não se trata de vantagem ilícita ou anticompetitiva, portanto é válida.

146. Além disso, em determinadas áreas de concessão, a licitação poderia trazer relevantes vantagens, ainda que com reduzida competição, em face da possibilidade da formação de parcerias entre atuais concessionárias, detentoras de expertise, mas desprovidas de capital, e novos investidores, dispostos a aportar capital necessário e suficiente para a melhoria do serviço.

VI.8. Argumentos do MME: estudo internacional que conclui não ser prática internacional substituir concessionários de distribuição e não haver evidências de ganhos com a licitação

‘30. Além desses estudos, também foi considerado importante trabalho elaborado por Ashley C. Brown, Diretor Executivo do Grupo de Política de Eletricidade de Harvard, da Escola Harvard Kennedy, da Universidade de Harvard, denominado ‘Concessões, Mercados e Políticas Públicas no Setor Energético Brasileiro’, apresentado pessoalmente no workshop Energia Elétrica - Redução de Custos para o Brasil Crescer Mais, realizado em 11 de setembro de 2012, no Ministério de Minas e Energia, o qual conclui que há pouca ou nenhuma evidência de que o término automático de contrato de concessão e uma nova licitação traria benefícios para os consumidores ou aumentaria a eficácia global do sistema. Por esse motivo, a substituição de concessionários em prazos pré-determinados não constituiria uma prática mundial.’

VI.8.1. Análise

147. O modelo normativo vigente no Brasil estabelece a obrigatoriedade da licitação para as outorgas de concessão de serviços públicos que têm prazos definidos de duração. Dessa forma, o modelo adotado aqui é dado pelo legislador constitucional.

148. Por outro lado, prorrogar a prestação de serviço público tão relevante, por mais trinta anos, a concessionárias que apresentam histórico de problemas relacionados à qualidade ou que não possuem condições financeiras para a realização de investimentos necessários para a manutenção da prestação de serviço adequado não parece ser melhor solução do que a licitação.

149. Além disso, existem concessões pequenas que podem ter deseconomias de escala, as quais trazem ineficiência ao sistema elétrico e oneram o consumidor. O vencimento desses contratos traz a oportunidade para redistribuição dessas áreas de forma a se otimizar o sistema e atender ao critério de racionalidade operacional e econômica. Este tema será tratado mais adiante.

150. Ainda há que se ponderar a respeito de áreas de concessões com elevado valor econômico, que, com o advento do término do prazo contratual, retornam ao seu titular, a União. Não parece razoável que a União simplesmente disponha desse patrimônio sem auferir com ele qualquer valor adicional em benefício próprio ou da sociedade.

VI.9. Argumentos do MME: a imposição de onerosidade é facultativa, mas o modelo proposto impõe onerosidade aos concessionários

‘25. ... cabe ponderar que a Lei 8.987, de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal não impõe a onerosidade e a Lei 9.074, de 1995, em seu artigo 4º estabelece que as prorrogações poderão ser feitas a título oneroso em favor da União, sendo essa uma faculdade e não uma obrigação. [...]

69. Considerando-se a onerosidade como um termo mais amplo do que a exigência de pagamento pela outorga do Uso do Bem Público, essa onerosidade a ser exigida dos atuais concessionários que aderirem às prorrogações nos termos do Decreto em comento ou dos novos concessionários que vencerem as eventuais licitações reside nas novas exigências introduzidas nos contratos de concessão, que vão além das exigências de cumprimento de metas e de trajetórias num período de cinco anos.

70. ... é prevista a possibilidade de criação de obrigações de aporte de capital por parte dos sócios controladores da concessionária, para o período de cinco anos e além dele. Adicionalmente, o novo contrato de concessão deverá conter, com o intuito de assegurar a sustentabilidade econômico-financeira das concessionárias, cláusulas para o fortalecimento da governança corporativa e parâmetros mínimos de indicadores econômico-financeiros, e mecanismos visando à eficiência energética e à modernização das instalações (arts. 2º e 3º do Decreto).

71. Trata-se de obrigações que os atuais concessionários não enfrentam por força de contrato e em cuja implementação, por meio exclusivo da regulação, a ANEEL encontra muita dificuldade e resistência, justamente pelo entendimento de que uma regulação com esse teor, embora desejável em termos de sustentabilidade das concessões e de qualidade da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, cria obrigações não previstas nos contratos de concessão.’

VI. 9.1. Análise

151. Nos itens 35, 36 e 63 da instrução que propôs oitiva prévia à cautelar (peça 16), foi afirmada a necessidade de onerosidade das concessões, nos seguintes termos:

‘35. Outrossim, como também ressalta ROCHA (1996, p. 68), a onerosidade é uma condição necessária para a concessão. Ou seja, em se tratando a concessão da transferência de atividade potencialmente geradora de ganhos econômicos, ela somente se justifica se do interessado for exigida uma contrapartida onerosa. Do contrário, haveria azo para o enriquecimento sem causa do concessionário em prejuízo mesmo do aproveitamento eficiente de bens e valores públicos. Nesse tocante, o requisito da onerosidade é inerente à realização de licitação mediante qualquer dos critérios previstos, por exemplo, no art. 15 da Lei 8.987, de 13/2/1995.

36. Nessa linha, atentando-se não apenas para a prorrogação das concessões atualmente vincendas, mas também ao precedente que isso poderá representar para todas as demais, verifica-se que diversas empresas distribuidoras possuem ações negociadas em bolsa de valores e registram lucros elevados com grande distribuição de dividendos, revelando possuírem negócios economicamente valiosos. A regra constitucional e contratual assegura,

findo o prazo de concessão, a reversão desses negócios à União, cabendo ao concessionário exclusivamente as indenizações relativas aos bens não amortizados. Não poderia a União simplesmente dispor gratuitamente, em prol de interesses privados específicos, desses valores.

(...)

63. *Neste sentido, deve-se considerar que, se os critérios a serem atendidos pelas interessadas na prorrogação reduzirem-se apenas aos que delas já se espera com base nos níveis de serviço estipulados na regulação vigente, para os quais se pressupõe a realização de investimento e o cálculo da tarifa que já lhes remunera, não restará caracterizada a onerosidade requerida para a legitimação da prorrogação.'*

152. *O texto em negrito evidencia que, na instrução à peça 16, não se limitou a noção de concessão onerosa ao sentido estrito de possibilidade de cobrança de pagamento ao poder concedente pela outorga, embora se reconheça que são, a esse específico modo de contrapartida a ser exigida do concessionário, as referências à onerosidade presentes nos seguintes dispositivos:*

Lei 8.987, de 13/2/1995:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

(...)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; e

Lei 9.074, de 7/7/95:

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

§ 1º As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União.

(...)

Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

(...)

III - cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.

Parágrafo único. O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei no 8.987, de 1995.'

153. *Foi, portanto, a um sentido mais abrangente de onerosidade, próprio da teoria geral dos contratos, pela qual todo contrato bilateral pode ser considerado oneroso, e que é compatível com qualquer dos critérios previstos no art. 15 da Lei 8.987/1995 para julgamento da licitação, inclusive de menor tarifa sem cobrança de valor pela outorga, que se fez referência, entre os fundamentos da proposta de adoção de medida cautelar, à necessidade de demonstração de que a via escolhida para a prorrogação dos contratos em tela atende à onerosidade das concessões.*

154. *Perceba-se que os dispositivos estabelecem a possibilidade de cobrança de valor em favor da União, onerosidade em sentido **stricto sensu**, mas não restringe a utilização de outros critérios, a exemplo, melhor tarifa ou técnica. Esse dispositivo não tem a finalidade de dar permissão para a cessão gratuita de bens valiosos de propriedade da União.*

155. *Fato é que, com o advento do termo contratual, essas concessões retornam ao seu titular, a União. Cabe aos atuais concessionários somente a indenização dos bens reversíveis não amortizados. Há, portanto, oportunidade para que a União obtenha ganhos adicionais para si ou para o sistema elétrico com a licitação ou a prorrogação dos contratos.*

156. *Na prática, o modelo proposto não traz novas obrigações finalísticas, diferentes das que já existiam nos contratos até então vigentes, que se relacionam à adequada prestação do serviço público. Perceba-se que os mecanismos que se pretende introduzir no novo contrato melhoram o **enforcement** e tendem a gerar maiores garantias de alcance do serviço adequado, sendo portanto, válidas, mas não criam objetivos diferentes dos já definidos até então.*

157. Não é tecnicamente adequado afirmar que essa seria uma contrapartida onerosa a ser dada pelo atual concessionário pela obtenção da concessão por mais trinta anos.

158. Note-se que tais obrigações contratuais devem sim ser realizadas, pois aumentam as garantias para o consumidor de ter a prestação do serviço adequado, mas poderiam ser incorporadas, sem prejuízo de contrapartida onerosa, nos novos contratos sem ou com licitação.

159. Fato é que a licitação traria a possibilidade de obtenção, por parte da União ou da sociedade, de onerosidade adicional, além da, desde sempre, exigida prestação do serviço adequado.

160. Vale acrescentar que várias concessionárias, atualmente, não prestam serviços adequados, logo não se pode afirmar que cumprem o requisito da contrapartida/onerosidade mínima necessária.

VI.10. Argumentos do MME: fuga de capital do setor elétrico

‘33. b) Em caso de licitação, poderia haver fuga de capital do setor elétrico. Os atuais concessionários (dentre eles União, Estados e Municípios) utilizariam os recursos decorrentes das indenizações em outras atividades que não a prestação do serviço público de distribuição, o que não contribui para a adequação do serviço prestado.

33. c) A exemplo do que ocorreu na época das privatizações no setor elétrico, há de se esperar que a licitação das concessões de distribuição tenda a reduzir a disponibilidade de recursos para o investimento na expansão do setor elétrico. Ou seja, enquanto houver perspectivas de compra de ativos operacionais, já existe o desestímulo a investimentos em expansão, já que a evidência histórica aponta para a clara preferência em favor da compra de ativos.’

VI.10.1. Análise

161. A afirmação do MME não foi fundamentada em estudo com dados concretos e não encontra embasamento técnico ou lógico.

162. A realização de licitação pode interessar grupos econômicos que não atuam no país ou atuam em outros setores a investirem no setor elétrico. Atividades econômicas desse porte, com receitas previsíveis e mercados monopolistas, despertam interesses e exercem grande atratividade sobre investidores. Um trabalho de divulgação das concessões e prospecção de possíveis interessados no mercado internacional poderia ser extremamente efetivo para a entrada de capital estrangeiro, melhorando as condições da balança de pagamentos e injetando dinheiro novo no setor elétrico. Note-se que os principais mercados mundiais (Europa, China, Estados Unidos e Japão) possuem excesso de liquidez monetária, facilidades de crédito e praticam taxas de juros próximas a zero, tentando estimular suas economias, e, provavelmente, veriam nessas concessões boas oportunidades de negócios.

163. Ademais, verifica-se que hoje muitas das atuais concessões necessitam de investimentos intensivos para a melhoria dos padrões de qualidade e atendimento das metas definidas pela Aneel, investimentos que não são realizados por ausência de saúde financeira de diversas concessionárias. A prorrogação nos moldes propostos não traz quaisquer garantias de que essa situação mudará e de que haverá investimentos.

164. Além disso, as atuais concessionárias que se vissem privadas de concessões de distribuição tenderiam a aportar os recursos obtidos com o pagamento das indenizações dos ativos não amortizados em áreas relacionadas à sua expertise, isto é, nos demais segmentos do setor elétrico que oferecem oportunidades de negócios, como a geração e a transmissão.

VI.11. Argumentos do MME: ausência de competição

‘33. d) Dada a grande quantidade de concessões a serem licitadas e a quantidade limitada de **players** capazes de participar do processo de licitação, haveria dificuldade em garantir concorrência.’

VI.11.1. Análise

165. Não há estudos com dados concretos levantados que fundamentem essa alegação.

166. Observa-se que, mesmo que algumas concessões tenham como candidato um único participante, o atual concessionário, e houvesse o arremate da concessão pelo menor lance possível,

este estaria submetido exatamente às mesmas regras contratuais definidas no atual modelo de prorrogação.

167. Por outro lado, as concessões de distribuição são monopólios naturais, com receitas previsíveis, em um setor que conta com agência reguladora independente, que estabelece tarifas segundo regras transparentes, as quais garantem boas margens de lucratividade às empresas eficientes. Não parece razoável supor a inexistência de outros interessados, além daqueles que optarem por prorrogar suas concessões nos termos do modelo proposto.

168. Certamente, a divulgação de possível licitação de concessões de distribuição poderia retornar um prospecto de interessados nos mercados mundiais, retroalimentando, inclusive, o planejamento das ações do poder concedente no sentido de promover um modelo de contratação esmerado, alinhado ao mercado e aos interesses da União, na figura dos consumidores. Nessa linha, a divulgação com antecedência de possível licitação, com transparência e regras precisas, fomentaria a participação de competidores, podendo a União auferir contrapartidas superiores.

169. Não obstante, como já citado, ainda diante de um cenário de baixa competitividade, é hipoteticamente admissível que eventuais licitações permitam a formação de parcerias entre atuais concessionárias, detentoras de expertise, mas desprovidas de capital, e novos investidores, dispostos a aportar capital necessário e suficiente para a melhoria do serviço.

170. Não há nesse argumento qualquer fundamento que impeça a licitação. Na verdade, o argumento apresentado é pela limitação da competição em tese, quando o modelo indicado pelo poder concedente, prorrogar os contratos, é pela não competição de fato.

VI.12. Argumentos do MME: passivos deixados pelas atuais concessionárias

'33. f) Os atuais concessionários têm uma série de passivos (dentre eles trabalhistas, fiscais, previdenciários etc.) associados à receita decorrente da prestação do serviço. A simples indenização pela base de remuneração líquida poderia implicar uma série de passivos que seriam difíceis de honrar pelos acionistas que estão deixando o serviço (dentre eles União, Estados e Municípios).'

VI.12.1. Análise

171. Não foram apresentados estudos que explicitassem quais concessionárias enfrentariam esse problema, sua dimensão, possibilidades de solução e mitigação de riscos.

172. O problema descrito parece se fundar na existência de empresas concessionárias com situação financeira precária e até mesmo Patrimônio Líquido Negativo que não teriam condições de honrar seus compromissos exclusivamente com os valores recebidos das indenizações dos ativos não amortizados.

173. Certamente há a possibilidade de ocorrência dessa situação, mas empresas com essas características não possuem condições de prestar o adequado serviço público e, por esta razão, também não poderiam ter suas concessões prorrogadas. A manutenção de concessões nessas condições implica a perpetuação, para o consumidor, de um fornecimento de energia elétrica de baixa qualidade e um serviço precário.

174. Ademais, se durante o período de concessão vigente essas distribuidoras não obtiveram êxito em mitigar ou regularizar a situação levantada pelo MME, não se pode admitir que, sem quaisquer garantias, elas assim o farão após as prorrogações. Dessa forma, caberia ao poder concedente avaliar caso a caso como solucionar ou mitigar a situação descrita, licitando ou prorrogando.

175. Cabe registrar ainda dispositivo constante dos atuais contratos de concessão que condiciona a sua prorrogação à apresentação de comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias, entre outras, conforme exemplo a seguir extraído do CONTRATO DE CONCESSÃO 66/99 – ANEEL celebrado com a Companhia Energética de Brasília (CEB).

'CLÁUSULA TERCEIRA – PRAZO DA CONCESSÃO

Subcláusula Segunda – O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo deste Contrato, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e

encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de energia elétrica, bem assim de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes. (grifou-se)'

176. *Portanto, as atuais concessionárias só poderão ter seus contratos prorrogados caso estejam em dia com seus compromissos fiscais e previdenciários.*

VI.13. Argumentos do MME: modelo proposto assegura a prestação do serviço adequado

'34. Por fim, já considerando a política pública contida na então minuta de Decreto proposta à Presidência da República, de prorrogação dos prazos de concessão, condicionada à adequação do serviço prestado num horizonte de tempo pré-definido, foram elencados, ainda, argumentos retratando a eficiência da referida proposta, quais sejam:

a) A adequação do serviço prestado pode ser exigida tanto pela licitação quanto pela prorrogação e, portanto, a licitação não é necessariamente superior sob esse ponto de vista.

b) Em caso de prorrogação, a prestação do serviço adequado é condição necessária a ser atingida em, no máximo, 5 anos. Caso não haja melhoria do serviço, a política prevê a possibilidade de troca de controle societário para um novo controlador que cumpra, de fato, a adequação do serviço. Em caso de falha na troca do controle societário, aí seria realizada a licitação.

VI.13.1. Análise

177. *O modelo proposto não é o de uma prorrogação condicionada. Trata-se de uma prorrogação incondicionada de todas as concessões, pois, para que ocorra a prorrogação, é desnecessário realizar qualquer ação prévia, a não ser assinar o novo contrato de concessão.*

178. *O que há, além do que sempre foi exigido pela Aneel em regulamentos de qualidade, por exemplo, são metas econômico-financeiras a serem cumpridas pelos concessionários nos primeiros cinco anos, com a criação de mecanismos adicionais de **enforcement**. Deve-se destacar, inclusive, que as metas de qualidade para esse período partem de um patamar mais prejudicial para o consumidor, pois permite que o ponto de partida seja o maior valor entre o nível de qualidade real da concessionária e o regulatório (art. 1º, § 4º, do Decreto 8.461/2015). No caso de descumprimento das metas ao longo dos cinco primeiros anos, o que o modelo proposto permite é o início da caducidade da concessão, o que também já é previsto na legislação e nos próprios contratos vencidos.*

179. *Registre-se ainda que não há qualquer garantia de que as metas definidas serão atingidas. Não existe a apresentação de um plano de investimento, muito menos a exigência de realização de investimentos.*

180. *Há apenas o controle sobre o alcance de metas nos primeiros cinco anos. Mesmo com a possibilidade de não alcance das metas, a concessionária infratora ainda poderá iniciar processo de transferência acionária que pode durar por até dois anos.*

181. *Sendo assim, o consumidor poderá se ver exposto, já que se trata de monopólio, a longo período de prestação inadequada do serviço público, submetido a quedas de tensão, descontinuidade, baixa qualidade no atendimento, etc.*

182. *Além disso, o modelo proposto permite, inclusive, aos maus prestadores de serviço, que aprofite benefício econômico com a venda de controle acionário das concessões prorrogadas. Benefício esse que deveria ser obtido pela própria União, já que tais concessões, com o advento do termo contratual, retornam a ela.*

183. *Por essa razão, entende-se que essa prorrogação é incondicionada, não traz onerosidade adicional e não garante aportes de investimentos e melhorias na qualidade do serviço prestado. Esse tema é detalhado no Título 'VIII. Das ilegalidades do modelo proposto' desta instrução.*

184. *É importante ainda destacar dispositivo contratual que deve balizar a análise do poder concedente sobre os pleitos de prorrogação das concessões, conforme exemplo a seguir extraído do Contrato de Concessão 66/99 – Aneel celebrado com a Companhia Energética de Brasília (CEB).*

'CLÁUSULA TERCEIRA – PRAZO DA CONCESSÃO

Subcláusula Terceira – A ANEEL manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo de concessão. Na análise do pedido de prorrogação, a ANEEL levará em consideração todas as informações sobre o serviço público de distribuição de energia elétrica prestado, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto. O deferimento do pedido levará em consideração o cumprimento dos requisitos de serviço adequado, por parte da CONCESSIONÁRIA, conforme relatórios técnicos fundamentados, emitidos pela fiscalização da ANEEL.

185. *Verifica-se, portanto, que uma das condições contratuais para sua prorrogação é o cumprimento, quando do pleito de prorrogação, de requisitos de serviço adequado. O que o modelo proposto atualmente quer permitir é que esses requisitos possam ser atingidos em até cinco anos após a prorrogação dos contratos. Isso é ilegal, conforme será demonstrado em item específico desta instrução, e fere os atuais contratos, que devem ser tutelados pelo poder concedente e pela Aneel, em prol da segurança jurídica.*

186. *Tal aspecto foi ressaltado pelo MM, em sua resposta à primeira oitiva (peça 42, p. 13), como segue:*

‘Para a prorrogação das concessões em questão verificou-se, conforme abordado, que algumas concessionárias precisariam adequar a qualidade da prestação de seu serviço bem como a situação econômico-financeira aos níveis considerados desejáveis regulatoriamente. Ressalta-se que embora a ANEEL trabalhe, por meio dos instrumentos regulatórios disponíveis, quais sejam, fiscalizações e multas, para a adequação de qualidade em comento, os incentivos econômicos (as multas) não têm sido suficientes para induzir o comportamento desejado. (grifou-se)’

VI.14. Argumentos do MME: retardamento da realização de investimentos decorrentes dos necessários preparativos licitatórios

‘d) O processo de licitação é mais demorado. Os investimentos em melhoria do serviço só teriam início após a assunção do serviço pelo novo concessionário, enquanto com a prorrogação os investimentos são iniciados imediatamente após a prorrogação.’

VI.14.1. Análise

187. *O modelo atual proposto não garante a realização de investimentos e permite comportamento oportunista por parte de maus concessionários, que poderiam extrair o máximo de recursos da concessão sem realizar investimentos por vários anos e mantendo níveis inadequados de prestação de serviço.*

188. *Concessionários com interesse de permanecerem com as áreas de concessão prorrogadas, e que tenham capacidade de investimento, certamente poderão realizá-los tão logo sejam prorrogados os contratos.*

189. *De outro lado, a licitação exige a realização de procedimentos preparatórios que podem durar de um a dois anos e efetivamente atrasar, por este tempo, a realização de investimentos. Mas garantiria a presença de concessionários interessados em permanecer com as concessões por longo prazo e com melhores condições de realização de investimentos, além de possibilitar a troca de concessionários que demonstraram não serem capazes de prestar bons serviços públicos, seja pelo desinteresse na concessão, seja pela falta de capacidade de investimento.*

190. *Ressalta-se que a prorrogação ou a licitação darão ao concessionário o direito de exploração das áreas de concessão por prazo de trinta anos e qualquer avaliação deve considerar as consequências para o país e para o setor elétrico nesse horizonte de tempo e não somente no curto prazo.*

VII. Das razões apresentadas em oitiva pela Aneel para prorrogação dos contratos

191. *Por meio do Ofício 60/2015-AIN-Aneel (peça 55), o regulador traz apenas as seguintes alegações:*

VII.1. Argumentos da Aneel: real capacidade das atuais distribuidoras para o atendimento das disposições legais

'5. (...) são concessionárias que operam há mais de 20 anos no segmento de distribuição, com capacidade para desempenho do serviço e com concessões já consideradas válidas pelo legislador na vigência da CF/1988, de acordo com o art. 42 da Lei 8.987/95.'

VII.1.1. Análise

192. *A afirmação da Aneel não foi fundamentada em elementos objetivos, capazes de demonstrar a real capacidade das atuais distribuidoras atenderem aos requisitos contidos no art. 7º da Lei 12.783/2013. Ao contrário do alegado pela Agência, os dados sobre qualidade e sustentabilidade econômico-financeira dessas concessionárias, que são tratados no âmbito desta instrução e que foram apresentados pelo próprio regulador, demonstram a incapacidade de algumas distribuidoras desempenharem os serviços conforme os preceitos normativos e regulatórios do setor. Esse aspecto será analisado novamente em item específico desta instrução.*

VII.2. Argumentos da Aneel: garantias de cumprimento aos critérios de prorrogação estabelecidos no art. 7º da Lei 12.783/2013

'5. (...) Os mecanismos previstos no Decreto 8.461/15, e inseridos nas minutas dos aditivos contratuais que estão na AP 38/2015, asseguram o atendimento dos critérios de prorrogação estabelecidas no art. 7º da Lei 12.783/13.

[...]

6. Destacamos que as minutas de termo aditivo preveem a restrição de distribuição de dividendos, o que implica na manutenção do capital na própria concessão, viabilizando mais investimentos para a melhoria da qualidade. A regulação de qualidade existente no contrato efetiva-se pela apuração dos indicadores de qualidade, e não pela apuração de montante de investimento ou por aporte, uma vez que a vinculação de investimentos para determinada obra não garante a efetiva melhoria da qualidade.

[...]

*7. A minuta dos aditivos contratuais prevê que o descumprimento de qualquer uma das condições de prorrogação por dois anos consecutivos ou ao final de cinco anos acarretará a extinção da concessão (Subcláusula Primeira da Cláusula Décima Oitava). Nota-se que não há qualquer discricionariedade para se proceder à extinção, é antes uma determinação contratual, é impositivo: o descumprimento acarreta a extinção. Para além dos 5 anos iniciais, a concessão encontrar-se-á cumprindo parâmetros de qualidade e minimamente sustentável do ponto de vista econômico-financeiro, permitindo que mecanismos regulatórios, que continuarão vigentes 'durante toda a concessão' (**caput** e Subcláusula Primeira da Subcláusula Sétima), sejam aplicados para a manutenção das condições alcançadas ao fim da trajetória de melhoria. A partir deste momento, os instrumentos regulatórios previstos no contrato, como restrição na distribuição de dividendos, aporte de capital, regime restritivo de contratação com partes relacionadas tornam-se suficientes para manutenção da qualidade e da sustentabilidade econômico-financeira da concessão.'*

VII.2.1. Análise

193. *Embora a minuta do termo aditivo aos contratos de concessão preveja a existência de mecanismos visando o atendimento aos critérios de sustentabilidade econômico-financeira e de qualidade, diversas concessionárias que descumprem tais critérios atualmente, provavelmente não conseguirão cumpri-los no futuro.*

194. *No caso daquelas distribuidoras insolventes, cujos controladores não possuem disponibilidade para novos aportes, dever-se-ia exigir, ao menos, um plano crível de recuperação financeira, para se atestar que elas, de fato, possuem capacidade para prestar os serviços com qualidade. Caso contrário, a prorrogação dessas concessões pode significar simplesmente a continuação da prestação de serviços de má qualidade, até que incidam as hipóteses previstas no art. 4º do Decreto 8.461/2015, de*

extinção e posterior licitação ou de transferência de controle acionário, o que pode demorar vários anos.

VIII. Conclusão dos tópicos VI e VII

195. Pelas análises dos argumentos apresentados, resta evidente que não há a caracterização de situação excepcional capaz de justificar a prorrogação dos contratos em detrimento da via constitucional licitatória.

196. Ficou evidente, nas respostas apresentadas pelo MME à oitiva, a ausência de estudos que pudessem fundamentar os argumentos apresentados para justificar a decisão tomada pela prorrogação de todos os contratos de distribuição vincendos. O MME apresentou respostas teóricas contrapostas por argumentos também teóricos e lógicos. Isso revela a ausência de informações consistentes que pudessem ser levadas em conta para a melhor tomada de decisão. Decisão importante que incidirá na qualidade de vida de dezenas de milhões de brasileiros pelo prazo de trinta anos.

IX. Das ilegalidades do modelo de prorrogação proposto

197. Considerando a possibilidade de haver entendimento no sentido de que existe caracterização de situação excepcional que possibilite a realização de prorrogações ou caso o modelo proposto seja adotado para balizar licitações, passa-se a análise relativa à compatibilidade do modelo, concretizado por meio do Decreto 8.461/2015 e da minuta de contrato colocada em audiência pública pela Aneel, com o sistema legislativo ordinário que rege as concessões de serviço público e que autoriza a prorrogação dos contratos vincendos.

198. Em relação ao sistema normativo vigente, destaca-se a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) e em especial para o caso em análise os seguintes dispositivos:

‘Lei 8.987/1995

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado [grifos nossos];

[...]

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.[grifos nossos]

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.’

199. A lei que autorizou a prorrogação das concessões vincendas, no que toca ao caso das distribuidoras, trouxe o seguinte:

‘Lei 12.783/2013

Art. 7º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22 da Lei nº 9.074, de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica. (grifou-se)

Parágrafo único. A prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica dependerá da aceitação expressa das condições estabelecidas no contrato de concessão ou no termo aditivo.

200. *Percebe-se dos dispositivos que o interesse tutelado com as concessões é o da prestação do serviço adequado, e, para tanto, a concessionária deve demonstrar capacidade e assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.*

201. *O legislador ordinário, portanto, não estabeleceu uma liberdade absoluta para a prorrogação dos contratos de concessão. Estabeleceu, sim, finalidades a serem alcançadas por essas prorrogações, que são limites à discricionariedade a serem observados e obedecidos pelo Poder Concedente. É evidente a preocupação em garantir para o consumidor a prestação de serviços adequados, eficientes e módicos e não permitir a presença de concessionárias que não sejam capazes de atender a esses critérios.*

202. *Nessa linha, os contratos assinados há mais de duas décadas já contavam com dispositivos que previam condições para sua prorrogação relacionados à prestação adequada do serviço ao longo do prazo contratual, conforme foi demonstrado no parágrafo 184 desta instrução.*

203. *Identificaram-se, no modelo proposto de prorrogações gerais e incondicionadas, três graves ilegalidades: i) ausência de garantias para a prestação do serviço adequado e com a qualidade requerida; ii) perpetuação de concessionárias que não atendem a qualidade mínima do serviço por longo tempo; e iii) inobservância ao requisito de racionalidade econômica e operacional.*

IX.1. O modelo de prorrogação não assegura a prestação adequada do serviço com a qualidade requerida

204. *A despeito do sistema normativo vigente, o modelo proposto permite a prorrogação de todas as concessões vincendas, na forma do exposto no art. 1º do Decreto 8.461/2015, desde que a concessionária se comprometa a alcançar certas metas mínimas de qualidade, no prazo de cinco anos, sob pena de ser iniciado processo de caducidade.*

205. *A ilegalidade reside na ausência de garantias de que o compromisso assumido pela concessionária é crível. Não há verificação prévia das condições econômicas dessas empresas e da capacidade que possuem para prestar o serviço e, em que pese haver uma avaliação da forma como o serviço vem sendo prestado nos últimos anos da concessão, se possibilita a permanência de concessionárias que não atendem a qualidade mínima do serviço por longo tempo.*

206. *O modelo presume que a possibilidade do início do processo de caducidade seria incentivo suficiente para induzir a concessionária à prestação adequada do serviço. Essa presunção não pode prosperar, pois os contratos vencidos trazem disposições explícitas sobre essa possibilidade e nem por isso lograram induzir a melhoria na prestação do serviço.*

207. *Exemplo disso é o contrato de concessão de serviço público celebrado entre União e CEB, ainda vigente, que tem cláusula idêntica à maior parte dos contratos:*

- EXTINC

INSTALAC

o para explorac

- -

, nos

seguintes casos:

[...]

III - pela caducidade;

[...]

-

ncia previstas na

legislac

, assegurado direito de defesa e garantida a indenizac

depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do servic . Da indenizac

caducidade.

208. *Muito embora entenda-se que a criação de critérios objetivos para o início do processo de caducidade nos cinco primeiros anos de concessão seja um avanço - que poderia ser, inclusive, estendido para todo o tempo de concessão (tema que será tratado mais adiante) – a possibilidade de caducidade por descumprimento de lei, regulamentos e metas sempre existiu e nem por isso assegurou a prestação do serviço adequado.*

209. *Fato é que diversas concessionárias não possuem mínimas condições financeiras de prestar serviços adequados, bem como acumulam histórico insatisfatório de indicadores de qualidade.*

210. *Conforme exposto no Título ‘Das concessões de distribuição alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013’, seis concessionárias descumpriram simultaneamente as metas de DECI e FECi nos últimos três anos consecutivamente e nove concessionárias não possuem capacidade financeira para sequer investir na reposição anual de ativos depreciados, muito menos para realizar investimentos para a elevação da qualidade a níveis minimamente aceitáveis.*

211. *São concessionárias que possuem histórico de diversos descumprimentos de cláusulas contratuais, dispositivos legais/regulamentares e, reincidentemente, não logram alcançar metas. O estabelecimento de novas metas não assegura, de forma alguma, uma mudança de resultados, mas apenas procrastina a solução do problema. Trata-se, na verdade, de uma nova chance para que essas empresas cumpram os dispositivos constitucionais, legais, regulamentares e contratuais, sem que haja garantias mínimas dessas concessionárias, em contraposição aos fatos da incapacidade financeira e do histórico de prestação de serviço inadequado.*

212. *Registre-se que a distribuição de energia elétrica constitui serviço público prestado sobre o regime de monopólio. O usuário, à exceção de grandes consumidores industriais que podem ingressar no mercado livre, está preso à concessionária de distribuição e não possui qualquer opção para obter energia elétrica de outro fornecedor. Dessa forma, restará ao consumidor conviver com oscilações e quedas de energia, demora no seu reestabelecimento, mau atendimento a suas demandas, entre outros problemas, sofrendo prejuízos econômicos e na qualidade de vida por muito tempo.*

213. *Para que seja respeitada a condição/finalidade da prorrogação, definida no arcabouço normativo, essas concessionárias devem, além de demonstrar capacidade (art. 2º, II, da Lei 8.987/1995), assegurar o alcance dessas metas e da prestação do serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995 e art. 7º da Lei 12.783/2013). Cabe, portanto, ao poder concedente criar mecanismos que garantam a satisfação desse interesse público ou licite as que não possam atender.*

214. *Para isso, espera-se do poder concedente, com o auxílio da Aneel, antes de prorrogar contratos, a realização de estudos que versem minimamente sobre a situação de cada concessionária e área de concessão, tanto do ponto de vista econômico-financeiro (capacidade da empresa), como do ponto de vista do nível do serviço prestado, incluindo-se aí diversos aspectos relevantes, perpassando pelos inúmeros indicadores de qualidade, perdas de energia (técnicas e não técnicas), estado dos equipamentos, necessidades de ampliações e reforços, etc. De posse dessas informações, estabelecer, ainda que em linhas gerais, plano de necessidades que importe na realização de melhorias na área de concessão e na forma de prestação do serviço, que se cumpridos, conduzam ao alcance das metas desejadas nos diversos indicadores.*

215. *A partir do plano de necessidades pode-se avaliar o montante necessário de investimentos, imediatos e futuros que viabilizaria o plano de necessidades e, com isso, verificar a compatibilidade da capacidade econômico-financeira de cada empresa que pretende ter seu contrato prorrogado.*

216. *Por fim, ainda que a concessionária comprove sua capacidade para atender ao plano de necessidades e investimentos, deve-se criar mecanismos que garantam o cumprimento desse plano. Pode-se exigir o aporte de capital imediato para a realização de investimentos urgentes, antes da assinatura da prorrogação, a inclusão nos novos contratos de cláusulas que estabeleçam penalidades diversas, desde o pagamento de multas, desconto de tarifas, indenizações ao consumidor e o início do*

processo de caducidade em caso de descumprimento do plano, garantias financeiras, etc, sem prejuízo das melhorias contratuais já em discussão.

217. *A adoção desses procedimentos poderia efetivamente assegurar o alcance dos critérios legais que justificariam a realização de prorrogações, caso fosse constitucional, trazendo maior segurança ao consumidor. Provavelmente, nem todas as concessionárias seriam capazes de assumir as exigências para a prorrogação e, nesses casos, a licitação seria a melhor forma de proporcionar as melhorias necessárias.*

218. *Portanto, o modelo proposto de prorrogação não é capaz de assegurar o alcance dos objetivos estabelecidos no sistema normativo vigente, devendo ser considerado ilegal.*

IX.2. Perpetuação de concessionárias que não atendem os requisitos mínimos de qualidade de serviço por longo tempo

219. *Outra ilegalidade do modelo proposto decorre, além do fato de permitir a prorrogação de concessionárias que não asseguram o alcance dos critérios legais, da permissão de que essas concessionárias, após prorrogarem seus contratos, permaneçam por longo tempo se beneficiando da concessão sem prestar o adequado serviço ao consumidor.*

220. *O modelo proposto estabelece metas futuras, a serem alcançadas em cinco anos, e submetas anuais de qualidade e sustentabilidade financeira. A consequência do descumprimento, por dois anos seguidos ou no prazo final de cinco anos, das metas estabelecidas é o início do processo administrativo de declaração de caducidade, que deve respeitar a ampla defesa e o contraditório e todo o rito normativo previsto, passando desde a manifestação da Aneel até a decisão do poder concedente, o que pode durar anos. Além disso, esse processo pode ser interrompido pela apresentação, por parte da concessionária infratora, de plano de transferência de controle acionário, que poderá ter a duração de mais dois anos (§§ 1º ao 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015).*

221. *O modelo abre espaço para comportamento oportunista do concessionário que pode não realizar quaisquer investimentos e, ainda, reduzir ao máximo os gastos operativos no sistema, em detrimento da prestação adequada do serviço, maximizando seus ganhos. Esse concessionário pode, por fim, alienar seu controle acionário e obter novamente vantagens financeiras, sem ter, de fato, prestado um serviço adequado no período compreendido entre a renovação e a alienação do controle.*

222. *Na prática, o modelo permite que o consumidor fique exposto à má qualidade da prestação do serviço e os §§1º ao 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015, além de prolongarem essa exposição do consumidor, eliminam importante incentivo à prestação do serviço adequado em afronta ao art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao art. 7º da Lei 12.783/2013.*

223. *Perceba-se que se o dispositivo fosse o contrário e impedisse a alienação da concessão após o início do processo de caducidade, haveria grande interesse da concessionária em realizar investimentos imediatos, para impedir o início do processo de caducidade, ou se movimentar de pronto para a alienação de seu controle acionário. Ambas possibilidades seriam benéficas ao consumidor e diminuiriam seu tempo de exposição a serviço inadequado.*

224. *Ademais, permitir às prestadoras de serviço que não atingirem a qualidade mínima estabelecida, com processo iniciado de declaração de caducidade, alienar suas participações, possibilitando-lhes a obtenção de vantagens financeiras é premiar mau comportamento. Por outro lado, a realização de licitação permitiria à União a obtenção, para si ou para o sistema, dessas vantagens financeiras que serão usufruídas pela concessionária alienante.*

225. *Por essas razões entende-se que os § 1º, § 3º e § 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015 não estão em acordo com o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013. Devendo-se cientificar o MME e a Aneel que a alienação do controle acionário de empresas detentoras de concessões de distribuição de energia após o início do processo de declaração de caducidade, dentro das circunstâncias previstas nos referidos dispositivos, é ilegal.*

IX.3. Inobservância ao requisito de racionalidade econômica e operacional

226. *Questão relevante e que sofreu tratamento ilegal pelo modelo proposto diz respeito à racionalidade operacional e econômica.*

227. *Um dos aspectos mais importantes a influenciar a racionalidade operacional e econômica refere-se à definição dos limites das áreas de concessão. A definição ótima de áreas pode implicar em menores custos operativos e maiores facilidades na gestão do negócio, possibilitando sua viabilidade financeira com a cobrança de tarifas menores. Aspectos como tamanho e contiguidade da área, número de unidades consumidoras, nível de consumo, questões geográficas e socioeconômicas, entre outros, são variáveis que influenciam sobremaneira na determinação dos limites ótimos das áreas e, se bem consideradas, potencializam a eficiência das concessionárias.*

228. *Vale observar que o processo histórico de delimitação das áreas de concessão de distribuição do serviço de energia elétrica no Brasil não teve como referência os mencionados aspectos, sendo, muito mais, o resultado de necessidades locais conjugadas com interesses econômicos também locais que se modificaram e se adaptaram ao seu tempo. As áreas de concessão foram alteradas, ao longo dos anos, como resultado de processos de ampliações, alienações e aquisições de empresas, privatizações e estatizações. A consequência desse processo desordenado e casuístico é a existência de áreas de concessão absolutamente díspares, desde concessões que se limitam a um único bairro de uma cidade, com poucas centenas de unidades consumidoras, até concessões que abrangem estados inteiros com dezenas de milhões de usuários. A delimitação de áreas de concessões não obedeceu, portanto, a critérios de racionalidade operacional e econômica.*

229. *O setor elétrico brasileiro, por outro lado, passou, nos últimos anos, por importante evolução. Houve aumento significativo no nível de integração energética e interdependência entre estados e regiões. Atualmente, o Brasil encontra-se praticamente todo interligado e conta com a operação centralizada no Operador Nacional do Sistema (ONS) e a comercialização de energia na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). O mercado regulado compra energia de forma conjunta em leilões organizados pelo Governo. A política energética é elaborada a nível nacional com medidas que afetam a todos os brasileiros. Há subsídios na tarifa de energia de regiões e populações mais prósperas para outras mais necessitadas, etc. O setor elétrico brasileiro é agora o sistema integrado nacional, funcionando efetivamente como um sistema.*

230. *A despeito dessa mudança fundamental, os limites das áreas de concessão não foram alterados e espelham, ainda, uma realidade passada. A oportunidade de se otimizar o sistema com a redefinição de áreas de concessões de distribuição que sejam mais racionais, de tal forma a elevar a eficiência na prestação do serviço de distribuição de energia e reduzir tarifas, é exatamente o termo final dos contratos de concessão.*

231. *A Lei 9.074/1995, que autorizou a prorrogação dos contratos, por vinte anos, que ora estão vencendo, tratou do tema, mas não o resolveu.*

Lei 9.074/1995

Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei no 8.987, de 1995, poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.[grifos nossos]

§ 1º Na hipótese de a concessionária não concordar com o reagrupamento, serão mantidas as atuais áreas e prazos das concessões.'

232. *Note-se que o caput estabelece como condição para a prorrogação o reagrupamento de áreas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, mas o § 1º tornou inócua a condição estabelecida no caput, por dar à concessionária o poder de manter a situação inalterada.*

233. *A Lei 12.783/2013 novamente trata desse tema e explicita que a prorrogação deve assegurar a racionalidade operacional e econômica, a eficiência e a modicidade tarifária. Contudo, o Decreto 8.461/2015, ao disciplinar o tema, elimina a possibilidade de redefinição de áreas ao permitir a prorrogação de todos os contratos, mesmo os que não possuem racionalidade operacional e econômica, e, ainda, elimina a possibilidade de haver regulação que possibilite a transferência da ineficiência operativa, decorrente da escala da área de concessão, ao concessionário, deixando-a para o consumidor, que se verá onerado na tarifa.*

Decreto 8.461/2015

Art. 1º

§ 6º O atendimento ao critério de racionalidade operacional e econômica de que trata o inciso III do caput pelas concessionárias cujos mercados sejam inferiores a 500 GWh/ano deverá considerar os parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos de concessionárias do mesmo porte e condição, observadas as demais disposições da legislação e regulamentação vigentes, observando:'

234. Note-se que ao restringir o alcance do critério de racionalidade operacional e econômica somente a concessionárias do mesmo porte e condição, retira-se, na verdade, um importante critério, a escala, para adoção de decisões relacionadas a regulação e, mesmo, redesenho de áreas e realização de reagrupamentos. Ou seja, na prática, o Decreto 8.461/2015 afastou a possibilidade de o regulador considerar eventuais deseconomias de escala na avaliação da racionalidade operacional e econômica das concessionárias de pequeno porte.

235. A Aneel realizou estudos demonstrando como a economia de escala pode trazer vantagens econômicas, evidenciando as diferenças entre o custo na Parcela B (custos gerenciáveis) de pequenas distribuidoras em relação à grande distribuidora próxima da área de concessão (parágrafos 47 a 54).

236. Além dessa questão, há áreas de concessão descontíguas e, possivelmente, no norte do país, áreas inviáveis economicamente na atual configuração. Sobre essas últimas, estudos mais aprofundados podem indicar a necessidade não somente de redefinição de área de concessão, mas também de aglutinação a áreas mais atrativas economicamente, de modo a tornar sustentável financeiramente a prestação do serviço. Esse modelo é amplamente utilizado no setor de telecomunicações.

237. Enfim, o modelo proposto impede a redefinição de áreas com dimensões otimizadas que possibilitariam a prestação mais eficiente e módica do serviço, frustrando o alcance da racionalidade operacional e econômico-financeira, em detrimento dos objetivos estabelecidos no art. 7º da Lei 12.783/2013.

238. Portanto, com fundamento nos art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995 e art. 7º da Lei 12.783/2013, o § 6º do art. 1º do Decreto 8.461/2015 é ilegal.

239. Mesmo que se realize procedimento licitatório dessas concessões, é obrigatória a redefinição do limite espacial de áreas com o objetivo de eliminar, eventuais, ineficiências decorrentes de escala, descontinuidade, etc, ou, ainda, tornar viável sua exploração econômica e, conseqüentemente, sua delegação de forma a viabilizar a prestação do serviço adequado, com eficiência, modicidade tarifária e racionalidade operacional e econômica.

240. Por essa razão cabe determinação corretiva ao MME que, com base nos estudos já realizados pela Aneel e outros complementares, promova a redefinição do limite espacial de áreas, visando a melhor otimização do sistema.

X. Das lacunas e obscuridades na minuta de termo aditivo aos contratos de concessão (Audiência Pública - Aneel 38/2015)

241. Muito embora a minuta de termo aditivo aos contratos que pretende estabelecer os termos da prorrogação das atuais concessionárias, por até trinta anos, ainda seja um documento preliminar, sujeito a alterações, até porque ainda em consulta pública, realizou-se exame sobre esse documento e identificarem-se importantes lacunas e inconsistências, as quais são apontadas a seguir.

242. Deve-se ressaltar, preliminarmente, que os termos da referida minuta podem ser parâmetro não apenas para eventual prorrogação dos contratos de que tratam estes autos, mas também dos contratos não amparados pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 e, ainda, de contratos decorrentes de eventuais procedimentos licitatórios de todas essas concessões. Por esse motivo, esta unidade técnica se dedicou à sua análise.

X.1. Lacunas quanto a parâmetros claros e objetivos para aplicação de sanções

243. No item 62 da instrução à peça 16, exarada antes da edição do Decreto 8.461/2015, ressaltou-se que o efetivo sucesso do modelo de prorrogação dependerá da capacidade de fiscalização da Aneel, como segue:

‘62. Acrescente-se que a proposta de prorrogação condicionada requer também a comprovação, ausente dos autos, da plena capacidade da Aneel para um abrangente e sustentado esforço de fiscalização sobre os investimentos que deverão as concessionárias realizar com vistas ao atendimento dos critérios para a prorrogação, além de poder implicar até mesmo afastamento do atual paradigma da regulação pelo preço e reaproximação ao modelo de regulação pelo custo.’

244. Sobre isso, após a edição do Decreto 8.461/2015, restou esclarecido, como anotou o MME na resposta apresentada à primeira oitiva (peça 42, p. 15), que a fiscalização da Aneel, inclusive em atendimento ao § 5º do art. 1º do Decreto, não se dará sobre os investimentos realizados e sim sobre indicadores de qualidade e financeiros.

245. Outrossim, por meio da alínea ‘j’ do Ofício de Requisição 1 (peça 51), perguntou-se à Aneel de que modo será assegurada a efetiva apuração do cumprimento das metas anuais tratada no art. 1º, § 5º do Decreto 8.461 /20 15. Em sua resposta (peça 56, p. 6), informou a Aneel que os métodos serão, em essência, os mesmos já utilizados nas fiscalizações relativas aos contratos vigentes.

246. No entanto, como premissa para o adequado planejamento dessas fiscalizações, caberá à Aneel fazer também esforço para que possam ser aferidos vários dos parâmetros essenciais ao modelo proposto, mas cuja especificação, na minuta de termo aditivo, é remetida à regulação da agência. Sobre isso, devem ser destacadas as seguintes disposições da minuta:

‘CLÁUSULA SEGUNDA – CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

(...)

Subcláusula Oitava – O descumprimento de padrões de qualidade estabelecidos pela ANEEL, caracterizado pela violação acentuada e/ou frequente dos padrões regulatórios, conforme regulação da ANEEL, poderá implicar na impossibilidade de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio cujo valor, isoladamente ou em conjunto, supere o mínimo legal, até que os parâmetros regulatórios sejam restaurados.

(...)

CLÁUSULA SÉTIMA – SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA

(...)

Subcláusula Primeira - O descumprimento por parte da DISTRIBUIDORA dos parâmetros mínimos de sustentabilidade econômica e financeira definidos em regulação da ANEEL implicará, sem prejuízo de outras ações fiscalizatórias e conforme regulação da ANEEL:

(...)

CLÁUSULA OITAVA - GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA

(...)

Subcláusula Primeira – A DISTRIBUIDORA obriga-se a observar os parâmetros mínimos de governança e transparência definidos por regulação da ANEEL que, dentre outras, poderá compreender regras relacionadas à Administração, ao Conselho Fiscal, à Auditoria e à Conformidade, além de deveres regulatórios aos seus representantes e do alinhamento da política de remuneração dos Administradores à natureza de longo prazo do serviço público de distribuição.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – COMPROMISSOS DO CONTROLADOR SOCIETÁRIO

(...)

Subcláusula Sexta – O descumprimento de suas obrigações previstas pelos SÓCIO(S) CONTROLADOR(ES) neste CONTRATO poderá limitar sua participação e de seu grupo em novos empreendimentos do Setor Elétrico, nos termos da regulação da ANEEL e demais normas setoriais.’

247. Embora se admita que algumas dessas regras possam ser alteradas ao longo do período da concessão, até como forma de adaptação a mudanças da realidade com o surgimento de novas necessidades, o que justifica não existir parâmetros rígidos e pré-fixados no contrato, a inexistência de qualquer regulamentação sobre temas de tal importância traz riscos aos próprios concessionários, à atuação da Aneel e, principalmente, à segurança jurídica.

248. Verifica-se, portanto, a necessidade de recomendação à Aneel para que haja regulamentação prévia desses dispositivos de forma a reduzir incertezas e aumentar a segurança jurídica do contrato de concessão.

X.2. Mecanismos visando à eficiência e à modernização das instalações

249. Conforme comando do art. 2º, parágrafo único, inciso II, do Decreto 8.461/2015, o termo aditivo de prorrogação deverá estabelecer mecanismos visando à eficiência energética e à modernização das instalações.

250. Indagada, por meio da alínea 'g' do Ofício de Requisição 1 (peça 51), sobre quais dispositivos da minuta de termo aditivo contemplam tais mecanismos, a Aneel informou que são os seguintes (peça 56, p. 3-4):

CLÁUSULA SEGUNDA – CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

(...)

Subcláusula Primeira – A DISTRIBUIDORA obriga-se a adotar tecnologia adequada e a empregar métodos operativos, materiais, equipamentos e instalações que, atendidas as normas técnicas brasileiras, garantam a prestação do serviço adequado de distribuição de energia elétrica, inclusive a segurança das pessoas e das instalações, na forma prevista nas normas setoriais.

(...)

CLÁUSULA TERCEIRA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA DISTRIBUIDORA

(...)

Subcláusula Segunda – A DISTRIBUIDORA fica obrigada a aplicar, conforme estabelecido pelas normas vigentes, parte de sua receita operacional líquida, em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e em programas de eficiência energética no uso final.

(...)

CLÁUSULA SEXTA – TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

(...)

Subcláusula Oitava – Nos processos de revisão tarifária ordinária, serão estabelecidos os valores ou a fórmula de cálculo do fator X, com o objetivo de repassar aos consumidores ganhos de produtividade observados no setor de distribuição de energia elétrica e resultados decorrentes de mecanismos de incentivos, que poderão contemplar estímulos à melhora na qualidade do serviço e à eficiência energética, conforme regulação da ANEEL;'

251. Acrescentou a Aneel a seguinte explicação (peça 56, p. 4):

'A cláusula econômica não faz remissão expressa à modernização por se entender que a modernização é um meio para atingir os resultados incentivados pela regulação econômica e não um resultado a ser premiado. Por meio da regulação é estimulada a melhoria da qualidade do serviço prestado, a redução do nível de perdas e ganhos de produtividade. A modernização das instalações é uma das estratégias para se atingir tais resultados.'

252. Nos termos da alínea 'd' do Ofício de Requisição 2 (peça 52), o MME foi questionado sobre o atendimento ao art. 2º, parágrafo único, inciso II, do Decreto 8.461/2015. Em resposta, afirmou o Ministério (peça 57, p. 7):

'A modernização e a eficiência são condições para prestação do serviço adequado conforme disposto no art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e estão consideradas pela ANEEL na minuta de contrato proposta na Audiência Pública nº 038/20 15.'

253. *A referência ao termo mecanismos sugere que a minuta de termo aditivo deve contemplar indicadores de eficiência energética e de modernização das instalações, bem como expressar os incentivos para o atingimento desses índices. Esses aspectos, entretanto, não foram diretamente vislumbrados nas cláusulas acima mencionadas.*

254. *A eficiência energética é um relevante elemento da eficiência na prestação de serviço a ser exigido para as prorrogações alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 e considerando, principalmente, o teor do art. 6º da Lei 8.987/1995, com impactos na modicidade tarifária. O combate às perdas elétricas, considerando, em especial, o cenário atual de insuficiência energética em que se encontra o país, deve ser elemento de referência obrigatória para fins licitatórios ou de prorrogação de contratos.*

255. *Ainda que essas perdas, em parte, não recebam cobertura tarifária direta e o próprio concessionário arque com seus custos financeiros, elas aumentam o risco de insuficiência energética, em especial no cenário atual de escassez hídrica.*

256. *Dessa forma, cabe recomendar ao MME e à Aneel, com fundamento no art. 6º da Lei 8.987/1995 c/c o art. 7º da Lei 12.783/2013, e considerando o atual cenário energético, que seja introduzido dispositivo expresso no contrato de concessão sobre Perdas Elétricas de forma a estabelecer compromisso na sua redução a níveis regulatórios aceitáveis, prevendo, inclusive, sanções pelo seu descumprimento.*

X.3. Relação entre descumprimento de metas de qualidade e extinção da concessão

257. *Decorre do art. 175 da CF/88 c/c o art. 6º da Lei 8.987/1995 a necessária vinculação do instituto da concessão à prestação do serviço adequado, finalidade última da própria competência do Estado para a organização de serviços públicos.*

258. *Ressalte-se que, nos termos do art. 38, § 1º, inciso I, da Lei 8.987/1995, quando ‘o serviço estiver sendo prestado de maneira inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço’, poderá ser declarada a caducidade da concessão pelo poder concedente.*

259. *Sobre a relação de causa e consequência entre a prestação inadequada do serviço e a declaração de caducidade da concessão, cabe recordar a lição de Caio Tácito [em TÁCITO, Caio. Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1337-1941]:*

‘A concessão de energia elétrica não é um mero negócio privado, em que os interesses econômicos e financeiros do concessionário tenham supremacia. É meio de gestão de um serviço público, que visa a atender certos interesses essenciais da coletividade.

Se, portanto, o concessionário, inadimplente, omissivo em suas obrigações, deixa de oferecer serviço idôneo e tecnicamente qualificado, não pode o Estado ficar indiferente ao prejuízo coletivo.

A declaração de caducidade do contrato de concessão é, na hipótese, não somente uma faculdade do poder concedente, mas sobretudo ‘um dever da Administração para com o público’ como observa Themístocles Cavalcanti (Tratado de Direito Administrativo, vol. IV, 2ª edição, pág. 450).’

260. *Portanto, devem as decisões do poder concedente e do regulador manter inequívoca exigência da permanente prestação adequada do serviço como contrapartida pela outorga para exploração da atividade a ser remunerada pela tarifa, sob pena de ser extinta a concessão.*

261. *Sobre, essa questão, assim se manifestou a Aneel (peça 55, p. 2):*

‘7. A minuta dos aditivos contratuais prevê que o descumprimento de qualquer uma das condições de prorrogação por dois anos consecutivos ou ao final de cinco anos acarretará a extinção da concessão (Subcláusula Primeira da Cláusula Décima Oitava). Nota-se que não há qualquer discricionariedade para se proceder à extinção, é antes uma determinação contratual, é impositivo: o descumprimento acarreta a extinção. Para além dos 5 anos iniciais, a concessão encontrar-se-á cumprindo parâmetros de qualidade e minimamente sustentável do ponto de vista econômico-financeiro, permitindo que mecanismos regulatórios, que

continuarão vigentes durante toda a concessão (caput e Subcláusula Primeira da Subcláusula Sétima), sejam aplicados para a manutenção das condições alcançadas ao fim da trajetória de melhoria. A partir deste momento, os instrumentos regulatórios previstos no contrato, como restrição na distribuição de dividendos, aporte de capital, regime restritivo de contratação com partes relacionadas tornam-se suficientes para manutenção da qualidade e da sustentabilidade econômico-financeira da concessão.’ (grifou-se)

262. *Para os demais anos da concessão, há previsão de cláusula contratual sobre o assunto: ‘CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – EXTINÇÃO DA CONCESSÃO E REVERSÃO DOS BENS E INSTALAÇÕES VINCULADOS*

A concessão para exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica regulada por este Contrato será considerada extinta, observadas as normas setoriais, nos seguintes casos:

(...)

Subcláusula Quinta – Verificada qualquer das hipóteses de inadimplemento previstas nas normas vigentes e neste TERMO ADITIVO, a ANEEL promoverá a declaração da caducidade da concessão, que será precedida de processo administrativo para verificação das infrações ou falhas da DISTRIBUIDORA, assegurado o contraditório e a ampla defesa à DISTRIBUIDORA, assim como garantida a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a prestação do serviço público adequado. Da indenização apurada serão deduzidos os valores das multas devidas e dos danos causados pela DISTRIBUIDORA relativos ao fato motivador da caducidade.

263. *Para a Agência, no entanto, ‘a intervenção administrativa e a proposição da caducidade são medidas extremas, a serem utilizadas quando a situação chega a um patamar crítico’ (peça 31, p. 17) – nota técnica da Aneel.*

264. *Ocorre que não está claramente estabelecido a partir de que momento considera-se patamar crítico a prestação inadequada do serviço. Assim, para assegurar que o descumprimento de parâmetros objetivos de qualidade ao longo de toda a vigência do contrato acarrete a abertura do processo de extinção da concessão, por força de determinação contratual, impositiva, sem margem para qualquer discricionariedade, recomenda-se a definição de critérios objetivos para início do processo de caducidade da concessão para o prazo total do contrato.*

XI. Das concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013

265. *Com base em informações da Aneel (peça 56, p. 7 e anexos 2 e 3 - itens não digitalizáveis) não estão alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 as concessões das empresas que foram privatizadas simultaneamente com a outorga de nova concessão, nos termos do art. 27 da Lei 9.074/1995, listadas na Tabela 5.*

Tabela 5 – Concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013

<i>Concessionárias</i>	<i>Término</i>
<i>Cia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins - CELTINS</i>	<i>30/01/2020</i>
<i>Espirito Santo Centrais Elétricas S/A - ESCELSA</i>	<i>17/07/2025</i>
<i>LIGHT Serviços de Eletricidade S/A</i>	<i>04/06/2026</i>
<i>AMPLA Energia e Serviços S/A</i>	<i>09/12/2026</i>
<i>Cia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA</i>	<i>08/08/2027</i>
<i>Rio Grande Energia S/A - RGE</i>	<i>06/11/2027</i>
<i>AES SUL Distribuidora Gaúcha de Energia S/A</i>	<i>06/11/2027</i>
<i>Cia Paulista de Força e Luz - CPFL</i>	<i>20/11/2027</i>
<i>ENERSUL- Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A</i>	<i>04/12/2027</i>

<i>Centrais Elétricas Matogrossenses S/A - CEMAT</i>	<i>11/12/2027</i>
<i>ENERGISA Sergipe - Distribuidora de Energia S/A</i>	<i>24/12/2027</i>
<i>Cia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN</i>	<i>31/12/2027</i>
<i>Cia Energética do Ceará - COELCE</i>	<i>13/05/2028</i>
<i>ELETROPAULO Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A</i>	<i>15/07/2028</i>
<i>REDE CELPA ENERGIA S.A.</i>	<i>28/02/2028</i>
<i>ELEKTRO Eletricidade e Serviços S/A</i>	<i>27/08/2028</i>
<i>Cia Piratininga de Força e Luz</i>	<i>23/10/2028</i>
<i>Bandeirante Energia S/A</i>	<i>23/10/2028</i>
<i>ENERGISA Boborema-Distribuidora de Energia S/A</i>	<i>04/02/2030</i>
<i>Cia Energética de Pernambuco - CELPE</i>	<i>30/03/2030</i>
<i>Cia Energética do Maranhão - CEMAR</i>	<i>11/08/2030</i>
<i>ENERGISA Paraíba - Distribuidora de Energia S/A</i>	<i>21/03/2031</i>

Fonte: Aneel em resposta ao Ofício de Requisição 1-246/2015 (peça 56, anexo 3).

266. *Como já tratado nessa instrução, é fundamental a clareza e transparência quanto à definição das diretrizes e regras que devem balizar os procedimentos de licitação ou prorrogação dos contratos, em prol da segurança jurídica e regulatória e, especialmente, da qualidade do serviço a ser prestado. A tempestiva atuação do poder concedente assegurará transparência ao processo e previsibilidade para a atração de potenciais interessados, bem como para a decisão dos atuais concessionários em pleitear ou não as prorrogações.*

267. *Nesse sentido, o art. 4º, §4º, da Lei 9.074/1995 estabelece que o concessionário deverá requerer, com antecedência de 36 meses do termo final do contrato, sua prorrogação e que o poder concedente deverá manifestar-se em até dezoito meses do final do prazo do contrato. Para a primeira dessas concessões a vencer, da Celtins, em 30/1/2020, o pedido de prorrogação deverá ser formulado até 30/1/2017 e o poder concedente deverá analisá-lo até 30/7/2018.*

268. *Sendo assim, com base no art. 37 da CF/ 88 c/c art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 4º, § 4º, da Lei 9.074/1995, propõe-se determinar ao MME que defina até 30/1/2017, as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.*

XII. Da desnecessidade de oitiva das atuais concessionárias

269. *No TC 014.746/2015-8, tratou-se de pedido de fornecimento de cópia integral do TC 003.379/2015-9 formulado pela Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig, com base em pretensão de reconhecimento como interessada no processo.*

270. *Mais especificamente, a concessionária alegou que, por ser controladora da Cemig Distribuição S.A., detentora de ‘contratos de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica que serão atingidos pela determinação citada acima’, as decisões proferidas neste TC 003.379/2015-9 lhe afetarão diretamente nas dimensões econômica e jurídica, nisso residindo justificativa para deferimento de seu pleito de cópia integral destes autos.*

271. *Sobre esse pleito, transcreve-se trecho da instrução desta unidade técnica:*

‘Não são objeto do TC 003.379/2015-9 as relações jurídicas já constituídas sob os atuais contratos que habilitam a Cemig Distribuição S.A para o serviço de distribuição de energia elétrica. Naquele feito, versa-se sobre o exercício de uma competência do Poder Concedente para admitir ou não a prorrogação desses contratos, com base na Lei 12.783/2013 e no Decreto 8.641/2015. Trata-se, portanto, de autorização, sujeita a explicitação de motivos determinantes e concretização de finalidades estabelecidas na legislação, e não de determinação para tal prorrogação, que, portanto, não se constitui como direito subjetivo dos

atuais concessionários. Assim, não há fundamento para a caracterização da requerente como interessada no TC 003.379/2015-9.

272. *Seguiu-se, então, a seguinte deliberação do Ministro José Múcio:*

‘Concedo a vista requerida do TC 003.379/2015-9, sem prejuízo de cobrar da unidade técnica a atenção para a eventual existência de restrições de acesso a informações dos autos decorrentes dos regramentos de confidencialidade contidos na Resolução TCU 254/2013 e de ressaltar que a permissão não implica o reconhecimento da solicitante como interessada no processo, nos termos definidos no § 2º do art. 144 do Regimento Interno, tampouco a sua habilitação para a prática de atos processuais.’

273. *Ante os fatos acima narrados, mantém-se entendimento de que não se configuram como interessadas neste processo as atuais concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica. Portanto, não se considera necessária a oitiva delas nos moldes preconizados no art. 250, inciso V do Regimento Interno do TCU.*

CONCLUSÃO

274. *Trata-se do vencimento de 43 contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, concessões que atendem a dezoito estados do Brasil, mais de 50,2 milhões de unidades consumidoras e movimentaram diretamente valor superior a R\$ 60 bilhões no ano de 2014. Essas concessões atendem aproximadamente a 50% do Brasil.*

275. *A despeito do termo final do prazo de dezenas de contratos de concessões de distribuição de energia estar previsto há vinte anos e de todos os esforços deste Tribunal, por meio de fiscalizações que resultaram em recomendações/determinações, objetivando alertar o MME sobre a aproximação desse importante evento para que fossem realizados os necessários estudos de forma a se preparar adequadamente para tomar as melhores decisões, poucas ações nesse sentido foram realizadas.*

276. *Restando pouco menos de um mês para o vencimento desses contratos persistem indefinições sobre a constitucionalidade e a legalidade do modelo de prorrogação proposto, que pressupõe a prorrogação, sem condições prévias e sem onerosidade adicional, de todos os contratos de concessão vincendos, independentemente de uma análise criteriosa, caso à caso, da eficiência, da racionalidade operacional e econômica, da qualidade do serviço que vem sendo prestado e da condição financeira para a realização dos necessários investimentos da atual concessionária.*

277. *Embora 36 contratos tenham vencido no dia 7/7/2015, o Decreto 8.461/2015, que regulamentou a prorrogação desses contratos, foi publicado apenas em 2/6/2015, há pouco mais de um mês do prazo fatal. A audiência pública promovida pela Aneel que submete as minutas de contrato que ditarão as novas regras para o prazo de trinta anos de concessão se encerrará apenas no dia 13/7/2015. A Aneel se manifestará sobre a minuta, por meio de sua diretoria, provavelmente em setembro, e, só então, será submetida à apreciação do poder concedente. Este submeterá as minutas às concessionárias, que terão prazo de trinta dias para análise. A estimativa do MME para a assinatura dos contratos de concessão, na melhor das hipóteses, é no fim de 2015 ou início de 2016, pelo menos quatro meses após o termo final dos contratos.*

278. *Ficou evidente, nas respostas apresentadas pelo MME à oitiva, a ausência de estudos que pudessem fundamentar os argumentos apresentados para justificar a decisão tomada pela prorrogação de todos os contratos de distribuição vincendos. O MME apresentou respostas teóricas, sem objetividade e especificidade técnica embasada em estudos, as quais foram contrapostas por argumentos também teóricos e lógicos. Isso revela a ausência de informações consistentes que pudessem ser levadas em conta para a melhor tomada de decisão. Decisão importante que incidirá na qualidade de vida de dezenas de milhões de brasileiros pelo prazo de trinta anos.*

279. *Percebe-se a falta de ações voltadas à promoção da transparência na tomada da decisão, a ausência de debate técnico e profundo, lastreado em estudos sobre diversos aspectos dessas áreas de concessão, incluindo-se nele vantagens e desvantagens de prorrogar ou licitar, e a forma açodada e intempestiva em que se desenvolve o processo.*

280. *Note-se que, ainda que se possa e opte por se propor aos atuais concessionários prorrogar as concessões, definições como o método de cálculo e pagamento dos bens reversíveis não amortizados e sujeitos à indenização são fundamentais para que o concessionário decida sobre a aceitação da proposta e, mesmo já tendo vencido os contratos, nada se dispôs a respeito. Além disso, ainda não há certezas sobre quais regras serão alteradas, quais dispositivos contratuais modificados, se haverá novas exigências e obrigações contratuais.*

281. *A consequência dessa realidade é a instabilidade jurídica, ausência de previsibilidade de regras e ações, aumento do risco dos concessionários com, conseqüente, diminuição dos investimentos e piora na qualidade do serviço fornecido. Soma-se a isso a perda de excelente oportunidade para promover avanços e melhorias em segmento tão relevante para o desenvolvimento social e econômico do Brasil.*

282. *Em relação à realização de licitações, a despeito do explícito comando constitucional insculpido no art. 175, que obriga a realização de licitação para a concessão de serviços públicos e a despeito dos atuais contratos vincendos nunca terem passado por esse procedimento, não foi apresentada evidência de que o poder concedente tenha aprofundado estudos que pudessem indicar vantagens e desvantagens, riscos, medidas mitigadoras ou soluções de eventuais problemas com a troca de concessionários.*

283. *Da análise conjunta do art. 175 da CF/88 e do art. 7º da Lei 12.783/2013 e tendo em vista a supremacia da constituição sobre os demais ordenamentos jurídicos, e a ausência de licitação prévia na concessão original desses contratos vencidos, concluiu-se que a autorização conferida nessa Lei para a prorrogação das concessões de distribuição não é ampla e irrestrita, devendo ser motivada, já que incide sobre uma situação excepcional. Situação que se caracteriza pela impossibilidade de atendimento de outros preceitos e princípios constitucionais, como o da continuidade do serviço público, o da prestação do serviço adequado, o da modicidade tarifária, etc. Necessária, portanto, a demonstração da existência desse conflito de normas constitucionais, em prejuízo da licitação, e da vantagem da realização de prorrogação. Essa demonstração autorizaria a escolha deste último.*

284. *O MME, na resposta dada à oitiva da Medida Cautelar, não caracteriza essa situação excepcional, sendo evidente a ausência de estudos sobre a matéria. As respostas apresentadas são meramente argumentativas, sem lastro técnico decorrente de estudos específicos. Ainda, segundo as respostas do MME, impossível seria a realização de licitações de concessões de distribuição de energia elétrica, em qualquer caso, o que implicaria na manutenção perpétua dos concessionários atuais, até que esses decidissem por conta própria alienar suas participações, o que não é razoável frente às regras constitucionais vigentes.*

285. *É possível elencar vantagens na realização de um processo licitatório realizado com tempo, definição clara de regras, transparência e prospecção de interessados dentro e fora do país, tais como: atração de investidores estrangeiros com entrada de capitais externos, com repercussão positiva na Balança de Pagamento, e aporte de dinheiro novo no setor elétrico; obtenção de vantagens provenientes da competição como redução de tarifa, obtenção de valor de outorga ou aporte de investimentos não remunerados, a depender do critério de avaliação de propostas escolhido (onerosidade adicional); substituição de concessionários maus prestadores de serviço ou que não possuem saúde financeira; estabelecimento de novas regras contratuais que possibilitem maior controle e enforcement para o alcance de indicadores de desempenho, entre outras.*

286. *Portanto, a prorrogação geral dos contratos ora em análise fere o art. 175 da CF/1988. Além disso verificou-se que o modelo proposto, com base no Decreto 8.461/2015 e na minuta de contrato em audiência pública na Aneel, não está de acordo com a legislação ordinária que trata do tema.*

287. *A Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) estabelece que a concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários e que a sua delegação somente pode ser feita a quem demonstre capacidade para seu desempenho. Neste mesmo sentido se soma o art. 7º da Lei 12.783/2013, que autoriza a prorrogação 'de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional*

e econômica'. Percebe-se que o interesse público tutelado com a delegação de serviços públicos é a prestação do serviço adequado.

288. Portanto, prorrogar concessões que não possuem a capacidade de assegurar o alcance desses critérios é ilegal e, portanto, nesses casos, a prorrogação torna-se impossível. Vê-se que o legislador tomou o cuidado de não permitir a perpetuação de maus prestadores de serviço público.

289. O modelo proposto de prorrogação geral não assegura o alcance desses critérios legais. Esse modelo estabelece metas de qualidade e de saúde financeira a serem alcançadas no prazo final de cinco anos, sob pena de início do processo de caducidade. Essas metas são subdivididas em submetas anuais que não poderão ser transgredidas por dois anos sucessivos. O processo administrativo de declaração de caducidade pode ser interrompido caso seja apresentado um plano de controle acionário que poderá ter duração de até dois anos.

290. A consequência desse modelo é que os prestadores de serviço que não atinjam a qualidade mínima requerida poderão ter suas concessões prorrogadas e continuarem ofertando serviços insatisfatórios, prejudicando toda a população. Lembrando-se que se trata de monopólio, e o consumidor cativo não tem alternativa, a não ser se submeter a cortes de luz, oscilações de tensão, demora no reestabelecimento da energia, mau atendimento, etc, enquanto durar a prestação inadequada.

291. Note-se que o modelo traz a possibilidade de comportamento oportunista, por parte do concessionário, que poderia sugar ao máximo a concessão, sem a realização de qualquer investimento e redução de seus gastos operacionais a valores ínfimos, em prejuízo do usuário, e em seu benefício financeiro, depois, ainda permite que o mau concessionário se beneficie novamente com a venda do controle acionário da concessão.

292. Para a realização da prorrogação, segundo a proposta do MME, não há análise do histórico do concessionário, ignora-se quem reiteradamente descumpra os requisitos exigidos para a adequada prestação do serviço, não se verifica a condição econômico-financeira do concessionário, se tem condições de realizar investimentos e manter ou alcançar o desejado nível de serviços, não é exigida a apresentação de plano de melhorias e investimentos que viabilizem o alcance das metas, muito menos, aportes de investimentos prévios e imediatos, nos casos de concessionárias que não atendem aos requisitos mínimos de qualidade definidos pelo regulador. Em suma, não é assumido um compromisso crível de melhoria ou manutenção do serviço adequado no ato da prorrogação.

293. Esse problema se agrava pela constatação de que várias concessionárias possuem qualidade comprovadamente deficiente ou ausência de saúde financeira. Conforme verificado pelas informações prestadas pela Aneel, nove concessionárias não atenderam, em nenhum dos últimos três anos, ao critério mínimo de qualidade (DECI) definido e, também, nove concessionárias não têm condições financeiras de realizar nem ao menos os investimentos mínimos para a reposição natural de equipamentos, muito menos os necessários para a elevação do nível de qualidade a patamares minimamente aceitáveis.

294. Ressalta-se que os contratos vencidos já possuíam cláusulas que previam a caducidade da concessão no caso da não prestação do serviço adequado, refletido nos indicadores e metas definidas pela Aneel, que foram, em alguns casos, sistematicamente descumpridos. O estabelecimento de novas metas a serem cumpridas no prazo de cinco anos não assegura, de forma alguma, a prestação do serviço adequado ao consumidor. A prorrogação significará, em alguns casos, apenas a manutenção de problemas existentes e a procrastinação de soluções por anos a mais.

295. Além disso, identificou-se que os §§1º ao 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015 permitem ao mau concessionário, após o início do processo de declaração de caducidade, alienar o seu controle acionário, com suspensão do processo de caducidade. Tal fato aumenta o tempo de exposição do consumidor à prestação de serviço inadequado e permite a obtenção de vantagem financeira, pela concessionária inadimplente, com a venda do controle da concessão, vantagem que deveria ser auferida pela União.

296. Outra questão importante é que a prorrogação geral não atende aos critérios da racionalidade econômico-financeira e da modicidade tarifária. Isso porque o Decreto 8.461/2015 autoriza a prorrogação de todas as concessões vincendas e o seu § 6º do art. 1º definiu que a avaliação de racionalidade operacional e econômica das distribuidoras de pequeno porte deverá considerar os parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos de concessionárias do mesmo porte e condição.

297. Vale observar que a própria Aneel já se manifestou sobre o assunto (peça 14, p. 224 e 228-262) e evidenciou ao MME a existência de possibilidade de otimização de áreas, com aumento da eficiência e melhoria da modicidade tarifária. Há existência de concessões com áreas pequenas, descontínuas ou, ainda, com outros tipos de problemas, que por suas características, podem impedir a viabilidade financeira ou estar trazendo ineficiências ao sistema, como deseconomias de escala, necessidade de subsídios ou tarifas mais caras. O vencimento desses contratos abriria a possibilidade de haver aglutinação ou redefinições de áreas que permitam melhor racionalidade operacional e econômica, o que resultaria em maior eficiência e modicidade tarifária.

298. Diante do exposto conclui-se pela inconstitucionalidade e ilegalidade do modelo proposto de prorrogações gerais e sem condicionantes prévias, concretizado pelo Decreto 8.461/2015 e minutas de contrato submetidas à audiência pública.

299. Propõe-se, então, determinações corretivas no sentido de realização de licitação desses contratos e redefinição do limite espacial para otimização dessas áreas de concessão de distribuição de energia elétrica.

300. Verificou-se, ainda, na minuta de contrato, possibilidades de melhorias e lacunas importantes que deverão ser melhor tratadas. Embora o documento esteja em audiência pública, não sendo, portanto, versão definitiva, entendeu-se adequada análise da minuta com o objetivo de recomendar ao MME e à Aneel ações para aumentar a transparência, previsibilidade e segurança jurídica desses instrumentos e possibilitar alterações em menor tempo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

301. Por todo o exposto, submetem-se os presentes autos à consideração superior com as seguintes propostas de encaminhamento:

a) revogar a medida cautelar constante do Despacho à peça 36, por haver condições para imediata proposta de mérito, nos termos do § 6º do art. 276 do Regimento Interno do TCU;

b) com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 c/c com os art. 41, alínea b do inciso I, e art. 45 da Lei 8.443/1992 determinar ao Ministério de Minas e Energia que:

b.1) com base no art. 175 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 7º da Lei 12.783/2013, e os arts. 2º, inciso II, e 6º da Lei 8.987/1995, promova a licitação de todas as concessões de que trata o art. 7º da Lei 12.783/2013, abstendo-se de prorrogar os contratos já vencidos ou a vencer, exceto quanto ao período necessário para a preparação do procedimento licitatório e assunção de novo concessionário;

b.2) com base nos arts. 6º da Lei 8.987/1995 e 7º da Lei 12.783/2012, promova a redefinição do limite espacial de áreas de concessão de distribuição de energia elétrica, com base nos estudos já realizados pela Aneel e outros complementares, visando à melhor otimização do sistema, de tal forma a eliminar eventuais ineficiências decorrentes de escala, descontinuidade, etc, ou, ainda, tornar viável a exploração econômica e, conseqüentemente, a delegação de forma a viabilizar a prestação do serviço adequado, com eficiência, modicidade tarifária e racionalidade operacional e econômica;

b.3) com base no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 4º, § 4º, da Lei 9.074/1995, defina com antecedência mínima de três anos do termo final dos contratos de concessões de distribuição de energia elétrica, prorrogáveis ou não, as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação dessas concessões;

b.4) encaminhe ao TCU, com antecedência de no mínimo sessenta dias da assinatura, a minuta final de contrato, aprovada pelo Ministério de Minas e Energia e pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

c) dar ciência ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) que a alienação de controle acionário de empresas concessionárias de distribuição de energia elétrica após o início de processo de declaração de caducidade, nos termos dos §§1º a 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015, não é compatível com o art. 6º da Lei 8.987/1995 nem com o art. 7º da Lei 12.783/2013;

d) com fundamento no art. 250 do Regimento Interno do TCU, recomendar à Aneel e ao MME, em atenção ao que prescreve o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013, que:

d.1) inclua dispositivo no novo contrato de concessões de distribuição de energia elétrica prevendo e disciplinando período transitório para a transferência das concessões, em decorrência do fim do prazo contratual ou da declaração da caducidade da concessão, de forma a mitigar riscos de descontinuidade dos serviços;

d.2) mantenha os critérios objetivos previstos no Decreto 8.461/2015, ensejadores da extinção da concessão, ao longo de todo o período de vigência contratual, com o objetivo de aumentar as garantias de prestação do serviço adequado e de reduzir eventual tempo de exposição do consumidor ao serviço inadequado;

d.3) introduza dispositivo expresso nos novos contratos de concessão sobre Perdas Elétricas de forma a estabelecer compromisso na sua redução a níveis regulatórios aceitáveis, prevendo, inclusive, sanções pelo seu descumprimento;

e) com fundamento no art. 250 do Regimento Interno do TCU, recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica, em atenção ao que prescreve o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013, que regulamente previamente ao procedimento licitatório ou, quando possível, à prorrogação de contratos, de forma a reduzir incertezas, aumentar previsibilidade e segurança jurídica, o seguinte:

e.1) os critérios que implicam na impossibilidade de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata a Cláusula 2ª, Subcláusula 8ª da minuta de contrato submetida a audiência pública;

e.2) os parâmetros mínimos de sustentabilidade econômica e financeira de que trata a Cláusula 7ª, Subcláusula 1ª da minuta de contrato submetida à audiência pública;

e.3) os parâmetros mínimos de governança e transparência de que trata a Cláusula 8ª, Subcláusula 1ª da minuta de contrato submetida à audiência pública;

e.4) os descumprimentos que poderão limitar a participação do controlador e de seu grupo em novos empreendimentos do Setor Elétrico de que trata a Cláusula 13ª, Subcláusula 6ª da minuta de contrato submetida à audiência pública.

f) constituir processo apartado para apuração das responsabilidades, no âmbito do Ministério de Minas e Energia, pela intempestividade tratada nestes autos em conjunto com a análise de responsabilidade de que trata o item 9.1 do Acórdão 3149/2012-TCU-Plenário e o sobrestamento das contas de 2013 do referido ministério (TC 019.357/2014) até a conclusão das referidas análises, com fundamento no art. 43 da Resolução-TCU 259/2014;

g) constituir processo apartado para realização do monitoramento do item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário nos termos do art. 43 da Resolução-TCU 259/2014;

h) enviar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como relatório e voto que o fundamentam, para o Ministério de Minas e Energia, a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Comissão de Infraestrutura do Senado, a Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Consumidor e Ordem Econômica) e a Casa Civil da Presidência da República;

i) apensar o presente processo ao TC 001.843/2013-3, com fundamento no art. 36 da Resolução TCU 259/2014.”



É o relatório.

VOTO

Cuida-se de processo de monitoramento constituído para verificar o cumprimento dos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-Plenário, proferido no TC-001.843/2013-3, que, por sua vez, tratava de monitoramento de deliberações do Acórdão 3.149/2012-Plenário, prolatado em sede de acompanhamento que vinha sendo realizado pelo Tribunal das ações do Poder Público concernentes às concessões do setor elétrico cujos contratos estavam previstos para vencer a partir de 2015.

2. Como as deliberações de cada um dos itens do Acórdão 1.836/2013-Plenário vêm sendo examinadas nestes autos em instruções distintas, a SeinfraElétrica propõe, desde logo, nos termos do art. 43 da Resolução TCU 259/2014, a criação de processo apartado para realização exclusivamente do monitoramento do item 9.3.1 do acórdão, encaminhamento com o qual estou de acordo.

3. Desse modo, a presente apreciação abrange apenas as questões do item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-Plenário, relacionadas às concessões de distribuição de energia elétrica que vencem até 2017.

4. A Lei 12.783/2013, em seu art. 7º, possibilitou ao Poder Concedente a prorrogação de tais contratos, de forma a assegurar, entre outras condições, a continuidade e a eficiência da prestação do serviço. No entanto, diferentemente do que ocorreu com a geração e a transmissão, a mencionada lei não estabeleceu a linha reguladora para a extensão das concessões de distribuição, razão pela qual, ante a materialidade afeta ao tema e o impacto potencial da decisão nas tarifas de energia elétrica, determinou-se ao MME que:

“9.3.2 apresente a esta Corte os fundamentos e as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, tão logo os defina.”

5. As informações inicialmente aduzidas aos autos foram consideradas insuficientes para fundamentar a decisão a ser tomada pelo MME, dando ensejo à oitiva do Ministério para que se manifestasse sobre os apontamentos da SeinfraElétrica.

6. Antes da resposta à oitiva, o Poder Executivo publicou, em 2/6/2015, o Decreto 8.461/2015, regulamentando a prorrogação das referidas concessões de distribuição. Também foi aberta pela Aneel, logo em seguida, a 1ª fase da audiência pública acerca do modelo de prorrogação desenvolvido pelo regulador a partir do referido decreto.

7. Diante disso, com base em instrução na qual se destacou a proximidade do vencimento das concessões e a necessidade de que a matéria seja dirimida antes de consumadas as prorrogações, foi expedida medida cautelar determinando ao MME que se abstinhasse de celebrar termos aditivos para a prorrogação dos contratos de distribuição, fundado no Decreto 8.461/2015, até o julgamento do mérito deste processo, e se manifestasse, bem como a Aneel, sobre os fatos apontados pela SeinfraElétrica.

8. Antes de passar ao teor dos elementos apresentados pelo MME e pela Aneel, convém lembrar quais são as concessões alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 e trazer alguns aspectos do modelo de prorrogação formulado pelo Poder Concedente, já apresentado de forma resumida nos itens 25 a 33 da instrução transcrita no relatório precedente a este voto.

9. Em 1995, as concessões e permissões de prestação de serviços públicos passaram a ser disciplinadas pela Lei 8.987/1995, cujo art. 42 dispõe que as concessões outorgadas previamente à entrada em vigor da referida lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga.

10. Posteriormente, com fundamento no art. 22 da Lei 9.074/1995, as concessões de distribuição de energia elétrica compreendidas no art. 42 da Lei 8.987/1995 foram prorrogadas por um prazo que se encerrou, para a maior parte delas, em 7/7/2015.

11. São esses os contratos que tiveram nova prorrogação autorizada mediante o art. 7º da Lei 12.783/2013, que estabelece que as concessões do [art. 22 da Lei 9.074/1995](#) “*poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a*

assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica”.

12. Tais concessões estão elencadas no item 36 da instrução da SeinfraElétrica, de onde se extrai que, no seu conjunto, atendem mais de 50 milhões de unidades consumidoras, em 18 estados da Federação, representando cerca de 50% do mercado cativo do País.

13. Ao regulamentar o art. 7º da Lei 12.783/2013, o Decreto 8.461/2015 traz um modelo que, em síntese, admite a prorrogação de todas as concessões, por trinta anos, impondo, no entanto, o atendimento dos critérios estabelecidos na lei (continuidade, eficiência da prestação do serviço, modicidade tarifária e atendimento a parâmetros de racionalidade operacional e econômica).

14. No tocante à continuidade e ao nível da prestação do serviço, em especial, são introduzidas metas anuais de eficiência com relação à qualidade do serviço prestado e à gestão econômico-financeira, definidas por trajetórias de melhoria contínua, a serem atingidas pelas concessionárias no prazo máximo de cinco anos. O inadimplemento das metas anuais poderá resultar em obrigações de aporte de capital por parte dos sócios controladores da concessionária. Além disso, caso não cumprida qualquer uma das metas, por dois anos consecutivos ou ao final do prazo de cinco anos, dá-se início à extinção da concessão.

15. Uma particularidade do modelo é a permissão para que, no processo de extinção da concessão, o controle societário da concessionária seja cedido, mediante a apresentação de plano de transferência, que deverá demonstrar a viabilidade da troca de controle e o benefício dessa medida para a adequação do serviço prestado.

16. Ao analisar os argumentos do MME e da Aneel que justificam a opção pelo modelo escolhido, a SeinfraElétrica concluiu que a prorrogação dos contratos em comento, nas condições em que está sendo feita, fere o art. 175 da CF/1988, que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos, conforme a seguir:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

17. Diante disso, propõe determinar ao MME que promova a licitação de todas as concessões abrangidas no art. 7º da Lei 12.783/2013, prorrogando-se os contratos apenas durante o período necessário para a preparação dos procedimentos licitatórios e assunção de nova concessionária.

18. A conclusão pela necessidade de realização de licitação considera que não foram apresentados estudos suficientemente detalhados para justificar a opção pela prorrogação dos contratos. Para a unidade técnica, faltaram informações consistentes, indicando vantagens e desvantagens de prorrogar ou licitar, que pudessem ser levadas em conta para a melhor tomada de decisão, não restando também devidamente demonstrados os riscos que a licitação poderia trazer ao atendimento dos critérios da lei.

19. A SeinfraElétrica fundamenta sua proposta também na intempestividade para a definição das diretrizes da prorrogação, salientando, nesse ponto, que desde 2010 o MME não atende às cobranças do Tribunal para a apresentação das ações preparatórias com vistas ao vencimento dessas concessões.

20. Com relação ao atraso na tomada de decisão, há de se reconhecer que a edição do decreto regulamentador em 2/6/2015, faltando pouco mais de um mês para o final de quase todas as concessões, que veio a acontecer em 7/7/2015, decerto gerou instabilidade jurídica e regulatória e pode ter contribuído para aumentar os riscos da licitação, favorecendo de algum modo a opção pela prorrogação.

21. Ocorre que, queira-se ou não, a demora é um dado concreto no presente processo de escolha e suas consequências devem ser consideradas na avaliação da melhor alternativa, sem prejuízo, evidentemente, da apuração das razões que levaram o Poder Concedente a atrasar sua decisão.
22. O MME alega nos autos que as complicações conjunturais e estruturais enfrentadas pelo setor elétrico em 2013 e 2014 dificultaram a definição, mais cedo, de diretrizes para as concessões em comento. Argumenta que, antes da solução dos vários problemas surgidos nesse período, com destaque para a necessidade de restabelecimento da capacidade econômico-financeira das distribuidoras em razão da hidrologia desfavorável e da exposição involuntária a custos, entre outros fatores, não haveria como se concluir pela melhor alternativa para os contratos vincendos.
23. Em cognição breve, não parecem descabidos os motivos apresentados pelo MME, já que as vicissitudes por que passou o setor de energia elétrica nos últimos dois anos, período em que o segmento de distribuição, em particular, esteve submetido a grandes pressões financeiras decorrentes do aumento de custos não gerenciáveis, podem de fato ter prejudicado o planejamento e a obtenção de elementos consistentes para a tomada de decisão.
24. A unidade técnica contesta as alegações, sob o argumento de que a própria atuação do Poder Concedente foi determinante para os problemas apontados, referindo-se à edição da MP 579/2012, convertida na Lei 12.783/2013, e à condição de subcontratação a que ficaram expostas as distribuidoras por força do cancelamento da Portaria MME 599/2012. Mas aqui também convém lembrar que, independentemente das suas causas, as dificuldades efetivamente existiram e demandaram um conjunto de medidas saneadoras por parte do MME, contribuindo para o ambiente de incertezas que vem circundando o setor.
25. De qualquer maneira, e como as responsabilidades pelos problemas decorrentes da subcontratação já vêm sendo apuradas por este Tribunal no TC 011.223/2014-6, penso que o aprofundamento da discussão sobre as razões do atraso do MME na definição do modelo a ser seguido para as concessões de distribuição também deve ser feita em outro processo, nos termos propostos pela SeinfraElétrica, juntamente com a apuração, conforme sugerido, da responsabilidade de que trata o item 9.1 do Acórdão 3.149/2012-Plenário, relativo à intempestividade do MME no cumprimento de determinações do Tribunal para apresentação de plano de ações referentes ao vencimento dos contratos de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, a partir de 2015.
26. Quanto à carência de informações para justificar a decisão, realmente, não se encontram nos autos parâmetros e variáveis que demonstrem com precisão que a prorrogação seria a melhor solução. Não obstante, vejo que os argumentos e dados apresentados são bastantes para se concluir que a realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação.
27. Note-se que a SeinfraElétrica não deu por inconstitucional o art. 7º da Lei 12.783/2013, o que o coloca em situação diferente da do art. 1º da Lei 10.577/2002, que previa a manutenção de contratos de exploração de serviços postais celebrados pela ECT e foi considerado inconstitucional pelo TCU, por contrariar o art. 175 da CF/1988, conforme Acórdão 574/2006-Plenário. Isso porque, no caso da Lei 12.783/2013, não se estabeleceu uma liberdade absoluta para a prorrogação dos contratos de concessão, fixando-se limites à discricionariedade do Poder Concedente, que somente poderá efetivá-la se a licitação implicar riscos à continuidade da prestação de serviço e demais critérios estabelecidos no seu art. 7º.
28. Também tenho por constitucional o art. 7º da Lei 12.783/2013, todavia, ao admitir como juridicamente aceitável a opção ali conferida, tomo por base não o simples fato de se terem sido fixadas condições para a prorrogação, mas o reconhecimento implícito da importância estratégica do serviço de distribuição de energia elétrica e da gravidade que pode advir da descontinuidade no seu fornecimento, mais ainda quando estão envolvidos contratos que atendem em seu conjunto por volta de 50 milhões de unidades consumidoras e representam cerca de 50% do mercado cativo do País,

significando que, nesse caso específico, tão severas podem ser as consequências dos riscos, que existe margem para situações de exceção que justifiquem a não realização da licitação.

29. Nessa linha, tanto mais em se tratando de um serviço que demanda vultosos investimentos para a sua prestação adequada e para o atendimento à necessidade de permanente expansão da rede, penso que faltou nas análises a ponderação do contexto atualmente vigente de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontra o segmento de distribuição em face de modificações em curso no modelo tarifário, que, em prol da transparência dos valores pagos pelos consumidores, passa a admitir uma maior volatilidade das tarifas e transfere para as distribuidoras as incertezas na remuneração.

30. Sob esse prisma, parece-me pertinente, por exemplo, o receio do Poder Concedente de que ocorram fuga de capital do setor elétrico e ausência de competição caso sejam realizadas todas essas licitações, dada a conjuntura atual do mercado de escassez de liquidez.

31. A unidade técnica afirma que *“não parece razoável supor a inexistência de outros interessados, além daqueles que optarem por prorrogar suas concessões nos termos do modelo proposto”*, mas a realidade encontrada nos recentes leilões das linhas de transmissão, a exemplo do ocorrido neste mês de agosto, que mostra uma diminuição acelerada na disposição do mercado e de seus **players** em investir, apesar de, historicamente, o segmento de transmissão ser visto como atrativo pela estabilidade dos rendimentos, confere razão ao MME.

32. A possível fuga de capital é questão também a ser devidamente considerada na avaliação da decisão, porquanto, nesse ambiente desfavorável do ponto de vista de liquidez, é razoável o temor do MME de que a realização de tantas licitações tenha como efeito indesejável a canalização de recursos para a opção mais fácil de aquisição desses ativos operacionais já existentes, no caso as concessões, diminuindo a disponibilidade de investimentos para a implantação de novos ativos. Tal consequência iria de encontro à tentativa do Poder Concedente de direcionar capital para a expansão do setor elétrico e poderia, inclusive, inviabilizar o cumprimento do programa de investimentos setoriais previstos no planejamento energético nacional.

33. A unidade técnica refuta a tese do MME, deduzindo que *“as atuais concessionárias que se vissem privadas de concessões de distribuição tenderiam a aportar os recursos obtidos com o pagamento das indenizações dos ativos não amortizados em áreas relacionadas à sua expertise, isto é, nos demais segmentos do setor elétrico que oferecem oportunidades de negócios, como a geração e a transmissão”*. Todavia, não se pode esquecer que 90% das concessionárias abrangidas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 são estaduais, municipais ou federalizadas, sendo que algumas delas enfrentam passivos difíceis de serem honrados somente com os recursos de indenização. Tais circunstâncias, por sinal, além de não confirmarem a aventada tendência de aplicação dos recursos na mesma área, nos remetem à experiência com as privatizações de ativos ocorrida na década de 90, que teve como consequência a falta de recursos para expansão que levou a uma estagnação duradoura do setor elétrico.

34. Outro problema levantado pelo MME, relacionado à atual conjuntura econômica, é a falta de recursos da União para fazer frente às indenizações pelos ativos não amortizados e não depreciados das atuais concessionárias. Conforme informações da Aneel, com dados de 2012, a base líquida de ativos dessas distribuidoras, que constitui um bom parâmetro do valor indenizável, era de R\$ 19 bilhões, ao passo que o EBTIDA (resultado antes dos juros, impostos, depreciação e amortizações) de todo o segmento de distribuição era de cerca de R\$ 9,3 bilhões.

35. A unidade técnica reconhece tal dificuldade, mas sugere que *“há soluções possíveis para a questão que não implicariam aporte de capital do Tesouro Nacional ou da concessionária entrante e que poderiam ser devidamente estudadas e avaliadas pelo poder concedente em conjunto com outras soluções”*. Dá, como exemplo, a possibilidade de repasse dos valores às tarifas, solução cuja implementação, no entanto, traz complicações, já que a concessionária substituída certamente não esperaria o transcurso integral dos prazos de depreciação e amortização, que podem chegar a 30 anos, para receber sua indenização. A diminuição desses prazos, por sua vez, implicaria riscos à modicidade

tarifaria, pois oneraria ainda mais a tarifa, que, como se sabe, não vem comportando o repasse de custos previstos nas regras vigentes e tem enfrentado dificuldades para se acomodar nos bolsos dos consumidores.

36. Uma solução que poderia ser suscitada para mitigar os efeitos da concentração de tantas licitações materialmente relevantes, diminuindo-se assim os riscos de ausência de competição, fuga de capital e falta de recursos, seria a distribuição dos certames por um certo espaço de tempo, de um a três anos, por exemplo, permanecendo as atuais concessionárias à frente do serviço até a contratação, conforme autoriza a legislação.

37. Ocorre que, além de não haver certeza quanto à melhora das condições econômicas do País, existe empecilho de ordem financeira para a implantação dessa solução, visto que a operação das concessionárias em regime precário, sem um contrato de concessão firme, praticamente inviabiliza a realização dos investimentos necessários à continuidade da adequada prestação dos serviços. Isso porque os empréstimos do setor são normalmente garantidos pela própria receita futura da concessão, sendo que muitos deles, sobretudo para investimentos em melhorias nas redes de distribuição, preveem mecanismos de mudança na forma de amortização e antecipação de pagamentos em caso de extinção ou vencimento da concessão. Veja-se que, como os contratos de 38 concessionárias, das 41 que podem ter suas concessões prorrogadas nos termos da Lei 12.783/2013, já estão vencidos, é possível que essas empresas já estejam sendo alvo de restrição de crédito e operem atualmente em um regime de pouco investimento que pode afetar a sua capacidade de operação e manutenção da qualidade dos serviços.

38. Outro ponto levantado pelo MME diz respeito à já mencionada preponderância de concessionárias que são empresas estatais. Como se falou, muitas delas têm passivos trabalhistas e de outras naturezas de difícil enfrentamento, significando que a perda das concessões acarretaria o esvaziamento dessas empresas e a provável transferência dos passivos para o respectivo ente federativo controlador, com impactos potencialmente relevantes nos seus orçamentos.

39. Há de se respeitar, portanto, a dimensão política da decisão do Poder Concedente ao permitir, com a prorrogação das concessões e a adoção de um modelo que admite a transferência de controle acionário das concessionárias, que os entes controladores possam vir a auferir alguma receita com a eventual alienação da sua participação nesses ativos, livrando-os do risco de restarem com empresas esvaziadas e grandes passivos a descoberto.

40. Trata-se, repito, de uma solução com viés discricionário, que não destoaria das doutrinas que tratam da esfera da liberdade administrativa, como a de Vladimir da Rocha França (*in* Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 40), segundo a qual a discricionariedade constitui “*um processo jurídico de decisão que admite a inserção controlada de elementos políticos na formação e concretização da norma jurídica*”.

41. Aqui é importante repisar os termos do art. 7º da Lei 12.783/2013, onde é destacado ser a prorrogação caso afeto à capacidade discricionária da Administração: “*poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica*”.

42. Portanto, diante dos riscos envolvidos na realização das licitações neste momento, e não vislumbrando, no caso concreto, incompatibilidades entre os motivos apresentados pelo Poder Concedente e a discricionariedade conferida pela legislação, considero justificada a opção pela prorrogação das concessões conferida no art. 7º da Lei 12.783/2013, desde que atendidos os critérios ali estabelecidos.

43. Quanto a isso, a posição da SeinfraElétrica é que, ainda que admitida a existência de situação fática que possibilite a prorrogação dos contratos, o modelo proposto, com base no Decreto 8.461/2015 traz três graves ilegalidades: i) ausência de garantias para a prestação do serviço adequado e com a qualidade requerida; ii) perpetuação de concessionárias que não atendem a qualidade mínima do serviço por longo tempo; e iii) inobservância ao requisito de racionalidade econômica e operacional.

44. Com relação ao primeiro ponto, a unidade técnica entende que, apesar de o modelo proposto permitir a prorrogação de todas as concessões vincendas, desde que a concessionária se comprometa a alcançar certas metas mínimas de qualidade, no prazo de cinco anos, sob pena de ser iniciado processo de caducidade, não há garantias de que o compromisso assumido pela concessionária é crível.
45. Considera que, muito embora a criação de critérios objetivos para o início do processo de caducidade seja um avanço, a possibilidade de extinção contratual por descumprimento de lei, regulamentos e metas já existe nos contratos vencidos e nem por isso assegurou a prestação do serviço adequado.
46. Mostra que seis concessionárias descumpriram simultaneamente as metas de DECI e FECI nos últimos três anos consecutivamente e nove não possuem capacidade financeira para sequer investir na reposição anual de ativos depreciados, muito menos para realizar investimentos para a elevação da qualidade a níveis minimamente aceitáveis. E, no entanto, apesar de acumularem histórico insatisfatório de indicadores de qualidade, possibilita-se a permanência dessas empresas.
47. Segundo a SeinfraElétrica, para que fosse respeitada a condição da prorrogação definida no arcabouço normativo, essas concessionárias devem demonstrar capacidade de desempenho (art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995) e assegurar o alcance das metas e a prestação do serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995 e art. 7º da Lei 12.783/2013). Caberia, portanto, ao Poder Concedente, criar mecanismos que garantam a satisfação desse interesse público ou licite as que não possam atender.
48. Ao final, conclui que, *“o modelo proposto de prorrogação não é capaz de assegurar o alcance dos objetivos estabelecidos no sistema normativo vigente, devendo ser considerado ilegal”*.
49. Discordo, contudo, da tese de que os mecanismos previstos no Decreto 8.641/2015 não atendem os critérios de prorrogação estabelecidos no art. 7º da Lei 12.783/2013.
50. Não se descarta, obviamente, o perigo de não serem as metas cumpridas e, nesse ponto, interessa que o modelo prevê consequências para a concessionária, como a necessidade de aporte de capital por parte dos sócios controladores e até a extinção da concessão. Além disso, a permissão de transferência do controle acionário da concessionária é fator que aumenta a expectativa de atingimento das metas estabelecidas.
51. Por sua vez, a afirmação de que as regras atuais já existem nos contratos vencidos e não asseguraram a adequada prestação de serviços pode sugerir a existência de falhas na regulação feita pela Aneel, mas não serve para se concluir que o modelo não busca o atendimento dos critérios da lei.
52. É bem possível que tanto o histórico insatisfatório de algumas concessionárias relativamente à qualidade do serviço e falta de capacidade financeira, como a atuação aparentemente complacente da Aneel, tenham a ver com o que já se falou neste voto acerca das atribuições vividas pelo segmento de distribuição nos últimos anos, que afetaram fortemente o equilíbrio econômico-financeiro das distribuidoras. Parece claro que, numa tal situação, para a qual, como se sabe, não concorreram as concessionárias, o órgão regulador, reconhecendo as dificuldades impostas às empresas, pode ter levado em consideração essas condições atípicas na avaliação do cumprimento das metas mencionadas.
53. Seja como for, repito que o fato de que, recentemente, metas não foram cumpridas por algumas concessionárias não torna ilegal o modelo proposto por, supostamente, não ser capaz de assegurar o alcance dos objetivos estabelecidos na lei.
54. De qualquer maneira, a própria unidade técnica reconhece a introdução no novo contrato de mecanismos que reforçam a estratégia de atuação do órgão regulador (**enforcement**) e geram maiores garantias de alcance do serviço adequado.
55. Quanto à possível perpetuação de concessionárias que não atendem à qualidade mínima pelo fato de o modelo permitir à má concessionária que, após o início do processo de declaração de caducidade, aliene o seu controle acionário, com suspensão do processo de caducidade, penso que tem razão a unidade técnica. Tal permissivo realmente acaba por prorrogar por um tempo muito longo a exposição do consumidor à prestação de serviço inadequado e a vantagem financeira obtida pela

concessionária inadimplente, que, ainda assim, teria direito a auferir vantagens com a venda do controle da concessão.

56. Desse modo, concordo com que se dê ciência ao MME e à Aneel de que é ilegal a alienação do controle acionário de empresas detentoras de concessões de distribuição de energia após o início do processo de declaração de caducidade, dentro das circunstâncias previstas nos referidos dispositivos, de modo a que possa ser extirpado tal permissivo das regras que regerão a prorrogação das concessões.

57. A SeinfraElétrica entende ainda que a prorrogação não atende ao requisito de racionalidade econômica e operacional previsto na Lei 12.783/2013. Isso porque o Decreto 8.461/2015 autoriza a prorrogação de todas as concessões vincendas, sendo que o seu § 6º do art. 1º apenas definiu que a avaliação de racionalidade operacional e econômica das distribuidoras de pequeno porte deverá considerar os parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos de concessionárias do mesmo porte e condição. Lembra que há concessões com áreas pequenas, descontínuas ou, ainda, com outros tipos de problemas, que, por suas características, podem impedir a viabilidade financeira ou trazer ineficiências ao sistema, como deseconomias de escala, necessidade de subsídios ou tarifas mais caras.

58. Portanto, o vencimento desses contratos abriria a possibilidade de haver aglutinação ou redefinições de áreas que permitam melhor racionalidade operacional e econômica, o que resultaria em maior eficiência e modicidade tarifária, razão pela qual propõe o encaminhamento de determinação corretiva ao MME para que promova a redefinição do limite espacial de áreas, visando a melhor otimização do sistema.

59. Não obstante, penso os parâmetros e condições definidos no § 6º do art. 1º do Decreto 8.461/2015, concernente às concessionárias cujos mercados sejam inferiores a 500 GWh/ano, podem ser considerados suficientes para assegurar a racionalidade e econômica requerida na legislação.

60. As informações apresentadas pelo MME dizem que as concessionárias de pequeno porte, em média, prestam serviço de boa qualidade, têm índice de perdas e valor da tarifa satisfatórios, apresentam boa gestão financeira e dependem de um único subsídio, que, no modelo proposto, será retirado à razão de 20% ao ano a partir da prorrogação.

61. Desse modo, não há óbice, do ponto de vista da racionalidade operacional e econômica, à prorrogação dos contratos dessas pequenas concessionárias.

62. Feitas essas ponderações, concluo que, à exceção da permissão de alienação do controle acionário após o início do processo de declaração de caducidade, o Decreto 8.461/2015, ao regulamentar o art. 7º da Lei 12.783/2013, não fugiu dos limites ali impostos, razão pela qual não deve ser afastada a sua aplicabilidade.

63. A análise da SeinfraElétrica identificou, ainda, na minuta de contrato de prorrogação, possibilidades de melhorias e lacunas. Diante disso, propõe recomendar ao MME e à Aneel a adoção de ações com vistas à maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica do instrumento, encaminhamento que acolho.

64. Acrescento determinação à SeinfraElétrica para que fiscalize o cumprimento das competências da Aneel em caso de inadimplência das concessionárias quanto às metas fixadas, para que não se prolonguem, como hoje acontece, situações de baixa qualidade na prestação do serviço sem que sejam tomadas as devidas medidas contrárias à continuidade do contrato.

65. Por fim, a unidade técnica lembra que as concessões não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013, de empresas que foram privatizadas simultaneamente com a outorga de nova concessão, nos termos do art. 27 da Lei 9.074/1995, começam a vencer em 30/1/2020, significando que os pedidos de prorrogação deverão ser formulados até 30/1/2017 ao Poder Concedente, que terá de analisá-lo até 30/7/2018. Assim, concordo com a sua proposta de determinar ao MME que defina até 30/1/2017, as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.

66. Mas não seria justo encerrar sem antes manifestar meus profundos elogios ao competente trabalho produzido pela SeinfraElétrica, que cumpriu o seu papel, e dizer que, independentemente de

uma ou outra linha de entendimento, pude contar com todo o apoio da Unidade Técnica durante a instrução e em proveitosos debates, que me sanaram as dúvidas e me forneceram os elementos de convicção. Parabenizo, portanto, toda a equipe, nas pessoas do Secretário, Daniel Maia Vieira, e do Assessor, Ivan André Pacheco Rogedo.

Assim, voto por que se adote o acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de setembro de 2015.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de monitoramento para verificar o cumprimento de subitens do Acórdão 1836/2013 – Plenário, referente a monitoramento do Acórdão 3149/2012 – Plenário, prolatado em acompanhamento nas ações do Poder Público concernente às concessões do setor elétrico cujos contratos estão previstos para vencer a partir de 2015.

2. De imediato acompanho a proposta apresentada pelo relator Ministro José Múcio, e que se fez incorporar das sugestões apresentadas em Plenário pelos demais Ministros.

3. Não obstante, considerando que o novo modelo normativo e contratual que rege a prorrogação dos contratos de concessão por até trinta anos é mais rígido e estabelece critérios objetivos técnicos e financeiros para a decretação da caducidade da concessão, que poderá ocorrer já nos primeiros dois anos da prorrogação, é importante mitigar os riscos de judicialização, especialmente no que concerne aos valores dos ativos reversíveis não amortizados passíveis de indenizações.

4. Sabendo que a Aneel já realiza esse controle sobre os ativos das distribuidoras, por meio da base de remuneração regulatória, sendo essas concessionárias remuneradas por esses bens, entendo que a assinatura desse novo contrato enseja uma oportunidade para pacificar qualquer dúvida a respeito dos critérios utilizados para cálculo dessas indenizações e evitar disputas judiciais futuras.

5. Dessa forma, entendo adequado determinar à Aneel que inclua no novo contrato cláusula objetiva que defina a metodologia de cálculo das indenizações relativas aos bens reversíveis não amortizados, utilizando, por exemplo, os procedimentos de regulação tarifária atinentes à base de remuneração regulatória.

9. Portanto, transfiro para o relator meu posicionamento no sentido de incorporar o seguinte subitem nas determinações à Aneel e ao MME:

“9.7.4 incluam nos novos contratos de concessão cláusula objetiva que defina a metodologia de cálculo das indenizações relativas aos bens reversíveis não amortizados, utilizando, por exemplo, os procedimentos de regulação tarifária atinentes à base de remuneração regulatória.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de setembro de 2015

RAIMUNDO CARREIRO

Ministro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhor Presidente,
Senhores Ministros.
Senhor Procurador-Geral do MPTCU,

Ao tempo em que louvo o ilustre Ministro-Relator José Múcio Monteiro Filho pelas ponderações ora aduzidas neste Plenário, peço licença para dissentir do seu voto, de sorte a acompanhar, na íntegra, o parecer da SeinfraElétrica.

Em suma, o nobre Relator discorda do parecer da unidade técnica especializada na parte em que ela sugere determinar que o Ministério de Minas e Energia promova a licitação de todas as concessões de que trata o art. 7º da Lei 12.783, de 2013, abstendo-se de prorrogar os contratos já vencidos ou a vencer, exceto quanto ao período necessário para a preparação do procedimento licitatório e assunção de novo concessionário.

Entendo que a proposta da SeinfraElétrica é a que melhor se coaduna com o interesse público, já que também permite a prorrogação dos aludidos contratos públicos, mas apenas até o prazo necessário para se promover o devido procedimento licitatório, atendendo, assim, ao espírito do art. 7º da Lei 12.783, de 2013, que aduz:

“Art. 7º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22 da Lei nº 9.074, de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.

Parágrafo único. A prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica dependerá da aceitação expressa das condições estabelecidas no contrato de concessão ou no termo aditivo.” (grifou-se)

Vejo que o Decreto 8.461, de 2015, exorbitou da vontade da Lei 12.783, de 2013, ao permitir, genericamente, a prorrogação dos contratos de concessão pelo extenso prazo de 30 anos (em vez de até 30 anos), deixando de observar, nesse ponto, que, nas concessões de serviço público, a prorrogação contratual deve ser especial, e não genérica ou corriqueira, além de não prestigiar a necessidade de licitação, com ofensa, pois, ao art. 175 da CF88 que determina:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.” (grifou-se)

Por essa linha, toda a bonita discussão sobre os possíveis óbices econômicos à participação de interessados na aludida licitação não me parece razoável, até porque não imagino que, durante 30 anos (repito: 30 anos), o mercado nacional e internacional esteja desinteressado de participar do valioso mercado de energia no Brasil, lembrando que, durante os anos de 2014 e 2015, o TCU apreciou inúmeros processos na área de energia e, neles, constatou a ineficiência no referido serviço

público e a falta de modicidade tarifária (o País tem uma das mais caras tarifas de energia no mundo), de tal sorte que a proclamada prorrogação só tende a manter o **status quo**, prestigiando a manutenção de contratos ineficientes e obscuros, sobretudo quando se vê que a imprensa tem enfatizado a forte possibilidade de o nefasto sistema de corrupção instituído na Petrobras também ter se espreado sobre o sistema elétrico.

Desse modo, e por imperativo de consciência, entendo que somente a partir da devida licitação é que se pode efetivamente alcançar os padrões de eficiência e de modicidade tarifária tão desejados pela sociedade brasileira; lamentando, contudo, que o governo federal prefira sempre pegar estranhos atalhos jurídico-administrativos, ora optando por modificar os critérios de apuração das metas fiscais na LDO, em vez de cumprir as metas originalmente fixadas, ora optando por prorrogar contratos ineficientes e até obscuros pelo extenso prazo de 30 anos, em vez de pugnar pela realização do devido procedimento licitatório.

Por essas razões, Senhor Presidente, é que conduzo o meu voto no sentido de o TCU acompanhar, na íntegra, a proposta da unidade técnica especializada, a quem, desde já, enalteço pelo seu brilhante parecer técnico, sem prejuízo de também parabenizar o nobre Relator pela solução ora encontrada.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de setembro de 2015.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Ministro-Substituto

ACÓRDÃO Nº 2253/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 003.379/2015-9.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V - Monitoramento
3. Interessado: Tribunal de Contas da União
4. Unidades: Ministério de Minas e Energia (MME) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Elétrica (SeinfraElétrica)
8. Representação legal: Antônio Paulo de Melo Oliveira e outros, representando a Agência Nacional de Energia Elétrica

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em fase de monitoramento do item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário, referente às concessões de distribuição de energia elétrica que vencem até 2017.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento nos arts. 250, incisos II e III, e 276, § 6º, do RI/TCU, e arts. 36 e 43 da Resolução TCU 259/2014, e ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. revogar a medida cautelar constante do despacho à peça 36;
- 9.2. considerar parcialmente cumprido o item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário;
- 9.3. determinar a constituição de processo apartado para apuração das responsabilidades, no âmbito do Ministério de Minas e Energia, pela intempestividade na definição do modelo a ser seguido para as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013, em conjunto com a análise de responsabilidade de que trata o item 9.1 do Acórdão 3.149/2012-TCU-Plenário, e o sobrestamento das contas de 2013 do referido ministério (TC 019.357/2014), até a conclusão das referidas análises;
- 9.4. determinar a constituição de processo apartado para realização do monitoramento do item 9.3.1 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário;
- 9.5. determinar ao Ministério de Minas e Energia (MME), sob pena de aplicação da pena prevista no art. 58, inciso IV e § 1º, da Lei 8.443/1992, que:
 - 9.5.1 com base no art. 4º, § 4º, da Lei 9.074/1995, adote as providências para definição, com antecedência mínima de três anos do termo final dos contratos de concessões de distribuição de energia elétrica, prorrogáveis ou não, as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013;
 - 9.5.2 encaminhe ao TCU, com antecedência de no mínimo trinta dias da assinatura, a minuta final de contrato de prorrogação alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013, aprovada pelo MME e pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
- 9.6. dar ciência ao MME e à Aneel que a alienação de controle acionário de empresas concessionárias de distribuição de energia elétrica após o início de processo de declaração de caducidade, nos termos dos §§ 1º a 4º do art. 4º do Decreto 8.461/2015, não é compatível com o art. 6º da Lei 8.987/1995 nem com o art. 7º da Lei 12.783/2013;
- 9.7. determinar à Aneel e ao MME, em atenção ao que prescrevem o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013, que:
 - 9.7.1 incluam dispositivo nos novos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica prevendo e disciplinando período transitório para a transferência das concessões, em decorrência do fim do prazo contratual ou da declaração da caducidade da concessão, de forma a mitigar riscos de descontinuidade dos serviços;

9.7.2 mantenham os critérios objetivos previstos no Decreto 8.461/2015, ensejadores da extinção da concessão, ao longo de todo o período de vigência contratual, com o objetivo de aumentar as garantias de prestação do serviço adequado e de reduzir eventual tempo de exposição do consumidor ao serviço inadequado;

9.7.3. introduzam dispositivo expresso sobre Perdas Elétricas nos novos contratos de concessão, de forma a estabelecer compromisso para a sua redução a níveis regulatórios aceitáveis, prevendo, inclusive, sanções pelo seu descumprimento;

9.7.4 incluam nos novos contratos de concessão cláusula objetiva que defina a metodologia de cálculo das indenizações relativas aos bens reversíveis não amortizados, utilizando, por exemplo, os procedimentos de regulação tarifária atinentes à base de remuneração regulatória;

9.8. determinar à Aneel, em atenção ao que prescrevem o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013, que regulamente previamente à prorrogação de contratos, de forma a reduzir incertezas, aumentar previsibilidade e segurança jurídica, o seguinte:

9.8.1 os critérios que implicam na impossibilidade de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata a Cláusula 2ª, Subcláusula 8ª, da minuta de contrato submetida a audiência pública;

9.8.2 os parâmetros mínimos de sustentabilidade econômica e financeira de que trata a Cláusula 7ª, Subcláusula 1ª, da minuta de contrato submetida à audiência pública;

9.8.3 os parâmetros mínimos de governança e transparência de que trata a Cláusula 8ª, Subcláusula 1ª, da minuta de contrato submetida à audiência pública;

9.8.4 os descumprimentos que poderão limitar a participação do controlador e de seu grupo em novos empreendimentos do Setor Elétrico de que trata a Cláusula 13ª, Subcláusula 6ª da minuta de contrato submetida à audiência pública;

9.9. determinar à SeinfraElétrica que realize fiscalizações periódicas com o objetivo de verificar o efetivo cumprimento, pela Aneel, das medidas de sua competência referentes às hipóteses ensejadoras da extinção de contratos de concessão de distribuição de energia elétrica por motivo de inadimplência quantos às metas de qualidade e econômico-financeiras estabelecidas contratual e regulamentarmente;

9.10. enviar cópia desta deliberação, bem como relatório e voto que a fundamentam, ao Ministério de Minas e Energia, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Comissão de Infraestrutura do Senado Federal, à Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados, à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Consumidor e Ordem Econômica) e à Casa Civil da Presidência da República;

9.11. apensar o presente processo ao TC 001.843/2013-3.

10. Ata nº 36/2015 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/9/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2253-36/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro (Relator) e Vital do Rêgo.



13.2. Ministros-Substitutos convocados: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

13.3. Ministro-Substituto convocado com voto vencido: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral