

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

Atravessamos mais de 80 anos desde a criação do Código de Águas, o arcabouço jurídico que regula o serviço de fornecimento de energia sofreu diversas transformações motivadas pela evolução dos aspectos ambientais, econômicos, tecnológicos e políticos.

A partir da década de noventa, com a mudança do regime de tarifa pelo custo para tarifa pelo preço, a política energética brasileira vem aprimorando e aperfeiçoando práticas e metodologias que incorporam modelos de comparação entre as Concessionárias. Esses modelos estimulam à eficiência dos outorgados e convergem para o princípio fundamental da regulação que é a Modicidade Tarifária.

No período mais recente, com a edição da Medida Provisória nº 579/2012 (com reforço da crise hídrica vivenciada nos exercícios subseqüentes e pelos mecanismos regulatórios paralelos criados na tentativa de se mitigar seus efeitos) o fenômeno da judicialização do setor assola a indústria energética brasileira, com os agentes de todos os segmentos (distribuidoras, geradoras, transmissoras, comercializadores, grandes consumidores, etc...), batendo na porta do poder judiciário buscando zelar por seus interesses econômicos, provocando enorme instabilidade social para os usuários do sistema elétrico (exemplo as matérias do risco hidrológico, custos do ESS, CDE, indenização dos ativos de transmissão da rede básica existente, sobrecontratação involuntária das distribuidoras, usinas não renovadas da CEMIG).

Nesse sentido, é função do Poder Concedente, o Estado Brasileiro, agir, buscando a estabilidade do modelo, com segurança jurídica para os participantes e, sobretudo, com foco na Sociedade Brasileira, ou seja, no consumidor.

Dentre os temas mais candentes no arcabouço regulatório do Setor Elétrico, com forte atuação do Ministério Público Federal, do Poder Judiciário, e, também do Tribunal de Contas da União, está à recente renovação dos contratos de concessão das empresas de distribuição, cujos termos finais expiravam no exercício de 2015/2016 e, muitos foram renovados, consoante o Decreto Federal nº 8.461/15.

Nessa senda, especificamente para o aprimoramento deste tema encaminho as seguintes contribuições:

1) Da Renovação das Concessões de Distribuição:

Muito embora com previsão contida na Medida Provisória nº 579, norma legal datada de setembro de 2012, o processo legislativo de renovação das Concessões de Distribuição ficou sobrestado por longo período, tendo sua regulamentação efetivada somente em junho de 2015, por ocasião da edição do Decreto Federal nº 8.461.

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

O alongamento na regulamentação dessa matéria por parte do Poder Concedente prejudicou dramaticamente as empresas de Distribuição alcançadas pela Medida Provisória em questão e, posteriormente pela Lei nº 12.783/2013, provocando instabilidade jurídica, aumento do risco dos investidores e um encarecimento ainda maior do crédito de terceiros (absurdamente oneroso no nosso Brasil) e, por consequência, provocando efeitos nocivos no nível de endividamento dessas Concessionárias.

O deslinde administrativo desse processo envolveu o Tribunal de Contas da União e especialmente a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, tendo seu termo no final do exercício de 2015 e o início do exercício de 2016.

As distribuidoras do Grupo Eletrobrás (Ceal, Cepisa, Eletroacre, Ceron, Boa Vista Energia e Amazonas Energia) não renovaram seus contratos de Concessão e hoje se sujeitam a uma disciplina regulatória de exceção, nos termos do artigo 9º da Lei nº 12.783/13, da Portaria MME nº 388/2016 e da Resolução Normativa ANEEL nº 748/2016, aguardando uma suposta privatização, de eficácia duvidosa no curto e médio prazo, haja vista a situação econômica debilitada dessas empresas, os entraves de mercado e os obstáculos regulatórios atinentes a essas Concessões.

As demais distribuidoras renovaram suas Concessões por mais 30 anos, assinando termo aditivo contratual sob o manto do Decreto Federal nº 8.461/15 e dos critérios de eficiência operacional e econômica positivados nos seus respectivos contratos.

No que tange aos critérios de racionalidade e eficiência econômica, assim dispõe a legislação vigente:

Lei nº 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 à 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.

Decreto nº 8.461/2015:

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

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

IV - modicidade tarifária.

§ 1o A prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica dependerá da aceitação expressa pela concessionária das condições estabelecidas no contrato de concessão ou no termo aditivo ao contrato de concessão.

§ 2o A eficiência com relação à qualidade do serviço prestado de que trata o inciso I do caput será mensurada por indicadores que considerem a frequência e a duração média das interrupções do serviço público de distribuição de energia elétrica.

§ 3o A eficiência com relação à gestão econômico-financeira de que trata o inciso II do caput será mensurada por indicadores que apurem a capacidade de a concessionária honrar seus compromissos econômico-financeiros de maneira sustentável.

§ 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. (...)

Art. 2º **A Aneel definirá a minuta do contrato de concessão ou do termo aditivo que contemplará as condições previstas neste Decreto.**

Parágrafo único. O contrato de concessão ou o termo aditivo deverão conter cláusulas que:

I - assegurem a sustentabilidade econômico-financeira das concessionárias e especifiquem diretrizes para o fortalecimento da governança corporativa e parâmetros mínimos de indicadores econômico-financeiros, inclusive de obrigação de aporte de capital por parte dos controladores; (...)

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.

2) Do conflito entre a norma jurídica vigente e a situação econômica e financeira das Concessionárias de Distribuição:

Verificados os dispositivos normativos acima se percebe a clara e correta intenção do poder legislativo e do executivo, à época, em condicionar à manutenção da vigência dos contratos de concessão aditivados ao atendimento a critérios de eficiência econômica, naturalmente dado que a saúde econômica e financeira das Distribuidoras tem relação intrínseca com sua eficiência operacional.

Ocorre que, dado o aprofundamento desse processo normativo, muito embora a Agência Nacional de Energia Elétrica tenha empreendido todos os esforços na regulamentação dos índices de eficiência econômica para os novos contratos, o que se verifica, na prática, é que quase a totalidade das empresas abarcadas por esse processo terão seríssimas dificuldades em

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

cumprir as exigências econômicas traduzidas nas fórmulas paramétricas desenvolvidas pelo regulador nos autos da Audiência Pública ANEEL nº 038/2015.

Isso porque, muito embora absolutamente respeitável do ponto de vista acadêmico, a fórmula paramétrica de eficiência econômica desenvolvida pelo regulador, assim como o período de 05 anos para o atendimento dos respectivos índices não estão em consonância com a atual conjuntura econômica do nosso Brasil.

Nossas empresas estão com altíssimos níveis de endividamento (bancário/tributário/etc) e sua saneabilidade depende necessariamente do crescimento econômico, de medidas governamentais que diminuam o custo do capital de terceiro e, por certo, de gestão operacional.

Nesse sentido, reproduzo os termos da documentação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, no âmbito da Consulta Pública nº 34/2017 do próprio MME, que trata do Plano Decenal de Expansão de Energia 2026 no que tange as perspectivas macroeconômicas e perspectivas econômicas setoriais:

“Perspectivas Macroeconômicas

Economia Brasileira

A partir de meados de 2016, houve um movimento de recuperação de expectativas dos agentes, que pôde ser observado nos indicadores de confiança dos consumidores e dos empresários, mas não materializada nos indicadores econômicos. Em particular, as perspectivas de recuperação econômica no segundo semestre do ano passado foram frustradas e percebeu-se que a crise duraria mais que o esperado.

Pela ótica da oferta, a retração é disseminada nos três grandes setores da economia – agropecuária, indústria e serviços, com ainda elevado grau de ociosidade, o que acaba por retardar as tomadas de decisão de investimentos pelos empresários.

*Uma das causas desse baixo desempenho dos setores produtivos é a **demand interna enfraquecida**, explicada, sobretudo, pela deterioração do mercado de trabalho e do **crédito mais restrito**. Por outro lado, o setor externo vem apresentando resultados positivos. Em 2016, de acordo com dados do MDIC, o saldo de balança comercial bateu recorde de saldo na série dos últimos vinte anos.*

Diante de um cenário de incertezas tanto na esfera nacional como global, é difícil prever quais serão os drivers que impulsionarão o crescimento

(...)

Perspectivas Econômicas Setoriais

(...)

Na elaboração do cenário econômico, considerou-se que o entrave ao crescimento vem de duas frentes: a primeira, conjuntural, é relativa à crise econômica iniciada em 2014 e à capacidade de reversão desse cenário, com retomada do crescimento aos níveis pré-crise; a segunda, de cunho estrutural, refere-se aos gargalos logísticos e de infraestrutura, além da baixa qualificação de mão-de-

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

obra e ausência de políticas industriais na direção do desenvolvimento de atividades de maior valor agregado e maior competitividade internacional, a fim de gerar altas taxas de crescimento vigoroso e sustentado.

Neste estudo, considera-se que a retomada do crescimento se dará mais fortemente ao final do primeiro quinquênio.

Logo, consoante relatório da EPE para o planejamento decenal de expansão de energia 2026, sobre as perspectivas de retomada de crescimento, muito embora as tremendas dificuldades de previsibilidade diante das incertezas listadas no respectivo relatório, sob o prisma setorial, o estudo aponta que a retomada do crescimento se dará mais fortemente ao final do primeiro quinquênio, ou seja, colide frontalmente com o período de adequação econômica das Concessionárias de Distribuição imposto pelo Decreto Federal nº 8.461/15.

Como as empresas de Distribuição irão sanar seu alto endividamento em 05 anos se a economia não tem perspectivas de crescimento robusto nesse curto período ?

Mantido os prazos descritos pelo executivo federal na regulamentação do artigo 7º da Lei nº 12.783/13, e, mantida as fórmulas paramétricas de sustentabilidade econômica positivadas pela ANEEL nos contratos de Concessão renovados, muito provavelmente teremos uma série de concessões sob altíssima instabilidade jurídica, na medida em que, como narrado, a regulamentação desse processo foi extemporânea e, quando efetivada, um tanto açodada dada a complexidade técnica inerente a matéria.

3) Da proposta de alteração normativa:

Por tudo exposto, a Consulta Pública em questão e as alterações do marco legal do nosso Setor Elétrico são uma oportunidade excepcional para se debater no Congresso Nacional e se corrigir no âmbito do Poder Executivo as eventuais distorções técnicas do processo de renovação dos contratos de Concessão das Distribuidoras.

Assim, no item abaixo, respeitosamente apresento proposta de alteração legislativa no que tange aos contratos de concessão de distribuição prorrogados, alcançados pelo artigo 7º da Lei 12.783/13.

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

Lei nº XXXX

Artigo 1º - As Concessões de Distribuição de Energia prorrogadas conforme artigo 7º da Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, deverão 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.

§1º A eficiência com relação à qualidade do serviço prestado de que trata o inciso I do caput será mensurada por indicadores que considerem a frequência e a duração média das interrupções do serviço público de distribuição de energia elétrica.

§2º A eficiência com relação à gestão econômico-financeira de que trata o inciso II do caput será mensurada por indicadores que apurem a capacidade da concessionária honrar seus compromissos econômico-financeiros de maneira sustentável, cotejando a evolução de seu LAJIDA - lucro antes dos juros, impostos, depreciação e amortização – com a capacidade de pagamento de seu endividamento bancário.

§ 3º O atendimento aos critérios previstos nos incisos I e II do caput deverá ser alcançado pela concessionária no prazo máximo de dez 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, a serem regulamentadas pelo Ministério de Minas e Energia e a Agência Nacional de Energia Elétrica, observando necessariamente o contido no §1º e §2º.

Art. 2º A inadimplência da concessionária decorrente do descumprimento de qualquer dessas metas ao final do prazo de dez anos acarretará a extinção da concessão.

Contribuições ao processo de Consulta Pública nº 33/2017 - Aprimoramento do marco legal do setor elétrico nacional -

Contratos de Concessão de Distribuição – Eficiência Econômica

Rodrigo Gomes Wallau

A edição de comando legal trazendo para Lei Ordinária conteúdo do Decreto nº 8.461/15, busca adequar o prazo máximo de atendimento ao critério de eficiência econômica para dez anos, assim como clarear, sobre o prisma jurídico, os conceitos de eficiência econômica, quais sejam, geração de caixa operacional (contabilmente conhecido como Lucro Antes dos Juros, Impostos, Depreciação e Amortização / LAJIDA, ou EBITDA) e Endividamento (restringindo o conceito ao endividamento bancário ou financeiro, afastando o conceito alargado que foi originalmente desenvolvido pelo regulador que inclui endividamento fiscal, regulatório e até mesmo as obrigações pós-emprego das Concessionárias). Naturalmente a proposta em questão incita alterações na regulamentação originária do artigo 7º da 12.783/13 trazidas pelo Decreto 8.461/15 e também alterações nos termos aditivos aos Contratos de Concessão das Distribuidoras alcançadas por esse processo.

Essas seriam minhas contribuições nutrindo verdadeiro sentimento que as mesmas possam ser apreciadas e cotejadas com os demais itens que irão permear a alteração do Marco Regulatório Legal do Setor Elétrico Brasileiro e com os Princípios para a Reorganização do Setor, em especial a equidade, traduzida na isonomia que deve necessariamente ser observada tanto para regras aplicáveis a agentes já atuantes em uma atividade como a potenciais entrantes.

Att

Rodrigo Gomes Wallau
Contador
Profissional do Setor Elétrico Nacional