



Texto de Discussão do Setor Elétrico n.º 40

Pensando o Fim das Concessões do Setor Elétrico

Nivalde José de Castro

Roberto Brandão

Ernesto Martelo Júnior

Agosto 2011

Rio de Janeiro

Pensando o Fim das Concessões do Setor Elétrico¹

Nivalde José de Castro²

Roberto Brandão³

Ernesto Martelo Júnior⁴

Resumo

O objetivo deste trabalho, de cunho eminentemente acadêmico, é analisar as concessões no setor elétrico brasileiro, um importante e estratégico tema do setor. Para tanto, o estudo está dividido em quatro partes. A primeira tem como foco analítico o marco jurídico-legal que dá o pano de fundo para a definição de como proceder às concessões. A segunda analisa os impactos sobre a modicidade tarifária. A terceira centra-se na avaliação das principais alternativas propostas para o fim das concessões. Serão apresentadas as principais conclusões. A solução, na opinião dos autores, a alteração do marco legal nortear-se-á com base nos argumentos e impactos econômicos, que respaldarão a renovação das concessões de geração e transmissão, com oneração para os atuais detentores das concessões, praticada através da redução nos preços, que tragam benefícios tarifários para os consumidores livres e cativos.

Palavras-chave: renovação das concessões; geração de energia elétrica; modicidade tarifária; indenização; alternativas.

¹ Texto publicado no VII Congresso Brasileiro de Regulação

² Professor adjunto IV tempo integral do Instituto de Economia da UFRJ. Coordenador do Núcleo de Computação (NUCA) e do Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEL).

³ Pesquisador Sênior do GESEL

⁴ Pesquisador do GESEL

Introdução

Conforme a legislação vigente, as concessões do setor elétrico, que computam uma renovação, ao expirar o prazo de concessão atual, deverá ser revertida à União, a qual realizará nova licitação para escolher o concessionário ou operador para o serviço. Até 2015, expiram algumas concessões de distribuição de energia elétrica e de hidrelétricas, com capacidade instalada de 18,2 GW e de diversas linhas de transmissão. Grande parte dos ativos pertence a empresas estatais da União, principalmente do Sistema Eletrobrás, bem como dos Estados, como a Companhia Energética de São Paulo (CESP). As empresas privadas serão pouco atingidas. A principal exceção são as concessões de transmissão antigas, em poder da Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (ISA-CTEEP). Diante da magnitude das licitações, com os possíveis impactos sobre o equilíbrio e a dinâmica do setor elétrico brasileiro, vem sendo debatido alternativas para a renovação das concessões atuais.

Dois temas vêm sendo discutidos intensamente, tendo em vista o fim das concessões em 2015. Primeiro, a reversão de importantes ativos do setor elétrico ao Estado é uma oportunidade para mitigar o processo de elevação do preço da eletricidade, observado desde as privatizações. Segundo, muito se têm argumentado a favor da conveniência da prorrogação, mediante alteração da Lei das atuais concessões. Esta operação evitaria, por exemplo, uma diminuição drástica previsível da participação das empresas estatais do setor elétrico. Bem como poderia permitir a adoção de uma fórmula que permitiria transferir ao consumidor os ganhos de modicidade tarifária.

I- Aspectos jurídicos

O setor elétrico brasileiro, até 1995, caracterizava-se como um modelo estatal híbrido, de propriedade dos governos federal e estaduais. A partir de 1995, passou-se a aplicar o sistema de licitação para as concessões.

As diretrizes básicas do processo de reestruturação do setor elétrico foram estabelecidas a partir da aprovação das Leis 8.987/95 (Lei das Concessões), de 14 de fevereiro de 1995 e, 9074/95 (Lei de Outorga e Prorrogações das Concessões e Permissões), de 19 de maio de 1995, regulamentando o artigo 175 da Constituição Federal. Com base nestes dois diplomas, foram definidos os contornos da reforma para o setor, entre os quais, a Licitação de novos potenciais hídricos, ambicionando competitividade na geração e obrigatoriedade de concluir projetos paralisados, sob pena de serem submetidos à novas licitações (Lei 9074/95), bem como mecanismos facilitadores para a privatização.

No que tange às concessões, há quatro situações distintas a serem consideradas:

- I. As concessões licitadas após 1988, ao abrigo da Lei 8.987/1995;
- II. As concessões licitadas oriundas da privatização (art. 27 da Lei 9.074);
- III. As concessões antigas que ainda podem ser renovadas (art.19 da Lei 9.074) e;
- IV. A revogação do artigo 27 da Lei 9.427/96, pela Lei 10.848/04.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, as concessões do setor elétrico são disciplinadas nos artigos 21 (*caput* e inciso XII) e 175 (*caput* e Parágrafo Único). Ao dispor sobre a concessão de serviço público, trata do setor elétrico como competência da União

para a prestação deste serviço público (artigo 21, inciso XII, b).⁵ Sendo assim, as usinas geradoras, linhas de transmissão e redes de distribuição de energia elétrica são propriedades do Estado brasileiro. No entanto, este poderá explorá-las diretamente ou outorgá-las a terceiros, mediante concessão.

O artigo 175 estabeleceu uma regra genérica para o serviço público, impondo ao Poder Público, titular de *serviço público*, a obrigação de prestá-lo, diretamente ou por delegação, sob o regime de *concessão* ou *permissão*.⁶

De acordo com KELMAN,⁷ o dispositivo estabelece que é preciso vencer uma licitação para ser concessionário de serviço público e atribui à legislação ordinária a tarefa de disciplinar as prorrogações.

Portanto, a partir do artigo 175, passa a vislumbrar o regime contratual das concessões na prestação de serviço público. Se for prestado sob o regime de concessão ou permissão, será sempre através de licitação. A Constituição Federal remete à *Lei o caráter especial do contrato de concessão, bem como o de sua prorrogação*.⁸

Em 1995, diante do cenário de reestruturação do setor elétrico, com a transição do modelo estatal verticalizado, para o privado (desverticalizado), foi promulgada a Lei 8.987/95 (Lei das Concessões), que regulamenta a artigo 175 da Constituição Federal e, é considerada marco na legislação sobre serviços públicos no Brasil. A Lei estabelece que todo contrato de concessão, deve ter como cláusula essencial, as condições para sua prorrogação (Art. 23, inciso XII).⁹ A partir de então, a inclusão de uma cláusula de prorrogação, passa a ser a regra em todo contrato de concessão.

No mesmo ano de 1995, a Lei das Concessões foi regulamentada pela Lei 9074/95, a qual estabelece as normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviço público e dá outras providências. A Lei é inovadora, pois permitiu a prorrogação do contrato de concessão, permissão e autorização de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água, a título oneroso, em favor da União (Art. 4.º, § 1.º).¹⁰

Desta forma, a Lei permitiu que as concessionárias que não tivessem passado pelo processo de privatização, se ajustassem ao novo regime. No entanto, a discussão insere-se

⁵ Constituição Federal, artigo 21: Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos"; (...)

⁶ Constituição Federal, artigo 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. (grifo nosso)

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";

⁷ KELMAN, Jerson. Vencimento das Concessões. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n.º 343, 2009.

⁸ LANDAU, Elena. Impactos e Riscos do Processo de Renovação de Concessões no Setor Elétrico. In: FÓRUM GESEL: IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 2008. Casa da Ciência, Rio de Janeiro. DVD

⁹ Lei 8.987/95, artigo 23, inciso XII: São Clausulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XII. às condições para prorrogação do contrato.

¹⁰ Lei 9.074/95, artigo 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". (grifo nosso)

no artigo 19 (prorrogação das atuais concessões), que permite a prorrogação da concessão pelo prazo de até vinte anos, desde que requerida pelo concessionário, permissionário ou titular (LANDAU, 2008).¹¹

A Lei 9074/95 também compreendeu a reorganização do setor elétrico, através da privatização, elemento basilar da reestruturação do setor. No artigo 27, estabeleceu-se que, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, a União poderá¹²:

- “I - Utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;
- II - Fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência.

§ 1º Na hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita por prazos diferenciados, de forma que os termos finais de todas as concessões prorrogadas ocorram no mesmo prazo que será o necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão”.

Sendo assim, na privatização passará a vigorar uma nova concessão, com um novo contrato e a possibilidade de mudança do regime estatal para o privado.

Portanto, observa-se a existência de dois regimes: as privatizadas e as concessionárias que assinaram contrato prorrogando a concessão por até vinte anos, no âmbito do artigo 19 da Lei 9.074/95.

Em 2004, o regime jurídico das concessões foi alterado pela Lei 10.848, de 21 de março de 2004 (conversão da Medida Provisória 144/03). Na estratégia do Novo Modelo, a privatização de ativos existentes deixou de ser opção do processo de reestruturação do sistema elétrico. Confirma-se a nova orientação ao observar a retirada do Sistema Eletrobrás do Plano Nacional de Desestatização (PND). A nova Lei promoveu alterações na Lei 9.427/96 (revogação do artigo 27 – “prorrogações automáticas”)¹³ e deu **nova redação** ao art. 4º, da Lei 9.074/1995, incluindo os §§ 2º e 9º.¹⁴

¹¹ Lei 9.074/95, artigo 19: A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei”. (grifo nosso)

¹² Importante observar a exceção à regra, quanto tratar-se de serviços públicos de telecomunicações, nos casos em que estes forem prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União.

¹³ Art. 27, Lei 9.427/96 disciplinada que “Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeira”. (grifo nosso)

¹⁴ Art. 8º, Lei 10.848/04: Os arts. 4º, 11, 12, 15 e 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 4.º - 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. (...)

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do

A partir de então, as concessões de geração de energia elétrica **anteriores a 11 de dezembro de 2003**, passaram a ter o prazo necessário para a amortização dos investimentos, limitado há 35 anos, contado a partir da data de assinatura do contrato, podendo ser prorrogada por até 20 anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos.

No entanto, as concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003 (atual Lei 10.848/04), passaram a ter o prazo necessário para a amortização dos investimentos, limitado a 35 anos, contado a partir da data de assinatura do contrato.

Sendo assim, pode-se supor que o objetivo do legislador foi, a partir da modificação do § 9.º do artigo 4.º, da Lei 9.074/95 e da revogação do artigo 27, da Lei 9.427/96, não mais possibilitar a prorrogação de novas concessões (após 1988, resultantes da aplicação dos artigos 4.º e 19 da Lei 9.074/95 e celebrados na vigência da Lei 9.427/96).

Deste modo, a estrutura de preços ou de tarifa deve permitir ao investidor a completa recuperação do seu investimento dentro desse período, vedando a possibilidade da concessão ultrapassar o prazo de 35 anos.

No entanto, há posição diversa, no sentido de que o artigo 27 da Lei 9.427/96, referia expressamente ao art. 19 da Lei 9.074/95 (que permite a prorrogação de concessões de serviço público de geração, existentes na data de promulgação dessa Lei, por até 20 anos). Porém, não mencionava os artigos 17, 22 ou 24, desta última Lei, que tratam da prorrogação das concessões de serviço público de transmissão e distribuição (também existentes em 08/07/95).¹⁵

A partir de 1995, a concessão de um número expressivo de empreendimentos foi prorrogada por vinte anos, ao abrigo das Leis 9.074/95 e 9.427/96. De acordo com o Novo Modelo, a partir de 2015, o prazo destas concessões começa a expirar.

No entanto, tendo em vista as distintas possibilidades de interpretação da legislação vigente, a doutrina diverge quanto à possibilidade ou não de prorrogação das Concessões de Serviço Público de Energia Elétrica:¹⁶

imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos.

¹⁵ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma Segunda Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico (Sem Licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos Para Reflexão. Disponível em http://www.cni.org.br/portal/data/files/8A9015D0216AAFB5012178CD82586E/artigo_romario_unb.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011.

¹⁶ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma Segunda Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico (Sem Licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos Para Reflexão. Direito Regulatório da Energia Elétrica, Universidade Nacional de Brasília - UnB, Brasília, 2009; PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. A ficha Caiu. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 de junho de 2011; DUTRA, Eugênio Macedo. Licitação ou prorrogação de concessões do setor elétrico brasileiro – questão de Estado. Canal Energia. São Paulo, 15 de julho de 2011; FIESP. Vencimento das Concessões no Setor Elétrico: A Posição da FIESP. Departamento de Infraestrutura, São Paulo, junho de 2011; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico e Licitação. Disponível em http://www.geodireito.com/admDireito/Mod-Biblioteca/Arquivos/201003_Jurueña_Licitação_e_Prorrogação_de_Concessões_no_Setor_Elétrico.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011. LOUREIRO, Gustavo. Precedentes no STF: Exemplos. Seminário Concessões do Setor Público de Energia Elétrica, In: O Futuro das Concessões em Debate, Porto Alegre, revista, janeiro de 2010, pág. 07.

1. A primeira corrente não admite a prorrogação do prazo de Concessão de Serviço Público, com fundamento no artigo 175, da Constituição Federal. Sendo assim, a Concessão seria fixada estritamente pelo período necessário à amortização dos investimentos previstos.
2. A segunda corrente admite a prorrogação, se prevista em Lei, desde que a Concessão resulte de licitação, vedando-se a prorrogação daquelas não licitadas, sob pena de infração aos princípios da legalidade e isonomia.
3. A terceira corrente é mais flexível, considera a prorrogação possível em qualquer hipótese, inclusive de Concessões não licitadas, desde que a prorrogação esteja prevista em Lei.
Sendo assim, seguem-se as alternativas jurídicas para cada linha de pensamento, bem como os seus aspectos positivos e negativos.

No que se refere à Emenda Constitucional, embora enseje maior segurança jurídica, o processo legislativo para promulgação demanda mais tempo para preparo, elaboração e votação (quórum de 3/5 dos votos dos respectivos membros e dois turnos de votação em cada uma das Casas Legislativas – Câmara dos Deputados e Senado Federal).

A Lei ordinária requer processo legislativo menos complexo, o qual necessita de um quorum para a instalação da sessão com maioria absoluta. A sua aprovação se dará por maioria simples ou relativa. No entanto, haveria o risco da arguição de inconstitucionalidade, face ao que dispõe o artigo 175, da Constituição Federal.

Por fim, o fato de que os contratos de concessão, firmados entre o poder concedente e o concessionário, já preverem a possibilidade de prorrogação do prazo, consiste em direito adquirido e ato jurídico perfeito. No entanto, há alto risco e grande possibilidade de arguição de inconstitucionalidade da medida, mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

Neste contexto, entende-se que a promulgação de Emenda Constitucional é a alternativa mais viável, segura e apta para propiciar a prorrogação dos prazos das concessões de serviço público, pois ensejaria maior segurança jurídica. Embora se trate de um procedimento que demanda mais tempo para preparo, elaboração e votação.

A prorrogação do serviço público deveria ser considerada somente como medida excepcional, no caso de, o poder concedente, ao término da concessão, não dispor de recursos ou optar por não realizar a indenização ao concessionário, como uma **“espécie de contrapartida pela redução de vantagens originalmente asseguradas ao particular”**.¹⁷

No entanto, deve-se considerar a busca por maior eficiência para o sistema como um todo, conciliando os objetivos de modicidade tarifária, prestação de serviço adequado e expansão da oferta de energia. (LANDAU, 2008).

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 228-270, *apud* BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma Segunda Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico (Sem Licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos Para Reflexão. Disponível em http://www.cni.org.br/portal/data/files/8A9015D0216AAFB5012178CD82586E/artigo_romario_unb.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011.

II - A Modicidade Tarifária

O fim de diversas concessões de geração e transmissão, nos próximos anos, constitui uma oportunidade ímpar para aplicar um deflator sobre parcela expressiva das tarifas de energia.¹⁸ Em entrevista ao jornal “Valor”, de 19/07/11, o secretário geral do Ministério da Fazenda afirmou que o fim das concessões resultará em benefício para todos os consumidores e que isto será obtido, se o Estado retomar as concessões para licitação ou decidir por eventual prorrogação.

É importante entender de que forma o consumidor poderá vir a ser beneficiado pelo fim das concessões. Sendo assim, é preciso compreender que as diversas modalidades de concessão do setor elétrico, funcionam de forma diferente.

No que tange ao fim das concessões de distribuição, há pouca possibilidade de o consumidor ser beneficiado, do ponto de vista tarifário, excetuando-se nos casos de o concessionário atual ter um histórico de prestação de serviços de baixa qualidade. Na regulação vigente das revisões tarifárias periódicas, uma nova licitação de uma distribuidora, não traria reduções significativas da tarifa.

As tarifas de distribuição dependem da remuneração do capital investido pela concessionária, do repasse dos custos não gerenciáveis (sobretudo, compra de energia) e de custos de administração, manutenção e operação, determinados a partir de uma “empresa de referência”.

Dentre os componentes da tarifa, somente os custos de administração, manutenção e operação estão realmente sob a gestão da distribuidora. Porém, a remuneração desses custos gerenciáveis não depende dos custos de administração e operação verificados na distribuidora, mas de uma estrutura de custos estimados para uma empresa “virtual” eficiente (empresa referência).

Sendo assim, ao prorrogar a atual concessão ou licitar novamente a tarifa, em princípio, não deve sofrer alteração, pois o capital investido (ativos não depreciados),¹⁹ os custos não gerenciáveis e os custos de administração, manutenção e operação da empresa de referência permanecem os mesmos.

A situação das concessões das usinas hidrelétricas é nitidamente distinta. O fim da concessão desta pode diferentemente do caso de uma distribuidora, representar grande benefício para os consumidores, em termos de redução do custo da energia elétrica gerada. A distinção decorre da diferença entre a lógica de fixação de tarifas distribuidoras e a formação do preço da energia vendida pelas usinas hidrelétricas. A empresa concessionária da usina hidrelétrica vende a energia ao preço de mercado, através de uma metodologia de fixação dos preços nitidamente distinta de uma distribuidora. Esta tem tarifa definida pelo regulador, na medida em que a distribuição caracteriza monopólio natural e precisa ser regulado, para evitar práticas de preço que prejudiquem o consumidor. O segmento produtivo de geração hídrica também difere da distribuição, visto que os investimentos em hidrelétricas estão concentrados na fase da construção, enquanto as distribuidoras realizam investimentos de forma contínua, a fim de suportar o

¹⁸ Dada a importância que o segmento de geração tem no setor elétrico, o foco analítico do presente estudo será centrado na geração. Nos casos em que os outros segmentos do processo produtivo forem analisados, será dada a devida referência.

¹⁹ Parte-se aqui da suposição de que é o novo concessionário quem paga ao antigo a indenização correspondente à reversão dos ativos ainda não depreciados à União. Se for esta fórmula de indenização adotada, o valor da Base de Remuneração Regulatória permanecerá o mesmo com o novo concessionário e, em razão disso, não haverá impacto tarifário positivo no que diz respeito à remuneração do capital investido do concessionário.

aumento de consumo da área da concessão. Além disso, o custo operacional de uma hidrelétrica é muito baixo, de modo que o principal item de custo para uma usina recém-construída é a remuneração do capital. O preço da energia comercializada por uma hidrelétrica nova tem que ser muito maior que os custos operacionais, pois é preciso dispor de recursos, para honrar os financiamentos tomados para construção do empreendimento e, desta forma, remunerar os aportes de capital realizados pelos acionistas. A concessão é por tempo limitado, sendo assim o investidor de uma hidrelétrica precisa obter um preço de energia suficiente para que possa remunerar o seu capital investido durante o prazo da concessão, porque passado este período, a concessão reverte à União.

O caso das concessões de transmissão que vencem nos próximos anos, é semelhante ao da geração. A maior parte dos custos de uma linha de transmissão nova é de capital. Os custos de operação e manutenção são relativamente pequenos.

Ao contrário do que aconteceria em um leilão para concessão de distribuição com contrato vencido, um leilão de uma hidrelétrica ou de uma linha de transmissão já amortizada pode trazer benefícios aos consumidores. Se o leilão for pelo menor preço da energia vendida ou pelo menor custo do serviço de transmissão, os novos preços serão determinados pelos custos de operação e manutenção. Considerando que estes são muito baixos, os preços serão uma fração dos preços anteriormente praticados já que eles embutem parcela do custo do financiamento não amortizado.

Igualmente ocorreria com uma renovação da concessão baseada apenas nos custos de operação e manutenção: sem ter que incorporar no preço do serviço a recuperação de investimentos já amortizados, o serviço poderia ser prestado por um valor menor que o atual.

III - A Questão da Indenização aos Atuais Concessionários

A problemática deste tema envolve certa complexidade. Com o fim das concessões, os atuais concessionários têm o direito de receber uma indenização pela parte ainda não depreciada dos ativos, que seriam revertidas à União. No entanto, o cálculo do valor da indenização não está estabelecido de forma clara, trazendo insegurança jurídica a respeito.

Em linhas gerais e conceituais, o contexto da indenização dos ativos não depreciados integralmente é de fácil entendimento, sobretudo, no caso do segmento da distribuição. Uma determinada empresa de distribuição realiza investimentos constantes, para expandir sua rede e atender à demanda crescente dos clientes. A tarifa é calculada pelo Agente Regulador, contemplando a depreciação dos investimentos já realizados, corrigidos pela inflação, de acordo com o período de depreciação de cada modalidade de ativo. Ao final do prazo de concessão, muitos investimentos ainda não estarão integralmente depreciados, contemplando ao concessionário o direito de recebê-los. No caso da distribuidora, a Aneel acompanha os investimentos e apura uma Base Regulatória de Remuneração que contempla os ativos em fase de depreciação.

No entanto, quanto à geração, o regulador não realiza o acompanhamento dos investimentos e do fluxo da depreciação dos ativos, porque não há fixação de tarifa de geração, mas a venda da energia no mercado, por conta e risco do gerador. Em princípio, este assume o risco de, ao final do prazo da concessão, não ter recuperado todos os investimentos. Porém, permanece, o direito à indenização por conta da reversão dos ativos não depreciados. Na lógica do atual modelo, os investimentos realizados a longo do prazo de concessão fazem jus à indenização, como por exemplo, os investimentos em

modernização de instalações de geração e de repotenciação de usinas. Este fenômeno também se verifica com as instalações de transmissão, quando o regulador autoriza ampliações e reforços de instalações existentes ao longo do prazo de concessão. Tendo em vista a ausência de uma regra contábil clara para calcular o valor da indenização, cabe questionar: os investimentos não depreciados serão reajustados tendo como base a inflação? Por qual índice? Os ativos serão auditados, como ocorre com a base de ativos das distribuidoras ou será utilizada a contabilidade das próprias empresas?

Sob uma ótica histórica, o negócio das geradoras hídricas e das transmissoras, o problema apresenta-se ainda mais complexo.

Os investimentos das concessões que terminam nos próximos anos, foram realizados sob outro marco regulatório. Até os anos 1980, o setor elétrico brasileiro praticava a regulação garantida às concessionárias pelo custo do serviço, sendo a tarifa do usuário final, determinada de modo a obter um retorno adequado sobre o capital investido. Entretanto, este modelo mostrou-se insustentável durante a crise dos anos 1980. Naquela década, vultosos investimentos em geração estavam em curso, que visavam atender a um crescimento projetado na demanda de energia elétrica que, em razão da crise, não se materializou. Pela lógica da remuneração garantida, a tarifa deveria ser reajustada de forma a incorporar a remuneração destes investimentos. Porém, como resposta ao descontrole inflacionário, o Governo decidiu conter as tarifas de serviços públicos, incluindo as do setor elétrico. Esta estratégia, na prática, quebrou a lógica da remuneração garantida e provocou uma grave crise financeira no setor, que seria saneada somente nos anos 1990.²⁰

Assim sendo, parte das concessões de usinas hidrelétricas que tem vencimento para 2015, corresponde a investimentos que enfrentaram muitos anos de maus resultados, devido às mudanças na política tarifária e no crítico ambiente macroeconômico. Em alguns casos, associadas ao contexto de estagnação econômica, as obras iniciadas estiveram paralisadas durante muitos anos, devido à escassez de recursos e à falta de demanda para a nova energia. Destaca-se o emblemático caso de Porto Primavera, da Companhia Energética do Estado de São Paulo (CESP), cujo projeto foi iniciado em 1980, com projeção de término em 1988. No entanto, somente em 2003, foi finalizado. Podemos perguntar como proceder com caso de usinas com este histórico? Pode-se afirmar que do ponto de vista contábil, houve um incremento do ativo imobilizado durante toda a paralisação da obra, pela incorporação dos juros durante a fase de construção, gerando um custo muito maior do que se a obra tivesse sido realizada em circunstâncias normais.

Contudo, não há respostas fáceis para o cálculo da reversão para transmissoras e para geradoras. Nestes termos, o valor da indenização referente aos ativos não amortizados das concessões deverá depender, em última instância, de uma decisão de Estado.

VI – Alternativas para o Fim das Concessões

Em princípio, tanto a licitação como a prorrogação das concessões de geração e transmissão, que vencem nos próximos anos, podem ser feitas de forma a contribuir para

²⁰ Sobre esta questão ver CASTRO, N. J.; FRANCESCUTTI, F. G. Algumas Considerações sobre as transformações recentes do Setor de Energia Elétrica no Brasil. Encontro dos Economistas da Língua Portuguesa, III. Macau, junho de 1998. CASTRO, N. J.; FERNANDEZ, P. C. A Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Passado, presente e tendências futuras. SINPTEE – Seminário Nacional de Produção de Transmissão de Energia Elétrica, XIX. Rio de Janeiro, 14 -17 de out de 2007.

a diminuição do custo da energia. Em ambos os casos, porém, a solução depende de aperfeiçoamentos legais e regulatórios.

Embora pela legislação atual, a realização de novas licitações para as concessões que estão por terminar e que não podem ser prorrogadas, seja a solução indicada, esta não acarreta necessariamente redução no preço da energia, sem que seja criada uma regulação específica, para transferir ao consumidor o ganho via nova licitação. Tendo em vista que os ativos revertem para a União, o benefício com a licitação poderia ser apropriado legitimamente pelo Tesouro e não pelos consumidores. Entretanto, o Governo tem privilegiado nos últimos anos, nos leilões para concessões de infra-estrutura, o agente que propõe menor tarifa. Este provavelmente seria o modelo adotado, ou seja, o que traria benefícios diretos para a modicidade tarifária.

A prorrogação das atuais concessões traria um benefício extra, que não ocorreria com a licitação. Trata-se da preservação da capacidade de atuação direta do Estado sobre um setor estratégico, como o elétrico, ainda que à custa de diminuição de suas receitas, salvaguarda a manutenção deste importante instrumento de política energética, através das atuais estatais. A prorrogação também teria a vantagem de evitar o risco operacional, associado à troca de mãos de um conjunto muito grande de ativos, em um período demasiado curto.

Igualmente, ocorre com uma nova licitação para as concessões de geração e transmissão, onde uma prorrogação das concessões pode ser feita de forma a tornar a energia mais barata para o consumidor. Preservado o direito da concessionária à indenização pela reversão de ativos parcialmente depreciados, teria todo o interesse em permanecer com o ativo, mesmo recebendo apenas a remuneração pelos custos de operação e manutenção e, pelo capital investido.

V – Conclusões

O vencimento de um conjunto econômico tão expressivo de um setor estratégico para a economia brasileira vem provocando intensa discussão política setorial e jurídica. A decisão deverá ser muito ponderada, tendo em vista a tamanha grandeza dos percentuais da geração, da transmissão e da distribuição.

No campo jurídico, conforme foi analisado na primeira parte do trabalho, o marco legal indica pela licitação das concessões. No entanto, a partir de uma análise de base econômica, os argumentos apresentados nas partes subsequentes indicam que a renovação das concessões, com a aplicação de um deságio sobre os valores hoje pagos e definidos nos contratos de venda de energia e dos serviços de transmissão, seria uma solução mais racional e eficiente. Esta não acarretaria riscos de desequilíbrios derivados da perda do instrumento de política energética (empresas estatais), da redução da capacidade e interesse nos investimentos de novas usinas hidrelétricas, da desnacionalização e/ou privatização do setor elétrico, entre outros.

Neste sentido, vale assinalar que a atual legislação determina que as concessões com prazos de vencimento próximo a expirar, devam ser licitadas. No entanto, esta foi definida com base em um período econômico de crise e desajustes macroeconômicos intensos, que mudaram significativamente. Nestes termos, o novo contexto da economia e do próprio setor elétrico, permite e indica a necessidade de alteração no marco jurídico, que leve à renovação das concessões de geração e transmissão com a aplicação de um redutor sobre os preços praticados, a fim de trazer benefícios de modicidade tarifária para toda a sociedade brasileira.

Bibliografia

- BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma Segunda Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico (Sem Licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos Para Reflexão. Disponível em http://www.cni.org.br/portal/data/files/8A9015D0216AAFB5012178CDCD82586E/artigo_romario_unb.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011.
- CASTRO, N. J.; FRANCESCUTTI, F. G. Algumas Considerações sobre as transformações recentes do Setor de Energia Elétrica no Brasil. Encontro dos Economistas da Língua Portuguesa, III. Macau, junho de 1998.
- CASTRO, N. J.; FERNANDEZ, P. C. A Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Passado, presente e tendências futuras. SINPTTE – Seminário Nacional de Produção de Transmissão de Energia Elétrica, XIX. Rio de Janeiro, 14 -17 de out de 2007.
- DUTRA, Eugênio Macedo. Licitação ou prorrogação de concessões do setor elétrico brasileiro – questão de Estado. Canal Energia. São Paulo, 15 de jul de 2011.
- FIESP. Vencimento das Concessões no Setor Elétrico: A Posição da FIESP. Departamento de Infraestrutura, São Paulo, junho de 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 228-270, *apud* BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma Segunda Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico (Sem Licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos Para Reflexão. Disponível em http://www.cni.org.br/portal/data/files/8A9015D0216AAFB5012178CDCD82586E/artigo_romario_unb.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011.
- KELMAN, Jerson. Vencimento das Concessões. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n.º 343, 2009.
- LANDAU, Elena. Impactos e Riscos do Processo de Renovação de Concessões no Setor Elétrico. In: FÓRUM GESEL: IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 2008. Casa da Ciência, Rio de Janeiro. DVD.
- LOUREIRO, Gustavo. Precedentes no STF: Exemplos. Seminário Concessões do Setor Público de Energia Elétrica, In: O Futuro das Concessões em Debate, Porto Alegre, revista, jan de 2010, pág. 07.
- PIRES, Adriano; HOLTZ, Abel. A ficha Caiu. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 de junho de 2011.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico e Licitação. Disponível em http://www.geodireito.com/_admDireito/Mod-Biblioteca/Arquivos/201003_Juruena_Licitação_e_Prorrogação_de_Concessões_no_Setor_Elétrico.pdf. Data de acesso: 04 de julho de 2011