
**Contribuição para Consulta Pública sobre normas e procedimentos complementares
relativos à cessão de uso onerosa para exploração de central geradora offshore, de
que trata o Decreto nº 10.946/2022**

Consulta Pública MME Nº 134/2022

FGV CER

11 de outubro de 2022

Contribuição para Consulta Pública sobre normas e procedimentos complementares relativos à cessão de uso onerosa para exploração de central geradora offshore, de que trata o Decreto nº 10.946/2022

1. Apresentação

O presente documento representa contribuição independente do FGV CERI para a Consulta Pública nº 134/2022, instaurada pelo Ministério de Minas e Energia, com período de contribuições de 09/09 a 11/10/2022, visando obter subsídios referentes à minuta de Portaria Normativa do MME, que dispõe sobre normas e procedimentos complementares relativos à cessão de uso onerosa para exploração de central geradora de energia elétrica offshore no regime de produção independente de energia ou de autoprodução de energia, de que trata o Decreto nº 10.946/2022.

2. Oportunidades de melhoria da governança e segurança jurídica do marco regulatório da geração offshore - Sugestão de abertura de consulta pública para eventuais alterações no Decreto 10.946/2022 e priorização do PL 576/2021 na agenda legislativa

2.1 Segurança jurídica com harmonização de propostas em discussão e a devida celeridade

Embora existam semelhanças nas principais definições e nos princípios e fundamentos da geração de energia a partir do aproveitamento de potencial offshore, a sua regulação/regulamentação, por meio dos Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional (PL 576/2021, já aprovado no Senado, e PL 3.655/2021) e do Decreto nº 10.946/2022 editado pelo Presidente da República (ora em fase de detalhamento e complementação no âmbito das CPs 134 e 135/MME), apresenta diferenças relevantes de tratamento legal e regulatório. O não enfrentamento dessas diferenças pode comprometer o efetivo avanço no tema, criando insegurança jurídica.

Questões como a aplicação – ao aproveitamento do potencial eólico offshore –, por norma infralegal (Decreto), do instituto da cessão de uso de espaços físicos em áreas interiores de domínio da União^{1,2}, parece não se coadunar com o arcabouço legal vigente para os setores de energia elétrica³ e de exploração e produção de petróleo e gás, o que justificaria alteração legislativa específica.

É distinta a linha proposta nos PLs em tramitação no Legislativo Federal, que se lastreia especialmente no regime de delegação por concessão ou autorização, para fins de uso de bens

¹ Inclusive para fins de licitação por órgão integrante da governança institucional do setor elétrico.

² Em 24 dos seus 29 artigos, o Decreto nº 10.946/2022 faz menção direta ou indireta ao instituto da **cessão de uso** de espaços físicos em áreas de domínio da União.

³ Disciplinados pelos arts. 21, 175, 176 e 177 da CF e regulamentados pela Lei Geral de Concessões e por leis específicas.

da União (águas interiores, mar territorial, zona econômica exclusiva e plataforma continental), respeitadas as normas e competências específicas dos órgãos com atuação sobre tais bens e observada a harmonização de atividades⁴ e políticas públicas entre os órgãos da União. Nos termos do PL 576/2021⁵ – cuja aprovação pela Comissão de Infraestrutura do Senado, repita-se, é posterior à edição do Decreto 10.946/2022 –, essa governança seria ajustada mediante regulamento do Executivo.

Por outro lado, mesmo convergentes quanto à natureza onerosa das atividades de exploração de central geradora de energia elétrica offshore, o Decreto nº 10.946/2022 e o PL nº 576/2021 divergem substancialmente no que se refere aos critérios de cálculo, seus montantes e destinatários da cobrança.

Assim, com a eventual conversão do PL nº 576/2021 em lei (após aprovação pela Câmara dos Deputados, supondo-se a manutenção de sua espinha dorsal), ter-se-ia, além de inquestionável respaldo legal (que é uma fragilidade do Decreto nº 10.946/2022), profunda modificação no regime de cobrança pelo uso de bem público no aproveitamento de potencial para geração offshore, mediante participações governamentais, destinadas tanto à União quanto a Estados e Municípios.

Nesse sentido, à semelhança de inúmeros processos em que o setor elétrico buscou adiantar a regulamentação de matéria relevante por meio de Decreto, sem abrir mão da segurança jurídica, parece prudente e oportuna a construção de consensos mínimos entre o Executivo e o Legislativo, em relação às questões aqui comentadas, de maneira a evitar sinais confusos para investimentos e negócios, como tem ocorrido no paralelismo aparentemente sem a necessária sincronia – ao menos em aspectos fundamentais – entre as iniciativas desses dois Poderes.

Afinal, qual é a sinalização que se pretende dar aos investidores – nacionais e estrangeiros – quanto às oportunidades de desenvolvimento do potencial eólico offshore do país, com suas reconhecidas vantagens comparativas e possibilidades de contribuir significativamente para a transição energética mundial rumo à descarbonização, incluindo a utilização de energia limpa e renovável para a produção de hidrogênio?

Por outro lado, caberia ao Poder Executivo, na mesma linha da Portaria Casa Civil nº 667/2022⁶, indicar o tema da regulação da geração offshore (especificamente o PL 576/2021, se for o caso) na sua agenda de prioridades para o exercício de 2023 quanto às propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional.

2.2 Sugestão de consulta pública do MME para aprimoramento do Decreto nº 10.946/2022 antes da edição de normas complementares

Voltamos a argumentar em favor da realização de consulta pública antes da emissão de um Decreto de regulamentação. A despeito de reconhecer o mérito da iniciativa do Ministério de Minas e Energia na abertura das CPs 134 e 135/2022, com vistas a atender ao prazo de 180 dias

⁴ Atividades sobretudo de natureza econômica, realizadas em mar, como navegação, pesca, exploração de recursos em leito oceânico, transporte aéreo e outros.

⁵ Não há, ao longo dos 22 artigos do PL 576/2021, uma única referência à figura da **cessão de uso**.

⁶ Referida Portaria listou 39 propostas à época em tramitação na Câmara e no Senado, entre as quais o PL 414/2021, que trata da modernização do marco legal do setor elétrico, e o PL 591/2020, relativo à desestatização dos Correios.

para a edição de normas complementares, **o próprio Decreto nº 10.946/2022** (que regulamenta assunto tão palpitante e vulnerável à atuação de grupos de interesses), na forma de um anteprojeto, **poderia/deveria ter sido alvo de prévio e salutar escrutínio público. Uma tal iniciativa significaria** homenagem aos “princípios para atuação governamental no setor elétrico”, de que trata a Portaria MME nº 86/2018, especialmente em relação à “transparência e participação da sociedade nos atos praticados”.

Recorde-se, a propósito, a contribuição apresentada pelo FGV CERI na Consulta Pública nº 126/2022⁷. Naquele documento, reputava-se episódio semelhante^{8,9} “como uma oportunidade para o Ministério de Minas e Energia avaliar a conveniência de, doravante, também em prol de outros princípios como os da ‘previsibilidade’, ‘coerência’ e ‘isonomia’, definir critérios mínimos capazes de orientar a sua opção futura para abertura ou não de consulta/audiência pública em matéria de regulamentação de lei (mediante Decreto)”.

⁷ Tal recomendação sequer foi relacionada entre as sugestões e os subsídios do FGV-CERI (página 15/20, itens 1010 a 103), constantes do quadro de “Análise das contribuições recebidas no âmbito da Consulta Pública nº 126, de 06 de maio de 2022”, disponibilizado no site do aludido procedimento.

⁸ Confira-se o seguinte trecho da contribuição FGV-CERI:

“Desse modo, a edição do Decreto nº 11.042, de 12 de abril de 2022, prescindiu de um prévio e salutar escrutínio público. Tal decreto é a base regulamentar da minuta de Portaria de Diretrizes do Leilão de Reserva de Capacidade na forma de Energia de 2022, ora submetida à Consulta Pública nº 126/2022-MME. Tal prática representa ato unilateral e “intramuros” do Poder Concedente, o qual, embora legítimo e idôneo, não necessariamente contempla a exegese mais adequada e/ou encerra as melhores escolhas dentro da sua margem de discricionariedade, podendo até [...] implicar ônus adicionais aos usuários de energia elétrica ou mesmo ser alvo de eventual contestação administrativa ou judicial”.

⁹ Mais recentemente, também sobre o episódio em comento (edição do Decreto nº 11.042/2022, que regulamenta os arts. 20 e 21 da Lei de Desestatização da ELETROBRAS), vale reproduzir a seguinte passagem do artigo intitulado “O jabuti-elétrico deu cria na Amazônia”, de Pedro Bara, publicado no Valor Econômico, edição de 07/10/2022:

“De qualquer forma, o jabuti-gás deu cria na Amazônia, onde logrou comercializar três dos trinta e três projetos ofertados, em um leilão marcado por um vai-e-vem de pouca clareza, na definição dos municípios que seriam elegíveis para usufruir do regalo legislativo.

Primeiro, pelo Decreto 11.042, de abril de 2022, alterado, dois meses depois, pelo Decreto 11.091, que define e estabelece critério para aplicação do conceito de ‘região metropolitana’, através do inciso V, artigo 2º, onse se lê: ‘V – região metropolitana, como sendo (a) unidade regional instituída pelos Estados por meio de lei complementar promulgada até a data de publicação das diretrizes pelo Ministério de Minas e Energia para a realização dos leilões ...’

Segundo, a Lei Estadual Complementar 52, de maio de 2007, a Região Metropolitana de Manaus (RMM) é composta por sete municípios: Manaus, Iranduba, Novo Airão, Careiro da Várzea, Rio Preto da Eva, Itacoatiara e Presidente Figueiredo. Outras fontes e mapas, não oficiais, apontam também o município de Manacapuru como parte da RMM.

A partir do Decreto 11.091, a EPE divulgou o informe ‘Instruções Complementares para o Leilão de Reserva de Capacidade na forma de Energia de 2022 – Municípios Elegíveis’, onde, na alínea d) do seu item 3.3, constam, como integrantes da RMM, além daqueles definidos pela Lei Complementar 52, outros cinco municípios: Autazes, Careiro, Itacoatiara, Itapiranga e Silves, sem que haja qualquer menção a uma eventual atualização do conteúdo da referida Lei.

Tal observação é pertinente, porque foi no município de Silves, na ‘boca do poço’, que duas das três termelétricas foram comercializadas, representando 590,8 MW, enquanto a terceira, de menor porte, será instalada em Manaus”.

Ainda que a intenção do governo federal fosse, em muito boa hora, por meio de decreto, editar tão somente “**diretrizes iniciais** para geração de energia offshore”¹⁰, sem adentrar em searas reservadas à lei – a exemplo do regime de retribuição/compensação pelo uso de bem público –, a relevância desse tema e o seu impacto para a política energética do país justificariam, a nosso ver, a realização de **prévio processo de consulta pública**. Tal procedimento permitiria aprimorar a proposta¹¹, sob a forma de **anteprojeto de Decreto**, na mesma linha da prática adotada pelo MME a partir de 2018 na regulamentação de matérias legais ou mesmo na alteração de Decretos de interesse dos setores elétrico e de mineração¹².

Como já dissemos em outras oportunidades¹³, “**audiências e consultas públicas não são encargos, mas sim oportunidades de melhoria do processo de tomada de decisão e de edição das normas da Administração, promovendo engajamento e contribuindo para a transparência**”.

Poderiam alguns alegar que, embora saudável e em tudo consonante com as boas práticas de administração em um país que busca (e está a alguns passos) do seu ingresso na OCDE, as exigências estabelecidas no **Decreto nº 9.191, de 01/11/2017**¹⁴ (arts. 40 a 43¹⁵) para a realização

¹⁰ Vide release do MME, de 25/01/2022, sob o título “Diretrizes iniciais para geração de energia offshores são publicadas pelo Governo federal”.

¹¹ Observa-se que sequer foi realizada uma consulta pública visando a discussão de propostas de diretrizes gerais para tal regulamentação.

¹² A título ilustrativo, mencionam-se os seguintes procedimentos abertos pelo MME visando o aperfeiçoamento de propostas de regulamentação de dispositivos legais: AP 44/2018: Aprimoramento do Projeto de Decreto que tem por objeto atualizar a regulamentação do Código de Mineração; CP 61/2018: Alteração do Decreto 6.353/08 e da Portaria de Diretrizes do Leilão de Potência associada à Energia de Reserva; e CP 63/2018: Projeto de regulamentação do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995.

¹³ Ver artigo intitulado “O leilão de reserva de capacidade e as térmicas a óleo: revogar para corrigir erros”, publicado no site do FGV-CERI, em 10/02/2022.

¹⁴ Decreto que “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”.

¹⁵ Decreto nº 9.191/2017 – Capítulo VI – Consulta Pública:

“Competência para aprovar a consulta pública

Art. 40. A proposta de ato normativo a ser submetida a consulta pública será encaminhada pelo titular do órgão ao qual está afeta a matéria, por meio de aviso dirigido ao Ministro de Estado. Chefe da Casa Civil da Presidência da República, acompanhada da documentação referida no art. 30.

Procedimento da consulta pública

Art. 41. Na hipótese de a Casa Civil da Presidência da República concluir pela adequação, conveniência e oportunidade da proposta de ato normativo:

I - a íntegra da proposta e os termos da consulta serão publicados no Diário Oficial da União pela Casa Civil da Presidência da República; e

II - a consulta pública será disponibilizada no sítio eletrônico da Presidência da República e, caso se entenda conveniente, adicionalmente, no sítio eletrônico do órgão proponente.

Processamento das sugestões

Art. 42. As sugestões à consulta pública serão recebidas pela Casa Civil da Presidência da República e analisadas em conjunto com o órgão proponente.

Resultado da consulta pública

Art. 43. No prazo de três meses após o término do recebimento das sugestões, o órgão proponente deverá encaminhar à Casa Civil da Presidência da República:

I - exposição de motivos com a proposta final de ato normativo; ou

de **consulta pública envolvendo ato normativo de competência do Chefe do Executivo** – como o Decreto Presidencial – representariam uma grande burocracia, com eventual prejuízo da celeridade, na medida em que estariam subordinadas à autorização e implementação da Casa Civil da Presidência da República, e sujeitas a prazos elásticos de processamento.

Longe disso, **o que se vê na prática é o processamento pelos Ministérios de consultas públicas sobre projetos de decreto** (e até **anteprojetos de lei**), apenas com a comunicação de sua abertura à Casa Civil, quando a matéria não demandar a coautoria por outro órgão.

Em suporte a tal argumento, mencionam-se as seguintes Consultas Públicas (CPs):

(i) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, instauradas mediante a Portaria SDA nº 624/2022 (minuta de Decreto que aprova o regulamento de registro, emprego e fiscalização de produtos de uso veterinário), a Portaria SDA nº 578/2022 (minuta de Decreto/Regulamento da Inspeção de Produtos de Origem Vegetal) e a Portaria SDA nº 562/2022 (minuta do Decreto/Regulamento da Lei nº 8.918/1994 que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas);

(ii) do Ministério do Meio Ambiente – MMA, abertas por meio da Portaria nº 259/2022 (minuta de Decreto que institui o sistema de logística reversa de embalagens de plástico), da Portaria nº 641/2020 (proposta de Decreto que institui o sistema de logística reversa de embalagens de vidro), da Portaria nº 421/2018 (minuta de Decreto que institui a logística reversa de medicamentos descartados pelo consumidor), da CONASQ, em 30/06/2016 (Anteprojeto de Lei que dispõe sobre o cadastro, a avaliação e o controle de substâncias químicas industriais, elaborada no âmbito da Comissão Nacional de Segurança Química);

(iii) do Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP, abertas em fevereiro/2021 (minuta de Decreto sobre SAC – SENACOM), e em agosto/2021 (Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social – PNSP);

(iv) do Ministério do Desenvolvimento Regional – MDR, realizada pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, nos termos do Aviso de Consulta Pública nº 1/2021, publicado no DOU de 04/08/2021 (Regulamentação da Lei nº 12.340/2010 – Minuta de Decreto versando sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, sobre o Cartão de Pagamento de Defesa Civil - CPDC, sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil - Funcap e sobre o envio de alertas à população por meio de serviço móvel pessoal);

(v) do Ministério da Economia, instauradas pela Secretaria de Gestão, em 08/03/2022 (minuta de Decreto que regulamenta a exigência de percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica), e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE nº 03/20121 (Projeto de Lei de Reforma de Garantias Reais); **e, repita-se, os procedimentos**

(vi) do Ministério de Minas e Energia [AP nº 44/2018-MME (Projeto de Regulamentação do Código de Mineração) e CP nº 61/2018-MME (Alteração do Decreto 6.353/08)], todas posteriores à edição do **Decreto nº 9.191/2017**.

De forma mais robusta, há ainda a possibilidade de estabelecimento de **procedimento especial para consultas públicas de decretos** destinados a regulamentar dispositivos legais

II - justificativa da desistência da proposta.

específicos, delegando a sua realização a determinado Ministério, sem submissão prévia à Casa Civil da Presidência da República. Nesta hipótese, **bastaria ao Ministério setorial encaminhar a minuta de ato normativo à Casa Civil, para fins de ciência, com no mínimo cinco dias úteis antes da abertura da consulta pública.**

Esse é o caso do Decreto nº 10.929, de 07/01/2022, com base no qual, “até 31 de março de 2023, o **Ministério da Economia** poderá realizar consultas públicas sem submissão ao procedimento previsto no Capítulo VI do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, se a matéria objeto de consulta pública limitar-se a decreto:

- I – destinado a regulamentar dispositivo da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021¹⁶; e
- II – que não demande a coautoria por outro órgão.

É de concluir-se, portanto, que o Decreto nº 10.946/2022, o qual “dispõe sobre a cessão de uso de espaços físicos e o aproveitamento dos recursos naturais em águas interiores de domínio da União, no mar territorial, na zona econômica exclusiva e na plataforma continental para a geração de energia elétrica a partir de empreendimento offshore”, poderia ter sido precedido de consulta pública, promovida pelo Ministério de Minas e Energia, considerando a inexistência de coautoria por parte de outro órgão¹⁷, ou, em última instância, pela Casa Civil da Presidência da República¹⁸.

Assim, identificada a conveniência e oportunidade de adequações no Decreto nº 10.946/2022, para harmonização de regimes de cobrança pelo uso de bem público e de outros temas fundamentais, relativamente às matérias de reserva legal disciplinadas no PL nº 576/2021, **sugere-se a realização de consulta pública, pelo MME, com vistas ao aprimoramento de minuta de Decreto contemplando tais propostas de alterações.**

Somente a partir do seu resultado, consubstanciado em novo Decreto, haveria que tratar de normas e procedimentos complementares relativos à cessão onerosa para exploração de central geradora offshore, cujas propostas foram submetidas às CPs 134 e 135/2022-MME, nos termos do art. 28 do Decreto nº 10.946/2022. Consequentemente, as referidas consultas públicas perderiam o seu objeto e deveriam ser encerradas.

2.3 Outras possibilidades de consulta pública de Decretos no âmbito do MME: exemplos do passado recente e para o futuro

A par dessas considerações, que reforçam e aprofundam reflexões constantes da contribuição apresentada pelo FGV CERI na Consulta Pública nº 126/2022, é possível retrospectivamente inferir que, a bem da qualidade, consistência, juridicidade e economicidade da regulamentação de dispositivos legais, os **decretos relacionados a seguir** – que regulamentam a Lei nº 12.783/2013 – **também poderiam ter sido objeto de audiência e/ou consulta pública,**

¹⁶ Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

¹⁷ Apenas o Ministro de Minas e Energia subscreve o referido Decreto, ao lado do Presidente da República.

¹⁸ Para referência, menciona-se a consulta pública realizada pela Casa Civil, com base no disposto no Capítulo VI do Decreto nº 9.191/2017, tendo por objeto a minuta de Decreto que regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas e o Prêmio Nacional Trabalhista (CP instaurada por meio do Despacho de 21/01/2021 do Ministro Chefe da Casa Civil).

no âmbito do MME, em face da inexistência de coautoria por parte de outro órgão e da expressa delegação de competência conferida pelo art. 17 do Decreto nº 7.805/2012, segundo a qual “no setor elétrico, o poder concedente é representado pelo Ministério de Minas e Energia para os fins do disposto na Medida Provisória nº 579, de 2012, e neste Decreto”:

- Decreto nº 8.461/2015, que “regulamenta a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.783/2013, e o art. 4º-B da Lei nº 9.074/1995”;
- Decreto nº 9.158/2017, que “regulamenta a prorrogação das concessões e das autorizações de geração de energia hidrelétrica abrangidas pelo art. 2º da Lei nº 12.783/2013”.

Já em termos prospectivos – e ainda no tocante à renovação de concessões de energia elétrica –, vislumbram-se oportunidades de regulamentação, via Decreto, para as quais seria igualmente possível (e desejável) a realização de prévia consulta pública, pelo MME.

A própria **CP nº 136/2022-MME**, em andamento (com período de contribuições até 24/10/2022), que versa sobre “diretrizes para concessões vincendas de transmissão de energia de energia elétrica” – e objetiva subsidiar a edição de Decreto para regulamentar o tratamento às outorgas sob os regimes regulatórios decorrentes de privatizações e de licitações implementadas com base nos arts. 27 e 4º (§ 3º) da Lei nº 9.074/1995 –, **poderia ser readequada e enriquecida**, mediante a substituição de 24 diretrizes gerais, constantes do Anexo à Portaria nº 688/GM/MME/2022, por uma minuta de Decreto já contemplando as “propostas para licitação ou prorrogação das concessões de transmissão de energia elétrica vincendas”.

Por sua vez, relativamente às concessões de distribuição objeto de privatizações a teor do art. 27 da Lei nº 9.074/1995 e com vencimento no período de 2025 a 2031, a regulamentação dos critérios e das condições para a sua eventual renovação – prevista para até o final do corrente ano, segundo informado pelo MME – poderia ser implementada mediante a abertura de consulta pública, pelo referido Ministério, já contemplando uma proposta de Decreto, e não apenas de diretrizes gerais para a sua elaboração, como recentemente sinalizado.

Como se vê, o instrumento e as condições para a prévia discussão de um projeto de Decreto de regulamentação de disposições legais, em processo de consulta e/ou audiência pública setorial estão ao alcance do Ministério de Minas e Energia, bastando apenas vontade e real comprometimento na sua realização, em homenagem, repita-se, aos “princípios para atuação governamental no setor elétrico” de que trata a Portaria MME nº 86/2018, especialmente em relação à “transparência e participação da sociedade nos atos praticados”, bem como à “previsibilidade” e “coerência”. O processo de discussão resultante se mostraria verdadeiramente inclusivo e aderente aos princípios de segurança jurídica e adequada governança regulatória.

3. O caminho alternativo da adoção de projetos demonstração de eólica offshore dentre os que já pleitearam licenciamento ambiental, com duração limitada e regras mais flexíveis, como solução de conciliação das propostas do Executivo e do Legislativo Federal

Na busca de uma solução conciliatória e inclusiva, de caráter intermediário, capaz de promover a articulação entre política e segurança jurídica, assim como de evitar sinais confusos para investimentos e negócios na exploração do potencial eólico offshore – em face do paralelismo aparentemente sem a necessária sincronia entre as iniciativas (dos Poderes Executivo e Legislativo) de estabelecimento do marco legal e regulatório para essa tecnologia –, **adotam-se, na íntegra, as considerações, reflexões e proposições constantes do artigo intitulado “Adaptando Políticas em Tempos de Incerteza”, de autoria da Diretora do FGV-CERI Joisa Dutra, publicado em sua coluna no Broadcast Energia, edição de 11/10/2022.**

Confira-se:

“Broadcast Energia - 11 de outubro de 2022

Adaptando Políticas em Tempos de Incerteza

Background: ativismo político em tempos de incerteza

Passado o primeiro turno das eleições, o cenário da transição política se soma às incertezas que são a marca do nosso tempo. O Ministério de Minas Energia não está parado; ao contrário, tenta avançar as reformas. Publicou portaria sobre a abertura de mercado na alta tensão, estabelecendo 2024 como marco da liberalização completa nesse segmento. Na sequência, lançou consulta pública visando aprimorar proposta para flexibilizar critérios de contratação de energia elétrica no mercado livre para consumidores de baixa tensão em futuro não tão distante. Agregam-se a esses esforços, propostas de diretrizes para concessões de transmissão com contrato próximo de vencimento e de normas complementares para regulamentação da geração eólica offshore (EO) ou offshore wind (OW), tema deste artigo.

O atendimento dos compromissos de Net Zero, firmados por países que representam mais de 90% do GDP mundial, requer transformações radicais em nossos sistemas de produção e uso de energia. O Brasil já conta com uma enorme vantagem no conteúdo carbônico de sua matriz energética: a participação de renováveis é de 46% no mix de energia e mais de 80% da produção de eletricidade, contrastando com médias mundiais de 14 e 26%, respectivamente.

Apesar da nossa vantagem na participação de renováveis, interessa sempre a derivada ou tendência: não basta contar apenas com o que já temos. Precisamos avançar na inovação e adoção de tecnologias que fazem parte da próxima etapa de descarbonização em energia. A produção eólica offshore é uma das principais tecnologias que já estão disponíveis e próximas de alcançar viabilidade comercial.

Propostas legislativas e de regulamentação da geração eólica offshore no Brasil

Os Poderes Legislativo e Executivo trabalham para avançar em propostas para a geração eólica offshore. No início do ano, foi publicado decreto contendo diretrizes iniciais para a tecnologia. A

regulamentação complementar do Ministério de Minas e Energia (MME) é significativamente mais flexível que a versão mais adiantada de projeto de lei que tramita no Congresso Nacional.

A linha do Executivo tem como principal instrumento a cessão de uso dos espaços físicos em áreas de domínio da União. Essa cessão será formalizada por meio de contrato, que poderá ser oneroso ou gratuito - este último aplicável a atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. A cessão de uso pode ser planejada, caso em que o MME oferta áreas offshore (prismas) previamente delimitadas; ou independente, por iniciativa dos interessados em sua exploração, mas também sujeita a disputa. Obtida a outorga de autorização, a comercialização segue os mesmos moldes vigentes no setor elétrico.

No Congresso Nacional, tramitam dois Projetos de Lei: o PL 576/2021, de autoria do Senador Jean Paul Prates, já aprovado pelo Senado Federal; e o PL 3.655/2021, do Deputado Danilo Forte. Ambos são mais restritivos se comparados ao que pretende o MME, pelo que se desprende das CPs 134 e 135/2021.

A percepção de uma abordagem mais “flexível” preconizada pelo MME tem levado o setor a apoiar o avanço desta proposta de regulamentação. Argumenta-se que cerca de 170 GW já estariam com termos de referência em análise para licenciamento pelo IBAMA. Supostamente, a aprovação no Congresso seria muito morosa, comprometendo o avanço dos investimentos. Como solução de conciliação, seria desejável não esperar e pelo menos aplicá-la aos empreendimentos que já deram entrada no processo de licenciamento.

Talvez valha a pena buscar lições, em nossa experiência com adoção de novas tecnologias na geração de energia, ou mesmo fora do país, para entender como a inserção das eólicas offshore pode beneficiar a todos, além dos investidores que defendem a proposta do MME.

Em busca de uma proposta conciliatória e inclusiva

Anadon e coautores (2022) lançaram recentemente documento que discute princípios de formulação e política para a transição energética. Seu argumento é de que a transformação estrutural requerida no setor de energia demanda respostas de política mais robustas e coordenadas entre múltiplos domínios e níveis ao redor do mundo. Muitos dos princípios, modelos e ferramentas de tomada de decisão tradicionais de política industrial são aplicáveis ao contexto de mudanças marginais ou incrementais, destinadas a tecnologias que já atingiram certa estabilidade. Tais conceitos demandam adaptação em um ambiente que requer inovação mais abrangente e mudanças estruturais, caso da transição energética.

Infelizmente não caberia nesse espaço uma discussão mais ampla da importância de como adaptar a formulação de política para avançar em inovação e mudanças estruturais compatíveis com os requisitos da ET (Energy Transition). Mas fica a mensagem de que não apenas as tecnologias demandam adaptação: também a formulação de política e a governança recomendam revisão para acelerar a transformação almejada e necessária. Uma síntese das análises, contudo, nos ajuda a avaliar as propostas em discussão no Executivo e no Legislativo.

Anadon argumenta que em tempos de objetivos arrojados e incertezas, não é suficiente adotar uma mera postura de neutralidade tecnológica. A simples ação das forças de mercado não tem se mostrado suficiente para reduzir emissões de gases de efeito-estufa na velocidade necessária. Além do mais, algumas políticas desenhadas para neutralidade conferem vantagem a quem já está no mercado. Veja-se, por exemplo, o grande volume de subsídios para combustíveis fósseis,

que são ainda mais difíceis de enfrentar em tempos de crise energética. Logo, é importante conhecer esses vieses, fazendo escolhas de modo transparente.

A tradução desses princípios para o OW recomenda desenhar políticas e regulação que permitam reduzir custos ao criar “demand-pull” por inovação. E coordená-las com pesquisa, desenvolvimento e demonstração (PD&D). Essa é a fase em que a EO se encontra.

Para além da experiência internacional, podemos buscar em nosso passado lições para facilitar o caminho da EO.

O Programa de Incentivo a Fontes Alternativas (PROINFA) foi um passo importante para o aumento e a diversificação das fontes renováveis no país. Concebido em resposta à crise do racionamento de 2001-2002, o programa garantiu contratos de 15 anos (a partir da entrada em operação comercial) para um conjunto de novas tecnologias, com custos repassados às tarifas dos consumidores (mecanismo chamado Feed-in Tariff).

Os custos dessa contratação eram maiores que os resultantes dos leilões que vieram depois, mas viabilizaram a implantação de 3 GW de capacidade instalada. Houve erros e acertos, sem dúvida. Passadas duas décadas de seu início, as fontes renováveis biomassa, eólica, PCH e solar atingiram maturidade e têm preenchido espaço importante da contratação e dos investimentos em energia. E permitiram acelerar o financiamento comercial no ambiente livre, constituindo-se em peça fundamental do funcionamento do setor.

Somando os ensinamentos de Anadon (princípios para adaptar políticas) com nossa experiência de diversificação em tecnologias de geração renovável, talvez o melhor caminho para avançar na OW seja desenhar um regime de demonstração de escopo limitado. A fase de demonstração poderia fazer uso da proposta do MME, que seria aplicada a uma fração reduzida dos projetos que já pleitearam licenciamento ambiental.

Será que é razoável garantir a esses (muitos) 170 GW os benefícios de um regime mais flexível, quando a legislação ainda está pendente de aprovação, significando na prática criar uma solução ineficiente? Corre-se o risco de viabilizar assim um mercado de direitos e licenças que beneficiariam aqueles que aplicaram na frente, sem necessariamente atrair investidores mais dispostos e aptos a empreender. (Veja-se a referência às “usinas de papel”, empreendimentos com outorga e contrato, que não foram construídas ou aos sucessivos casos de empreendedores que falham em implantar a tempo os investimentos com contrato em tecnologias viáveis). Nesse ínterim, teríamos oportunidade de avaliar como adaptar de modo abrangente e articulado políticas e regulação para investimentos em OW. E caminhar para, em um futuro não distante, contar com EO nos leilões de cessão de áreas e/ou de energia, que se espera representem a maior parte da contratação dessa tecnologia (Referência).

Considerações finais

A complementação das diretrizes do Decreto 10.946/2022, submetida a consulta pública, conta com grande apoio dos agentes de geração do setor elétrico. O atraso comum na aprovação do CN seria um dos argumentos para favorecer a proposta do Poder Executivo. De acordo com esta, a aplicação de regras mais flexíveis alcançaria também o conjunto de empreendimentos que já deram entrada no licenciamento ambiental, com potência da ordem de 170 GW - mais de 90% da capacidade instalada atual de geração de eletricidade no país.

OW é tecnologia que avança, mas cujos tempos e volumes de investimentos envolvidos demandam propostas articuladas de política e segurança jurídica. O Congresso sinaliza que tem

pressa e não tardará a agir. Essa é a disposição do Senador Jean Paul e do Deputado Danilo Forte, que integram a próxima legislatura.

Uma solução de compromisso seria definir um montante reduzido (5% do que deu entrada no IBAMA ou outro percentual que faça sentido) para avançar em projetos demonstração que ajudem não apenas a entender melhor o potencial tecnológico da OW, mas também como desenvolver política, regulação e governança adequada para acelerar a EO no Brasil. Fica a dica”.

4. Contribuições específicas à minuta de Portaria sobre normas e procedimentos complementares relativos à geração offshore

Mesmo entendendo que as sugestões de encaminhamento propostas nas Seções 2 e 3 deste documento são estruturalmente mais adequadas para o estabelecimento do marco legal e regulatório da geração de energia elétrica offshore no Brasil, optamos por também oferecer, na forma das considerações constantes dos tópicos a seguir, contribuições específicas para eventual aprimoramento da minuta de Portaria submetida à presente CP.

4.1 Regime de Cobrança pelo Uso da Área Cedida ou pelo Direito de Uso de Bens da União e Critério de Julgamento da Licitação (incluindo experiências internacionais)

4.1.1 Decreto nº 10.946/2022 e minuta de Portaria da CP 134/2022-MME

Consoante o Decreto 10.946/2022, a cessão de uso será onerosa quando tiver por finalidade a exploração de central geradora offshore, formalizada mediante contrato, após licitação de prisms previamente delimitados pelo MME, sendo o critério de julgamento o maior retorno econômico pela cessão. Ainda segundo essa regulamentação, “a cessão de uso será gratuita quanto tiver por finalidade a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico”.

Quanto à onerosidade, o Decreto nº 10.946/2022 faz referência apenas ao “pagamento [do valor] devido à União, decorrente da ocupação ou da retenção da área”, observado o critério de julgamento (da licitação) do maior retorno econômico pela cessão do prisma.

A par de restringir o ônus a um único encargo (pagamento pela ocupação ou retenção de área), o referido ato regulamentar não oferece qualquer baliza ou referência que permita a avaliação de seu impacto e/ou a sua comparação com sistemas de onerosidade aplicáveis a atividades offshore, na geração de energia elétrica ou na produção de petróleo e gás natural, em nosso país ou no exterior.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, na intenção de estabelecer “diretrizes iniciais para a geração de energia elétrica offshore”, o Decreto 10.946 parece adentrar em área reservada à lei, ao optar por uma política pública com um único fator de onerosidade (“pagamento decorrente da ocupação ou da retenção da área”) e apenas um destinatário dos recursos arrecadados

(“União”), supostamente “em atendimento à previsão legal vigente nacional” (“uso de bem público”)¹⁹.

A título ilustrativo, menciona-se (como será comentado na sequência) que os PLs que visam disciplinar o aproveitamento energético offshore, em tramitação no Congresso Nacional, apresentam (com as devidas Justificações^{20,21}) propostas legislativas bem distintas da alternativa escolhida pelo Executivo, seja em termos dos parâmetros de onerosidade, seja em relação à

¹⁹ Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da Nota Técnica nº 85/2022/DPE/SPE, disponibilizada na CP nº 134/2022-MME:

“Neste projeto de lei, portanto, busca-se regular a exploração da geração de energia elétrica pela fonte eólica offshore e, dessa forma, estabelecer fundamentos e princípios para o respectivo marco regulatório desse segmento econômico”.

“Destaca-se que a geração de energia elétrica pela fonte eólica offshore tende a ser mais efetiva do que a eólica onshore, dada a potência e a constância dos ventos acima da superfície do oceano. Ademais, evita conflitos com as comunidades e entre elas, que, por vez, brigam para terem aos parques eólicos em seus territórios. Assim, o uso de cobranças excessivas de projetos que serão detalhados a custos de altos investimentos de estudos da área e etapas de licenciamento com prazo de elaboração extenso até a consecução da venda da energia poderá significar no aumento do custo do projeto. A aplicação da cobrança pelo uso bem público, em atendimento a previsão legal vigente nacional, deve considerar as especificações do desenvolvimento de um projeto offshore, principalmente as relativas ao tempo, custos envolvidos de acesso público para outras atividades e seu caráter de uso múltiplo. Portanto, deve ser prevista uma cobrança que não retarde ou impeça o desenvolvimento dos empreendimentos e ao mesmo tempo assegure o interesse público e competitividade”.

²⁰ Vide excertos da Justificação ao PL nº 576/2021 de autoria do Senador Jean Paul Prates:

“[...] a inexistência de um marco regulatório sobre a atividade no Brasil tem sido um entrave para a atração de investimentos no setor.

Neste projeto de lei, portanto, busca-se regular a exploração da geração de energia elétrica pela fonte eólica offshore e, dessa forma, estabelecer fundamentos e princípios para o respectivo marco regulatório desse segmento econômico”.

“Destaca-se que a geração de energia elétrica pela fonte eólica offshore tende a ser mais efetiva do que a eólica onshore, dada a potência e a constância dos ventos acima da superfície do oceano. Ademais, evita conflitos com as comunidades e entre elas, que, por vez, brigam para terem aos parques eólicos em seus territórios, ou que não a suportam devido aos problemas provocados pelo funcionamento das unidades geradoras (em função, por exemplo, de incômodos de natureza sonora e aspectos visuais indesejáveis)”.

²¹ Vejam-se os trechos a seguir da Justificação ao PL nº 3.655/2021 de autoria do Deputado Danilo Forte:

“[...] o ordenamento pátrio ainda não dispõe de marco regulatório próprio para a geração de energia a partir da instalação de centrais eólicas e solares em área marinha, de modo a atender a todas as suas especificidades.

Assim, a presente sugestão vem atender a anseios de empreendedores nacionais e estrangeiros que buscam maior segurança normativa para investimentos, bem como da própria Administração, que já se vê diante de requerimentos para outorga de autorização em projetos deste porte, sem que haja uma norma específica para este tipo de projeto [...].

[...] considerando que impor ônus excessivos em relação às contrapartidas devidas à União vai na contramão do objetivo legal da proposta, foram sugeridos critérios de repartição de valores a serem arrecadados pela Administração, bem como foram apresentadas as bases legais à elaboração de regulamento próprio para cálculo do pagamento pela ocupação do espaço público pelo particular.

O ideal, na verdade, é que nos primeiros anos os projetos de geração tratados nessa propositura fossem integralmente desonerados, haja vista que a instalação e implantação de projetos eólicos e solares em ambiente marinho, em comparação a projetos terrestres, serão invariavelmente mais onerosas ao investidor. Contudo, por se tratar de um bem público cedido a um particular, esta alternativa encontra vedação no disposto no § 5º do art. 18 da Lei nº 9.646, de 1998”.

distribuição dos valores arrecadados às autônomas Unidades da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

No detalhamento das condições de onerosidade da cessão de uso, de que tratam o § 1º do art. 5º, o inciso II do art. 11 e os incisos VI e VII do art. 19, todos do Decreto nº 10.946/2022, a minuta de Portaria objeto da CP 134/2022 (comentada na Subseção V.1 adiante) dispõe que “a metodologia para cálculo do valor (anual)²² devido à União pelo uso de bem público²³ será definida em Portaria específica do MME²⁴ [...], observadas as seguintes diretrizes:

I - ponderação do valor devido à União, considerando a área reservada ao uso público;

II - o período de elaboração dos estudos de potencial energético offshore e os cronogramas de implantação e de descomissionamento; e

III - estimativa da geração de energia elétrica na área reservada para uso do bem público, a partir de base de dados oficiais, quando disponíveis”.

Além de remeter a definição do valor a ser cobrado pela “ocupação ou retenção da área” a uma “metodologia para cálculo do valor anual devido à União pelo uso de bem público”, a proposta de Portaria dispõe que o MME editará essa “regulamentação específica” até 30/07/2023. Vale dizer, somente a partir desse evento ter-se-á condições de avaliar o impacto de custo desse fator e a sua comparação com outros sistemas de onerosidade da geração ou de outras atividades offshore.

Relativamente ao critério de julgamento da licitação para cessão de uso – de maior retorno econômico –, a ser definido em Portaria específica de diretrizes do MME, propõe a minuta de ato objeto da CP 134/2022-MME que tal critério “deverá incluir aspectos que valorem objetivamente os impactos positivos do empreendimento proposto nos principais setores envolvidos na cadeia, na geração de emprego e renda, ambientais e sociais, bem como dos valores ofertados pelo uso da área²⁵”.

Apesar da expressão “objetivamente”, os fatores sugeridos na minuta de Portaria para aferição do critério de maior retorno econômico se apresentam algo abertos e imprecisos, à exceção do valor ofertado pelo uso da área, podendo distorcer o resultado da seleção da melhor proposta no certame licitatório²⁶.

4.1.2 Projeto de Lei 576/2021 de autoria do Senador Jean Paul Prates

²² O art. 5º da minuta de Portaria propõe que o pagamento devido à União seja anual.

²³ O Decreto 10.946/2022 menciona apenas o “pagamento devido à União, decorrente da ocupação ou da retenção da área”, sem dizer que seria anual (inciso VII do art. 19), o qual, smj, não se confunde com uso de bem público, no sentido que lhe atribui o art. 7º da Lei nº 9.648/1998.

²⁴ Cf. o art. 38, essa regulamentação específica será feita até 30/07/2023.

²⁵ Aparentemente, o critério de julgamento seria uma ponderação entre fatores e respectivos coeficientes, entre os quais o preço ofertado pelo uso da área, o que permite inferir que o edital do leilão estabelecerá um valor mínimo para ocupação ou retenção de cada área.

²⁶ No caso do leilão de geração offshore da Enseada de Nova Iorque (New York Bight), realizado em fevereiro/2022, o critério de avaliação das propostas considerou os fatores oferta de preço (peso 70%), benefícios econômicos para os Nova Iorquinos (peso 20%) e viabilidade do projeto (peso 10%).

Por sua vez, o PL nº 576/2021 (aprovado pela CI do Senado) estabelece as seguintes participações governamentais obrigatórias, a serem previstas no instrumento convocatório e no termo de outorga (da concessão) resultante:

(i) bônus de assinatura, que terá seu valor mínimo indicado no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da outorga (de direito de uso dos bens da União). Seu pagamento poderá ser parcelado, sendo 30% no ato de assinatura do termo de outorga e o restante conforme as etapas de implantação do projeto de aproveitamento do potencial energético offshore;

(ii) participação proporcional, que será paga mensalmente, a partir da data de entrada em operação comercial, em montante não inferior a 1,5% da energia efetivamente gerada e comercializada relativamente a cada prisma energético.

Na comparação com os contratos de concessão (ou de partilha de produção) de E&P de petróleo e gás natural, observa-se, no modelo proposto no PL 576/2021, correspondência (qualitativa) nos componentes “Bônus de Assinatura” e “Participação Proporcional” (equivalente a “Royalties”). **Não se inclui, porém, no texto aprovado na CI do Senado, entre as participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478/1997, o “Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Área”²⁷, que também era prevista na versão original do referido PL²⁸.**

Ainda assim, é fundamental estabelecer mecanismo para evitar a retenção indevida (*hoarding*) e que não incentive a exploração da área em tempo hábil. A esse respeito, o marco aplicável à exploração de petróleo e gás (O&G) no país tem valiosas lições que devem ser consideradas no processo de regulamentação em tela. E não há que se falar na natureza distinta das contribuições da eólica offshore frente às atividades de O&G no tocante a emissões de gases de efeito estufa, pois à época em que desenhou o arcabouço para a exploração dessas indústrias se constituía em vetor de desenvolvimento econômico e social.

No PL 576/2021, o critério de julgamento da licitação de outorga do prisma levará em consideração, conforme disposto em edital, objetivamente, (i) o maior valor ofertado a título de bônus de assinatura; (ii) o maior valor ofertado a título de participação proporcional; e/ou (iii) a menor tarifa de energia elétrica ao consumidor do mercado regulado, quando pertinente.

Consoante o PL 576/2021, a distribuição das participações governamentais²⁹ será feita de acordo com os seguintes critérios:

²⁷ Como já mencionado, o Decreto nº 10.946/2022 (art. 19, VI e VII) prevê apenas, a título de onerosidade, “pagamento devido à União, decorrente da ocupação ou da retenção da área”.

²⁸ Em sua versão original, o PL previa as seguintes condições de onerosidade da outorga de autorização:

(i) bônus de assinatura, que terá seu valor mínimo indicado no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da autorização, devendo ser pago no ato da assinatura do termo de outorga;

(ii) pagamento pela ocupação ou retenção de área, mensalmente, a partir da assinatura do termo de outorga, fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do prisma energético, na forma da regulamentação;

(iii) participação proporcional, que será paga mensalmente, a partir da entrada em operação comercial, em montante correspondente a 5% da energia efetivamente gerada e comercializada relativamente a cada prisma energético.

²⁹ Também na sua versão original, o PL 576/2021 propunha a seguinte distribuição de participações governamentais:

- a) União: 100% do bônus de assinatura e 50% da participação proporcional;
- b) Estados confrontantes (áreas de instalações de conexão ao SIN): 12,5% da participação proporcional;
- c) Municípios confrontantes (áreas de instalações de conexão ao SIN): 12,5% da participação proporcional;
- d) Estados e Distrito Federal (geral): 10% da participação proporcional, rateados segundo critério adotado no FPE;
- e) Municípios (geral): 10% da participação proporcional, rateados segundo critério adotado no FPM;
- f) Municípios confrontantes (comunidades impactadas, tais como colônias de pescadores e ribeirinhos): 5% da participação proporcional para projetos de desenvolvimento sustentável e econômico habilitados pelo poder concedente da União.

O PL nº 576/2021 prevê também o investimento obrigatório pelo outorgado (de instalação offshore³⁰) do percentual em pesquisa e desenvolvimento (voltado para a geração de energia renovável e inovação no setor) de que trata o art. 2º da Lei nº 9.991/2000 (1% da receita operacional líquida). Tal encargo – que também é exigido nos contratos de concessão ou de partilha de produção do setor de óleo e gás – não era previsto na versão original do PL 576/2021.

4.1.3 Projeto de Lei 3.655/2021 de autoria do Deputado Danilo Forte

Ainda com relação à onerosidade, cabe destacar que o PL nº 3.655/2021 (de autoria do Deputado Danilo Forte) propõe pagamentos anuais pela ocupação do espaço físico em águas públicas federais (a partir da entrada em operação comercial do projeto), a serem distribuídos segundo os seguintes critérios³¹:

- I – 45% para os Estados;
- II – 45% para os Municípios;
- III – 3% para o Ministério do Meio Ambiente;

-
- a) União: 100% do bônus de assinatura e 30% da participação proporcional;
 - b) União/CIRM: 100% do pagamento pela ocupação ou retenção de área;
 - c) Estados confrontantes (áreas de instalações de conexão ao SIN): 25% da participação proporcional;
 - d) Municípios confrontantes (áreas de instalações de conexão ao SIN): 25% da participação proporcional;
 - e) Estados e Distrito Federal (geral): 10% da participação proporcional, rateados segundo critério adotado no FPE;
 - f) Municípios (geral): 10% da participação proporcional, rateados segundo critério adotado no FPM;
 - g) Municípios confrontantes (comunidades impactadas, tais como colônias de pescadores e ribeirinhos): 5% da participação proporcional para projetos de desenvolvimento sustentável e econômico habilitados pelo poder concedente da União.

³⁰ As fontes de energia renovável, incluindo a **eólica onshore**, são isentas desse encargo de P&D.

³¹ Esses critérios lembram a estrutura de distribuição da Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos (CFURH), de que trata a Lei nº 8.001/1990, diferindo apenas em relação aos percentuais destinados a Estados e Municípios (25% e 65%), bem como ao Ministério do Desenvolvimento Regional (em lugar do Ministério do Meio Ambiente).

IV – 3% para o ministério de Minas e Energia;

V – 4% para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).

4.1.4 Desenhos e Práticas internacionais relativas à geração offshore

Nos Estados Unidos, o “*Bureau of Ocean Energy Management and Enforcement (BOEMRE)*” é responsável por atribuir direitos de uso de áreas para exploração de eólicas offshore entre operadores concorrentes na Plataforma Continental Externa (Outer Continental Shelf – OCS), assim como faz hoje em relação aos direitos de extração de petróleo.

Nos estudos intitulados “*Auction Design for Wind Rights*” e “*Multiple Factors Auction Design for Wind Rights*”, de agosto e setembro de 2011, respectivamente, os pesquisadores Lawrence M. Ausubel e Peter Cramton, no âmbito de contrato com o BOEMRE, discutem o desenho de leilões para direitos de eólicas offshore (i) no qual o preço é o único fator de competição, e (ii) no qual múltiplos fatores são usados na avaliação de lances.

Referidos autores, consideram que “os melhores locais para instalação de fazendas eólicas offshore na Plataforma Continental Norte Americana são escassos. Para fazer o melhor uso de recursos escassos, é necessário implementar um mecanismo justo e eficiente para atribuir direitos de exploração eólica para companhias mais capazes de desenvolver projetos de geração de energia elétrica offshore. Os estados limítrofes, particularmente ao longo da costa leste, estão adotando ações agressivas para estimular o crescimento de um setor eólico offshore em seus territórios para alcançar suas metas de portfólio renovável enquanto nutre a infraestrutura de apoio onshore”.

Com base na metodologia proposta nesses estudos de Ausubel e Cramton, foi realizado em fevereiro/2022 leilão federal de cessão de 6 áreas para geração eólica offshore na costa dos Estados de New York e New Jersey [denominada “*New York Bight*”, com 488.000 acres (19.744 km²) e expectativa de capacidade instalada entre 5,6 e 7 GW] que arrecadou US\$ 4.4 bilhões em direitos de exploração, superando arrecadações anteriores³².

Esse resultado foi comemorado pelo Secretário de Interior dos EUA, Deb Haaland, ao dizer que “isso mostrou que o entusiasmo pela economia de baixo carbono chegou aqui para ficar”.

Os vencedores do certame são um mix de empresas e consórcios com expertises em energia eólica, petróleo e transmissão de energia, incluindo Atlantic Shores Offshore Wind Bight (EDF and Shell); Attentive Energy (EnBW and Total); Bight Wind Holdings (RWE and National Grid); Invenergy Wind Offshore (a Chicago-based firm); Mid-Atlantic Offshore Wind (Copenhagen Infr. Partners); and OW Ocean Winds East (EDP Renewables and ENGIE)³³.

No entanto, houve críticas por parte do CEO da Orsted Offshore North America, David Hardy, quanto ao modelo adotado no leilão, o qual teria sido uma “oportunidade perdida” para uma indústria que ainda está tentando desenvolver uma cadeia local de suprimento e gestão de custos”. Acrescentou que “o preço de geração eólica offshore em New Jersey e New York acabou

³² Financial Times – Renewable Energy – *Orsted’s North America chief says \$4.4bn wind auction was “missed opportunity”*.

³³ National Fisherman (NF), 25/02/2022 – *New York Bight wind auctions shatters U.S. records*.

de subir”, além de entender “que isto retardará a transição energética, ou ao menos a transição da energia offshore”.

Também na Europa, há intensa controvérsia em relação ao procedimento de licitação de áreas para geração eólica offshore. Desde 2020, o Governo Alemão vem tentando alterar o desenho de leilões de geração eólica offshore – baseado em Contratos por Diferença³⁴ –, com a introdução do mecanismo chamado de “second bidding component” (segundo componente do lance).

No caso de múltiplos participantes oferecerem propostas com subsídio zero (“zero subsidies”) para implantação de novas fazendas eólicas, o projeto de lei – de que resultou o Offshore Wind Bill (WindSeeG), de 05/11/2020 – previa a realização de uma segunda rodada na qual os licitantes deveriam apresentar lances de pagamento pelo direito de desenvolvimento de eólica offshore, sendo vencedor aquele que oferecesse o maior valor.

Denominado como “negative bidding”, esse mecanismo foi utilizado pela Dinamarca em seu último leilão de geração offshore, na fazenda eólica Thor, para cuja exploração o vencedor está pagando ao governo € 375 milhões pelo direito de desenvolvimento do projeto. A Holanda está convidando licitantes a pagar € 50 milhões em leilão de eólica offshore ora em processamento. Eles terão menor nota de avaliação se não oferecem pagamento a esse título. Presentemente, a Alemanha, inspirada pela Dinamarca, está buscando introduzir “negative bidding” para alguns de seus novos leilões de geração eólica offshore³⁵.

Segundo o CEO da WindEurope Giles Dickson, o instrumento de “*Negative bidding* em leilões de eólica offshore cria custos adicionais que têm de ser repassados para alguém – no caso, os custos resultantes seriam em última instância suportados pelos consumidores de energia, já consideravelmente onerados; ou ainda atribuídos pelos agentes da cadeia de suprimento do setor eólico, a qual já está operando com perdas.³⁶

Ainda de acordo com a aludida matéria, “Uma coisa é o governo cobrar dos empreendedores um valor razoável pelo arrendamento do espaço marinho que eles usam quando estão operando uma fazenda eólica e obtendo receitas por isso. Mas *negative bidding* impõe custos imediatos aos empreendedores durante o período de maior risco, quando eles estão construindo as fazendas eólicas, afundando dinheiro e nada ganhando de receita”. Fica claro, pois, que os próprios agentes não questionam a cobrança pela utilização e exploração de áreas marítimas para a geração de energia elétrica offshore, inclusive na fase de operação da central, mas apenas eventualmente quanto à parcela a ser despendida no ato da contratação ou durante a fase de implantação do empreendimento.

A natureza incipiente do emprego dessa tecnologia de produção de eletricidade no Brasil e o debate que se desenrola ao redor do mundo recomendam a adoção de uma postura conservadora na fase de demonstração, conforme referido na Seção 3. Oportunizar-se-ia assim avaliar o potencial tecnológico, promovendo adaptações nas políticas, na regulação e na

³⁴ Nos Contratos por Diferença, o governo paga aos empreendedores quando o preço de mercado está abaixo do preço do leilão, mas esses agentes pagam ao governo quando ocorre o contrário.

³⁵ Cf. Wind Europe – News, 23 May 2022 – “Negative bidding in wind auctions is bad for consumers and bad for the supply chain”.

³⁶ Idem à nota de rodapé anterior.

governança de suporte, sem abrir mão dos ganhos que podem ser obtidos pelos usuários de eletricidade em sentido mais amplo.

4.2 Tratamento aos processos de cessão de uso em tramitação e às outorgas anteriores para implantação e exploração de energia eólica offshore

A regra de transição para processos anteriores é de extrema relevância, tendo em vista a existência – segundo informado pela ABEEólica – de 170 GW³⁷ de capacidade instalada em projetos de geração eólica offshore com Termo de Referência para licenciamento ambiental atualmente em análise no IBAMA.

Nos termos do seu art. 20, o Decreto nº 10.946/2022 alcança os processos de cessão de uso em tramitação na data de sua entrada em vigor, que deverão ser adaptados para cumprir as suas disposições. Para tanto, os interessados deverão ratificar ao MME o seu interesse em relação aos prisms solicitados, quando poderão retificar as respectivas localizações.

Com efeito, um regime de transição que aplicasse aos 170 GW os direitos consignados no aludido Decreto geraria custos de transação, sobrecarregando o aparato da Administração, sem necessariamente incentivar os investimentos correspondentes. Esse tema é ainda mais relevante quando se considera que não há no modelo do setor elétrico uma arquitetura ainda capaz de absorver a eletricidade a ser gerada por essas centrais nessa escala - mesmo que se viabilizasse o *oftaker* - veja-se a esse respeito o cenário de referência para a expansão da geração centralizada no PDE/2031.

Já a minuta de ato submetido à Consulta Pública nº 134/2022-MME, a título de norma complementar ao Decreto 10.946/2022, dispõe, no ponto, que “as solicitações de ratificação e retificação³⁸ [...] serão avaliadas pela ANEEL quanto à continuidade do pedido de cessão de uso e necessidade de complementação das informações apresentadas, em conformidade com o atendimento das diretrizes e critérios apresentados nesta Portaria”.

Não há, porém, no Decreto 10.946/2022 ou na minuta de norma complementar, uma clara diretriz quanto à posterior submissão desses processos (adaptados) de cessão independente de áreas à licitação pública exigida pelo art. 17 do referido Decreto, e tampouco no tocante ao gradualismo na sua realização, com vistas a maximizar o valor por sua ocupação ou retenção.

Caso não seja este o tratamento a esse conjunto de requerimentos em tramitação, estar-se-ia legitimando a cessão direta de área de domínio da União, por valor mínimo, em violação ao disposto no § 5º do art. 18 da Lei nº 9.636/1998, o que é tão mais grave quando se considera o impressionante montante de até 190 GW de potência instalada em geração offshore.

Por seu turno, as outorgas para finalidades previstas na Lei resultante do PL nº 576/2021 e anteriores à sua entrada em vigor são válidas pelo prazo fixado no ato de outorga, desde que tenham sido precedidas de licitação³⁹.

³⁷ Informações disponíveis no portal do IBAMA ratificam a posição apresentada pela Associação. Tal montante representa aproximadamente 92% da potência total de geração de energia elétrica no país (185,4 GW – SIGANEEL – set/2022).

³⁸ Solicitações “que tenham sido apresentadas ao Ministério de Minas e Energia até a data de publicação da Portaria”.

³⁹ Consoante o art. 16 do PL nº 576/2021.

Entende-se, portanto, que, nos termos do PL 576/2021, o objeto de outorga de autorização anterior para exploração de central eólica offshore (acaso existente), para ser convalidado, teria que ser submetido a processo de chamada pública para identificação de outros eventuais interessados, em equivalência ao procedimento de oferta permanente, por solicitação de agente(s), de que trata o art. 7º do referido PL.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 3.655/2021 dispõe que “as outorgas de autorização concedidas anteriormente [...] permanecem válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato ou ato de outorga vigente”, não se estabelecendo qualquer condição de validade e/ou eficácia.

Dispensam-se maiores comentários em relação a essa proposição, que soa descabida, em face das considerações expendidas neste tópico.

Isso posto, sugere-se que seja explicitada, no Decreto nº 10.946/2022 e/ou em suas normas complementares, a exigência de licitação também para a cessão (independente) de uso de áreas com processo de licenciamento em tramitação no IBAMA.

4.3 Delegação de competências à ANEEL para realização de licitação de prismas energéticos

O Decreto 10.946/2022 dispõe que “o Ministério de Minas e Energia⁴⁰ poderá **delegar à Aneel** as competências para **firmar os contratos de cessão de uso** e para **realizar os atos necessários à sua formalização**⁴¹.

A seu turno, em seu art. 3º, a minuta de Portaria (CP 134/2022) detalha as competências a serem delegadas à ANEEL, conforme previsto no art. 21 do referido Decreto, propondo, no tocante à realização de atos necessários à formalização dos contratos de cessão de uso, as seguintes atividades (sem prejuízo de outras posteriormente identificadas):

I – recepção, análise e condução das solicitações apresentadas em procedimento de cessão de uso independente;

II – promoção da licitação pública dos prismas definidos pelo Ministério de Minas e Energia nos processos de cessão independente e planejada; e

III – definição da forma de apuração, pagamento e as sanções pelo inadimplemento ou mora ou bonificações relativos ao pagamento devido à União.

Conforme já observado (notas de rodapé 40 e 41), não parece haver respaldo regulamentar para se atribuir à ANEEL a operacionalização de licitação pública de prismas energéticos, na medida em que tal competência foi expressamente conferida ao MME pelos arts. 13 e 17 do Decreto nº 10.946/2022, sem prever subdelegação. Ademais, apresenta-se inadequada a interpretação de que a realização de licitação pública constituiria ato preparatório para a formalização dos contratos de cessão de uso, como denota o art. 21 do aludido Decreto.

⁴⁰ Tecnicamente a delegação à ANEEL deveria se dar por Decreto do Presidente da República, admitida a hipótese de que a cessão de uso de espaços físicos possa se enquadrar como procedimento para “contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos”, a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.427/1996, que define as competências da ANEEL.

⁴¹ Em princípio, parece que essa delegação se restringe a atos preparatórios para a assinatura dos contratos de cessão de uso, não envolvendo a realização do certame licitatório objeto de cessão de prismas. Conforme expressamente previsto nos arts. 13 e 17 do DECRETO, é do MME a competência para, periodicamente, promover processo de licitação pública.

Não se questiona, evidentemente, o mérito da delegação de competências à ANEEL para a promoção de leilões de cessão de áreas e a assinatura dos contratos correspondentes, aliás como ocorre em relação à operacionalização dos leilões de expansão da geração e da transmissão de energia elétrica, no SIN e nos sistemas isolados, por força de expressa previsão legal (arts. 3º, 3º-A §§ 3º e 4º) e 26 da Lei nº 9.427/1996; § 11 do art. 2º da Lei nº 10.848/2004; e art. 1º da Lei nº 12.111/2009) e/ou regulamentar (arts. 19 e 75-A do Decreto nº 5.163/2004).

O reparo diz respeito a aspectos formais, mas nem por isso desimportantes, os quais podem ser sanados mediante os necessários ajustes no Decreto nº 10.946/2022.

