II Encontro Brasileiro de Regulação do Setor Elétrico

Modelo institucional e segurança jurídica: análise da atual situação do setor elétrico

Claudio Girardi

São Paulo, 08 de abril de 2015

Considerações iniciais

- Renovação dos Contratos de Concessão
- Audiências Públicas: transparência e participação
- Atrasos nas obras e excludentes de responsabilidade
- Independência da ANEEL
- Resolução CNPE n° 03/2013

A renovação das concessões de geração e transmissão e os valores calculados de indenização

Lei nº 12.783/13

- Decorrente das MPs nºs 579 e 591 de 2012
- Art. 15. A tarifa ou receita de que trata esta Lei deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo.

Lei nº 12.783/13

- § 1º O cálculo do valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, para a finalidade de que trata o caput ou para fins de indenização, utilizará como base a metodologia de **valor novo de reposição**, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.

Lei nº 12.783/13

- § 2º Fica o poder concedente autorizado a pagar, **na forma de regulamento**, para as concessionárias que optarem pela prorrogação prevista nesta Lei, nas concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, o valor relativo aos ativos considerados não depreciados existentes em 31 de maio de 2000, registrados pela concessionária e reconhecidos pela Aneel.

Lei nº 12.783/13

- § 6º As informações necessárias para o cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, das concessões prorrogadas nos termos desta Lei, que não forem apresentadas pelos concessionários, não serão consideradas na tarifa ou receita inicial, ou para fins de indenização.

Lei nº 12.783/13

- § 7º As informações de que trata o § 6º, quando apresentadas, serão avaliadas e consideradas na tarifa do concessionário a partir da revisão periódica, não havendo recomposição tarifária quanto ao período em que não foram consideradas.

Lei nº 12.783/13

- Os §§ 6º e 7º permite aos concessionários apresentarem, em momento posterior à assinatura do termo aditivo ao contrato de concessão, informações necessárias para o cálculo da indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados. Isso garante que possa haver a ampla defesa e o contraditório mediante recurso.

Decreto nº 7.805/12

- Art. 9º A indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados será calculada com base no Valor Novo de Reposição - VNR, e considerará a depreciação e a amortização acumuladas a partir da data de entrada em operação da instalação, até 31 de dezembro de 2012, em conformidade com os critérios do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE

Decreto nº 7.805/12

- Sendo assim, o valor da indenização corresponderá à diferença entre o Valor Novo de Reposição – VNR e a depreciação/amortização acumulada a partir da data de entrada em operação comercial do empreendimento.

Decreto nº 7.805/12

- Art. 10. Os estudos para a definição do VNR dos **empreendimentos de geração** de energia elétrica serão realizados pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, a partir das informações do Projeto Básico do Empreendimento a ser fornecido à ANEEL pela concessionária de geração.

- § 1º Os custos unitários utilizados nos estudos de que trata o **caput** serão obtidos a partir de banco de preços da EPE.

Decreto nº 7.805/12

- § 2º Os projetos básicos dos empreendimentos de geração deverão ser protocolizados junto à ANEEL até 15 de outubro de 2012, observado o disposto no § 5º do art. 15 da Medida Provisória nº 579, de 2012.
- § 3º No projeto básico do empreendimento devem constar os quantitativos de materiais, equipamentos hidromecânicos e eletromecânicos, e serviços.

Decreto nº 7.805/12

- Art. 11. Os estudos para a definição do VNR das **instalações de transmissão** autorizadas pela ANEEL a partir de 31 de maio de 2000 serão realizados pela ANEEL, a partir da base atualizada de dados utilizada para a composição das respectivas Receitas Anuais Permitidas.

- Parágrafo único. Os valores a serem utilizados nos estudos de que trata o **caput** serão obtidos a partir do banco de preços homologado pela ANEEL.

PRI MME/MF nº 580/2012
(alterada pela PRI MME/MF nº 602/2012)

- Portaria Interministerial dos Ministros de Minas e Energia e da Fazenda editada com base na MP nº 579/2012 e Decreto nº 7.805/2012;
- Valor Novo de Reposição – VNR definido com base nos estudos da EPE e da ANEEL;
- Define os valores das indenizações das concessionárias de geração e transmissão.

VNR

- Conceito: Refere-se ao valor do bem novo, idêntico ou similar ao avaliado, obtido a partir do banco de preços da concessionaria, ou do banco de preços referenciais, quando homologado, ou do custo contábil atualizado (Submódulo 2.3 – 3CRTP);
- Crítica: O preço novo de referência não reflete o investimento feito no passado, pois as novas tecnologias causam significativa defasagem do preço atual em relação ao valor investido, em especial quanto às instalações de transmissão.

Acórdão 3.149/2012-TCU

- Determina ao MME, com base nos princípios da impessoalidade e da supremacia do interesse público, a inclusão, em todos os termos aditivos aos contratos de concessões renovadas, de cláusula de salvaguarda ao erário, à semelhança da salvaguarda atribuída aos concessionários, prevista nos §§ 5º e 6º, do art. 15, para o caso de serem detectados futuramente erros ou inconsistências nos cálculos das indenizações das concessionárias.

Acórdão 3.149/2012-TCU

- A justificativa para a inclusão da cláusula é no sentido de minimizar os riscos associados à atividade de valoração das tarifas e indenizações, decorrentes da complexidade dos cálculos, magnitude dos valores e do número de contratos envolvidos, agravados, neste caso, pelos prazos exíguos para a atuação do MME, EPE e ANEEL, estabelecidos no Decreto nº 7.805/2012.

Acórdão 1.836/2013-TCU

- "181. Na análise efetuada nos VNRs **dos ativos de transmissão**, **foram verificadas disparidades expressivas (entre 52% e 375%)** com relação ao preço paradigma adotado pela SecobEnergia, identificados nos ativos do tipo Módulo Geral e Módulo de Manobra, valorados com base no primeiro ciclo de revisões tarifárias. [...]
- 191. Na análise efetuada nos VNRs dos ativos de geração, não foram verificadas disparidades significativas com relação ao preço referencial adotado."

Competências da ANEEL

- Art. 15 da Lei nº 12.783/13: reconhecimento dos ativos de transmissão anteriores a 31 de maio de 2000 para fins de indenização ou reconhecimento na tarifa;
- Art. 9º do Decreto nº 7.805: a indenização dos investimentos dos bens vinculados às concessões prorrogadas utilizará a metodologia do VNR;
- Portaria MME nº 267, de 13/08/2013: realizar estudos para definição do VNR dos ativos não depreciados existentes em 31 de maio de 2000.

Resolução Normativa ANEEL nº 589/2013

- Editada com base na Nota Técnica nº 402/2013-SRE/SFF/ANEEL, de 27/08/2013;
- Define os critérios para cálculo do VNR das **instalações de transmissão** para fins de indenização;
- Banco de preços formado com base nas compras das concessionárias, nos últimos 5 anos, ou no Banco de Preços de Referência ANEEL;
- Procedimento de cálculo: Submódulo 9.1 do Proret;

AP nº 066/2014

- Audiência Pública instaurada pela ANEEL para obter subsídios para o aprimoramento das minutas dos termos aditivos que incluem cláusulas de salvaguarda ao erário nos contratos de concessão de geração e transmissão renovados no âmbito da Lei nº 12.783/2013;
- Atendimento ao disposto no item 9.3.2 do Acórdão 3.149/2012-TCU;

Minuta do Termo Aditivo (cláusula de salvaguarda)

- **Transmissão:** Sétima Subcláusula – Caso sejam detectados erros ou inconsistências nos cálculos de que trata o artigo 15 da Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, será realizado, no momento do processo de revisão da RECEITA ANUAL PERMITIDA, o ajuste e a compensação dos valores calculados.

- **Geração:** Subcláusula Nona – Caso sejam detectados erros ou inconsistências nos cálculos de que trata o artigo 15 da Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, será realizado, no momento do processo de revisão da RAG, o ajuste e a compensação dos valores calculados.

Revisão da indenização

- O Poder Público goza da faculdade de rever prejuízos ao erário a todo tempo, pois este é um direito **imprescritível**, na forma do que têm decidido o Supremo Tribunal Federal;
- Inteligência do § 5º do art. 37 da Constituição Federal;
- Precedentes STF: ARE 856659/RJ; ARE 772852 AgR/DF; RE n.º 578.428/RS-AgR, RE n.º 646.741/RS-AgR, AI n.º 712.435/SP-AgR;

Revisão da indenização

- Os concessionários de geração e transmissão tiveram prazo exíguo para apresentar as informações para que fosse calculado o VNR com vistas a definição do valor da indenização;
- Do valor definido, todavia, cabe Pedido de Reconsideração na ANEEL;
- Competência para o cálculo do VNR e da definição da indenização é da Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF da ANEEL;

Revisão da indenização das transmissoras

- Apresentação de laudo de avaliação dos ativos considerados não depreciados, existentes em 31 de maio de 2000, mediante contratação de empresa avaliadora;
- SFF/SFE: Fiscalização do Relatório de Controle Patrimonial nos termos da Resolução Normativa nº 367/2009, com visita *in locu*;
- Os parâmetros para cálculo da indenização foram previamente estabelecidos. Contudo, a ANEEL, mediante contabilidade criativa, vem glosando os valores apresentados pelas concessionárias;

Revisão da indenização das transmissoras

- ANEEL criou novos bancos de referência, um para cada concessionário, o que, a nosso ver, constitui discricionariedade abusiva;
- A Agência tem extrapolado parâmetros previamente definidos para buscar a todo custo a modicidade tarifária;
- A revisão das indenizações deve ser ampla, irrestrita e de forma equilibrada;

Caso UHE Três Irmãos

- Contrato de Concessão vencia em 18/11/2011, prorrogável por 20 anos, mediante requerimento apresentado até 36 meses do termo final;
- CESP requereu renovação tempestiva mas o Poder Concedente não se manifestou;
- Sobrevindo novo regime jurídico (Lei nº 12.783/2013), foi publicada a Portaria MME/MF nº 129 em 28/03/2014, que definiu a indenização em 1,71 bilhões, a ser paga em parcelas mensais ao longo de 7 anos;

Caso UHE Três Irmãos

- Indenização não mensurou duas eclusas, um canal e os terrenos vinculados à concessão;
- Foi utilizada a metodologia VNR ao invés da metodologia contratualmente prevista do custo histórico atualizado, o que viola o *tempus regit actum*, porquanto a metodologia vigente à época da extinção da concessão era a prevista no contrato de concessão;
- A extinção da concessão, segundo a norma vigente à época do termo contratual, se daria mediante prévia indenização, na inteligência do disposto no art. 35, inciso I, § 4º c/c arts. 36 e 37 da Lei nº 8.987/95;

Caso UHE Três Irmãos

- CESP ajuizou ação indenizatória por danos materiais em face da União Federal, com pedido liminar de tutela antecipada, processo n° 0045939-32.2014.4.01.3400 – 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF;

- Juiz deferiu pedido de tutela antecipada para suspender a **cláusula de renúncia** prevista no art. 3º, parágrafo único, da Portaria MME/MF nº 129/2014, e determinar o pagamento das parcelas indenizatórias, sem prejuízo na discussão do montante total devido;

Caso UHE Três Irmãos (cláusula de renúncia)

- Portaria Interministerial MME/MF nº 129 de 27/04/2014 (definição da indenização a ser paga à CESP):
- Parágrafo único. O envio, ao Ministério de Minas e Energia, da declaração prevista no caput implica reconhecimento, por parte da CESP, de que **o valor de indenização estabelecido no Anexo I é suficiente** para a cobertura do montante da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, **não restando quaisquer valores a pleitear** com relação à concessão nele indicada ou à forma de recebimento da indenização de que trata esta Portaria.

Caso UHEs Neblina e Sinceridade

- Portaria Interministerial MME/MF nº 130 de 27/04/2014;
- Concessionária Zona da Mata Geração S.A ajuizou ação indenizatória, processo nº 0001189-76.2013.4.01.3400, em trâmite na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF, cujo objeto e a prorrogação da concessão das usinas hidrelétricas Neblina e Sinceridade, pelo prazo de 20 anos, em face do requerimento tempestivo protocolado em 2005 e aprovado pela ANEEL, mas sem manifestação do MME – Poder Concedente;

Caso UHEs Neblina e Sinceridade

- Foi ajuizada também ação cautelar, processo nº 0050153-37.2012.4.01.3400, que teve pedido liminar indeferido;
- Requereu-se a possibilidade de pedir, no futuro, a prorrogação das concessões das usinas hidrelétricas de Neblina e Sinceridade, nos termos da MP 579/2012, e determinar ao Poder Concedente que dê andamento do pedido de prorrogação requerido em 2005 e já aprovado pela ANEEL.

Serviço público adequado

- Constituição Federal de 1988:

  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: [...]

  IV - a obrigação de manter **serviço adequado**.

Lei nº 8.987/95

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

Decreto nº 2.335/97

- Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:
- IV - criação de condições para a **modicidade das tarifas**, sem prejuízo da oferta e **com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica**;

Decreto nº 2.335/97

- V - criação de ambiente para o setor de energia elétrica que **incentive o investimento**, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham **asseguradas a viabilidade econômica e financeira**, nos termos do respectivo contrato;
- ANEEL tem a missão de manter o equilíbrio entre a modicidade tarifária e o incentivo ao investimento, de modo a assegurar um serviço público adequado.

- www.girardiadvocacia.com.br
- girardi@girardiadvocacia.com.br
- (61) 3045-0364
- Brasília-DF