

Coase e o Lote 6 do Leilão de Transmissão de Eletricidade

Joisa Dutra

Diretora do FGV CERI e doutora em economia pela FGV EPGE

Romário Batista

Pesquisador do FGV CERI

Segurança jurídica e boa governança regulatória são ingredientes essenciais na receita para produzir bons resultados em infraestrutura. Na sua falta ou precariedade, o custo de capital – a febre – sobe logo. Em consequência, auferimos menos *value for the money*. Episódio recente na regulação do setor elétrico mostra que esse esforço deve ser contínuo, e que mesmo uma agência com *performance* reconhecida pela OCDE – o clube dos países no qual pleiteamos ingresso – não está imune a decisões que atentam contra a construção de um bom ambiente de negócios, como discutimos a seguir.

Instalações de transmissão de eletricidade no Brasil são ativos que entram na categoria das *cash cows* dos investimentos em infraestrutura. São implementados como resultado de leilões com regras que pouco variaram desde sua gênese, no final do século passado. Chova ou faça sol, garantem receita fixa reajustada pela inflação durante o período da concessão – em geral de 30 anos. Atraem a atenção desejada dos chamados investidores institucionais, como fundos de pensão e seguradoras.

O desenho e a regulação do setor elétrico explicam o relativo sucesso em mais do que duplicar nosso vasto sistema de transmissão no período,

livrando o país de uma das principais ameaças à expansão das renováveis em tempos de transição energética. Mas essa história não é livre de percalços. Ainda bem que os soluções não raro garantem lições e reforçam o papel das instituições a salvaguardar um adequado ambiente para investimentos em infraestrutura.

O caso do Lote 6

Apesar de não ser imprescindível a aprovação do Tribunal de Contas da União (TCU), passados 90 dias da submissão do edital e seus anexos para exame, a Aneel resolveu realizar o leilão de transmissão de dezembro de 2022, com a pendência de deliberação daquela Corte de Contas. Não deu outra: um dos lotes questionados administrativa e judicialmente não foi aprovado, ainda que tenha tido vencedor no certame (Consórcio Alupar-Perfin).

Além de apresentar denúncia/representação junto ao TCU, a concessionária ISA-Cteep impetrou mandado de segurança antes do leilão. Pleiteava impedir a proposta do regulador (apoiada pelo MME) de constituir o Lote 6 agregando uma subestação (SE Centro/SP) – que teria sido “subtraída” de seu contrato de

concessão – a um conjunto de novos investimentos em modernização e expansão. O juízo de 1ª Instância não deu a liminar solicitada, o que permitiu a manutenção do lote no pregão realizado em 16/12/2022. Falta ainda o julgamento do mérito.

Pedido de vistas e deliberação do TCU após o leilão

Na Corte de Contas, a instrução processual caminhava naturalmente para prestigiar o princípio da deferência à administração pública; ou seja, referendar a decisão da Aneel. Confirmava precedente anterior examinado no âmbito do Acórdão nº 2.821/2020-TCU-Plenário. Eis que o ministro revisor, Walton Alencar, na análise do pedido de vistas ao processo, divergiu. Em assim fazendo, espalhou luz e ampliou o campo de análise da complexa questão jurídico-regulatória subjacente ao lote impugnado. E sua proposta foi acompanhada unanimemente pelos demais membros do colegiado. **Também** o relator, Antonio Anastasia, reformou o seu voto original e em sentido contrário ao recomendado pela área técnica do Tribunal. **Restou decidido que o**

Lote 6 não integraria aquele leilão de transmissão de energia elétrica.

Até pelas reações contidas e cuidadosas das partes envolvidas, a decisão do plenário do TCU de retirar o Lote 6 – que fora arrematado com deságio de cerca de 15% – constitui um relevante *case* de discussão sobre segurança jurídica dos contratos de concessão. Tem ingredientes de redução unilateral de objeto (supressão de atividade); encampação (ou devolução) parcial de instalações; licitação isolada de serviço público *vis-à-vis* a renovação do instrumento contratual; e perda de confiança no poder concedente. Esses temas impactam não apenas o setor elétrico. Repercutem potencialmente as demais áreas de infraestrutura. De quebra, revelam-se riscos, possíveis consequências e transtornos de um processo licitatório de outorgas sem prévia aprovação da Corte de Contas, ainda que formalmente atendidos os requisitos para a desestatização.

Direitos de propriedade

Ronald Coase, laureado Prêmio Nobel em 1991 por destacar a importância dos custos de transação e dos direitos de propriedade para o bom desenvolvimento da economia, argumenta que mercados dependem da existência de direitos de propriedade bem definidos e transacionáveis. Vale entender em que medida a decisão da Aneel atenta contra a existência dessas condições.

A questão central reside em saber se o poder concedente – em vez de autorizar o atual concessionário a promover reforços, melhorias e expansão das instalações concedidas, mediante uma receita previamente fixada, conforme as disposições contratuais – poderia, a

A decisão do plenário do TCU de retirar o Lote 6 constitui um relevante *case* de discussão sobre segurança jurídica dos contratos de concessão

qualquer tempo, licitar novos empreendimentos **juntamente com ativos integrantes de concessões vigentes**. A proposta do regulador visaria à modicidade tarifária. Como condição, se um participante diferente do concessionário incumbente vencer o leilão, este seria compensado por meio de indenização pelo vencedor do certame.

Com argumentos sólidos, o ministro Walton aponta graves irregularidades no procedimento referente ao “Lote 6 (do Leilão de Transmissão nº 2/2022), em que parte da concessão já existente está sendo retirada da concessionária atual para ser outorgada a novo operador, **sem que tenha sido identificada falha no serviço atualmente prestado**” (grifos nossos). Sua análise do tema parte de uma visão multissetorial; a abordagem é tanto conceitual como pragmática. Baseia-se na vasta experiência do TCU no julgamento das “mais diversas alterações de contratos de concessão, unilaterais ou consensuais, formalizadas ou não, formalizadas, várias ocorridas conforme os permissivos legais, outras nem

tanto”, notadamente nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Entende o revisor que suprimir essa “parcela” da outorga é comparável à irregular encampação parcial da concessão, haja vista ser imposta unilateralmente pelo poder público, com obrigações de indenização do concessionário e implicando a perda da propriedade das instalações, que passarão ao Estado, ou a quem lhe fizer as vezes, como o futuro concessionário. Considera, ainda, que a situação se equipara “sob outra ótica, à eventual devolução parcial da concessão, pois esse instrumento também permitiria a redução do escopo da concessão, com seu retorno ao poder concedente, junto com a titularidade sobre as instalações, sendo possível, então, a realização de nova licitação para outorga dos serviços devolvidos à nova concessionária”. Ocorre que, segundo o ministro Walton, “nenhuma dessas formas está prevista em nosso ordenamento jurídico”.

A aplicação dos argumentos de Coase ao caso concreto é trivial, na medida em que, na visão do ministro Walton, a decisão quanto ao objeto do Lote 6 incluir ativos sob concessão (vigente até 1/1/2043) atenta contra o direito de propriedade da concessionária CTEEP.

A discussão em torno do tratamento normativo-contratual às obras de revitalização da SE Centro, em São Paulo, se arrasta desde a abertura da Consulta Pública MME nº 116/2021, na qual foi disponibilizada proposta de Plano de Outorgas da Transmissão de Energia Elétrica – Potee 2021. Continuou no âmbito da Consulta Pública Aneel nº 024/2022, que discutiu as minutas de edital e anexos do Leilão de Transmissão nº 2/2022.

Na hipótese (provável) de que a Aneel venha a interpor pedido de reconsideração em face da decisão do TCU, ter-se-á nova oportunidade de contraditório das visões e teses que o processo comporta, incluindo eventual reavaliação desse tema por parte da área técnica do tribunal. Para tanto, as análises e reflexões do voto-vista e nos debates que o seguiram (na sessão de 18/1/2023) serão um importante ponto de retomada para a consolidação do entendimento daquele órgão de controle externo, contribuindo assim para maior segurança jurídica e regulatória, nos diferentes setores de infraestrutura.

Há, por certo, espaço para o aporte de argumentos adicionais em reforço à decisão que impede o prosseguimento do certame no tocante ao Lote 6, por falta de “amparo jurídico”, bem como para a sugestão de alternativas que possam assegurar o nível de flexibilidade desejado pelo poder concedente, na busca da almejada modicidade tarifária.

A título de exemplo, na Consulta Pública nº 136/2022 – que teve por objeto o aprimoramento de Diretrizes Gerais para a licitação ou prorrogação de concessões vincendas de transmissão –, o Ministério de Minas e Energia chegou a propor a positividade do entendimento quanto à possibilidade de, **a qualquer tempo**, licitar concessões de transmissão “em conjunto com outras instalações novas ou existentes”. Assim, haveria respaldo para novos casos como o do Lote 6. **Felizmente, a nosso ver, por falta de adequada fundamentação, tal proposta não prosperou.** Devem ter contribuído para essa reavaliação os inúmeros questionamentos dos agentes e instituições participantes. O decreto regulamentar resultan-

Passadas três décadas,
se aproxima o término
da vigência de relevante
conjunto de ativos de
eletricidade. Incluem-se aí
9.000 km de linhas e outras
instalações de transmissão

te admitiu apenas que “os ativos de transmissão das concessões **em fim de vigência** [...] poderão ser licitados em conjunto com outras instalações de transmissão” (grifos nossos).

Efeito fim de jogo

Por causa do tempo, passadas três décadas, se aproxima o término da vigência de relevante conjunto de ativos de eletricidade. Incluem-se aí cerca de 9.000 km de linhas e outras instalações de transmissão. No tocante a essas outorgas a vencer, o poder concedente tem terreno fértil para definir novo instrumento contratual ou aditivo ao atualmente em vigor, nos casos de licitação ou de prorrogação dessas concessões, respectivamente.¹ Essa é uma oportunidade ímpar para – se considerado adequado – disciplinar em decreto e/ou em cláusula(s) expressa(s) do contrato de concessão a flexibilização relativa aos ativos existentes. Tudo a partir de estudos fundamentados, claro. Em tese, seria **possível** inclusive prever a **possibilidade** de, a qualquer tempo,

definir novos lotes que incluíssem ativos integrantes de concessões vigentes, para fins de composição de lotes de novos empreendimentos de transmissão a serem licitados, com base em procedimentos previamente estabelecidos. Evidente que a probabilidade de ocorrência desses eventos seria precificada pelos agentes. Com o aumento do risco, eleva-se o custo de capital.

Por todas essas razões, a divergência inaugurada pelo ministro Walton Alencar no julgamento do Lote 6 do Leilão de Transmissão nº 2/2022 deve ser reconhecida como expressão do saber coletivo presente no Tribunal de Contas da União, notadamente em seu colegiado de ministros que integram o plenário. Ao elastecer o campo de análise do caso concreto, para além de uma visão segmentada e com ares de violação à segurança jurídica – como aparentemente praticado em recentes leilões de instalações de transmissão de energia elétrica –, o voto-vista do revisor, que embasou decisão por unanimidade, amplia um debate do maior interesse para a atração de investimentos privados nos setores de infraestrutura, reconhecidamente indispensáveis à retomada do desenvolvimento de nosso país. A conferir os eventuais desdobramentos deste *leading case!* ■

¹O governo já teve no passado recente oportunidade de adaptar contratos nessa direção. Esse era o caso da antecipação dos efeitos da prorrogação das outorgas de transmissão alcançadas pelo artigo 6º da Lei nº 12.783/2013 e com vencimento em 2015, englobando nove aditivos contratuais, entre os quais os da ISA-CTEEP (Contrato nº 059/2001) e da CEEE-GT (Contrato nº 055/2001). Pouco tempo depois, ambos passaram por redução unilateral de objeto – ora contestadas no voto-vista – por decisões do poder concedente embasadas em estudos de planejamento da expansão do SIN.