



Eletrobras

Consulta Pública MME 116/2021

Em primeiro lugar a Eletrobras parabeniza as permanentes ações desse Ministério de Minas e Energia para a manutenção da atualidade do arcabouço regulatório e para a preservação da expansão do setor elétrico brasileiro, através da adoção de medidas tempestivas para tanto. Nesse sentido, visando contribuir para o tema tratado na Consulta Pública MME nº 116/2021, que traz à discussão pública o Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica (POTEE) 2021 - Ampliações e Reforços - Rede Básica e Demais Instalações de Transmissão, tratado pela Nota Técnica nº 133/2021/DPE/SPE e seus anexos, vimos apresentar manifestação acerca da matéria em questão.

Como conhecido, as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, tal como tratado pelo artigo 13, parágrafo único, e da Lei nº 9.648/1998, são objeto de proposta apresentada pelo ONS ao Poder Concedente para inclusão no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão e é esse planejamento que, em atendimento aos princípios da transparência e da publicidade, é objeto de debate nesta Consulta Pública.

Posteriormente, tal como previsto no artigo 6º, § 1º do Decreto nº 2.655/1998, as obras indicadas devem ser objeto de resolução autorizativa pela ANEEL, mediante a definição de receita prévia calculada em conformidade com custos-padrão definidos pela própria Agência.

Ocorre que, embora esse mecanismo seja um modelo consolidado no arcabouço jurídico-regulatório do setor elétrico brasileiro, o anexo I à Nota Técnica nº 133/2021/DPE/SPE traz uma preocupante e indesejável inovação, ao propor 4 itens de reforços como "reforço/aditivo", indicando admitir uma possibilidade ventilada no processo 48500.002828/2021-21, em curso na ANEEL, no sentido de que a concessionária celebre aditivos contratuais para aumento de quantidade, segundo regime contemplado no artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, o que é um equívoco, por diversos fundamentos que passamos a expor.

Primeiramente, há que se apontar que o artigo 14 da Lei nº 8.987/95 remete expressamente à legislação relativa a licitações e contratações administrativas para aspectos relativos ao certame, de modo que os editais de leilão para a outorga de concessões de transmissão contém previsão expressa de aplicação da Lei nº 8.666/1993, todavia, o mesmo não ocorre com os contratos decorrentes desses leilões, que não indicam a Lei de licitações e contratos da administração pública como direta e expressamente aplicável.

É o que se verifica do preâmbulo dos contratos de concessão, que apontam as leis que regem tais negócios, sem indicar a Lei nº 8.666/93 como lei aplicável, como segue:

"CONTRATO que se regerá pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 852, de 11 de novembro de 1938, pelo Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, aprovado pelo Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, pelas Leis nºs 8.987, de 3 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.648, de 27 de maio de 1998, e 10.848, de 15 de março de 2004, pela legislação superveniente e complementar, pelos Decretos nºs 2.335, de 6

de outubro de 1997, e 2.655, de 2 de julho de 1998, pelas normas e regulamentos expedidos pelo PODER CONCEDENTE e pela ANEEL”¹

A indicação feita nessa cláusula transcrita tem total pertinência com princípio da especialidade, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 trata de contratação de bens, serviços e obras, e não de concessão de serviço público, de modo que caberia sua aplicação somente na hipótese prevista em seu artigo 124, ou seja, em aspectos que não conflitem com a legislação específica. Portanto, sua aplicação às concessões é somente subsidiária, cabendo para o suprimento de lacunas.

Ocorre, contudo, que inexistem lacunas no caso em tela. A regulação setorial relativa à execução e forma de remunerar reforços é completa, abrangendo normas de 3 diferentes níveis hierárquicos: a Lei nº 9.648/98, Decreto nº 2.655/98, Resolução Normativa ANEEL nº 905/2020 e Sub-módulo 9.7 do PRORET, senão vejamos:

O artigo 13, parágrafo único, e da Lei nº 9.648/98 estabelece que:

“Art. 13. (...) Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS:

(...)

e) propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os **reforços dos sistemas existentes**, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão;” (Grifamos)

O artigo 6º, parágrafo primeiro do Decreto nº 2.655/98, por sua vez, aponta que:

“Art 6º Ressalvados os casos indicados na legislação específica, a atividade de transmissão de energia elétrica será exercida mediante concessão, precedida de licitação, observado o disposto no art. 3º deste regulamento.

§ 1º **Os reforços das instalações existentes serão de responsabilidade da concessionária, mediante autorização da ANEEL;**” (Grifamos)

Já o Módulo 3 das Regras de Transmissão, objeto da Resolução Normativa ANEEL nº 905/20, alinhado com esses dispositivos, aponta que reforços devem ser objeto de Resolução autorizativa da ANEEL como segue:

“4.1.2. Os REFORÇOS que constarem no Plano de Outorgas deverão ser implementados pelas correspondentes TRANSMISSORAS **mediante autorização da ANEEL com estabelecimento prévio de receita**, com exceção dos REFORÇOS referidos nas alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “h” não relacionados aos REFORÇOS referidos nas alíneas “a”, “b”, “c” ou “i”, que terão suas correspondentes receitas estabelecidas no reajuste de RECEITA ANUAL PERMITIDA – RAP subsequente à sua entrada em operação comercial.” (Grifamos)

Por fim, o Sub-módulo 9.7 do Proret discrimina, ainda, que a receita a ser definida pela ANEEL tomará como base custos-padrão, contidos primariamente em banco de preços elaborado pela Agência, como segue:

¹ Usado exemplificativamente o contrato de concessão nº 15/2021 – ANEEL.



“11. **A parcela adicional de RAP associada aos reforços** e às melhorias referidas no § 2º do art. 2º da REN nº 443/2011 **é calculada com base em parâmetros regulatórios e em custos-padrão**. No caso de melhorias será avaliado se a receita atual já contempla a parcela associada ao empreendimento ou se há necessidade de estabelecimento de parcela adicional de receita.”

Vistos os ditames legais e normativos sobre o tema, é possível verificar que não há lacuna normativa a atrair a aplicação da Lei nº 8.666/93, ao contrário, impô-la seria uma violação ao seu próprio artigo 124, ao forçar uma aplicação substitutiva, e não subsidiária às regras específicas aplicáveis ao tema.

Para além disso, é importante notar a respeito desse tema que tampouco há lacuna no instrumento contratual, posto que os contratos de concessão de transmissão apontam a via estabelecida em regulação específica - a autorização de reforços pela ANEEL com o estabelecimento de receita prévia - como a via adequada a ser adotada para a execução e remuneração de reforços realizados pela transmissora. É o que consta da cláusula abaixo, extraída a título exemplificativo do contrato de concessão nº 15/2021 - ANEEL²:

“CLÁUSULA OITAVA (...) Terceira Subcláusula – As receitas decorrentes dos REFORÇOS ou MELHORIAS ou INSTALAÇÕES DE CONEXÃO, inclusive aquelas relacionadas a novos padrões de desempenho técnico determinados pela ANEEL, decorrentes de regulamento ou autorizadas por resolução específica, serão revisadas, periodicamente, nas mesmas datas estabelecidas no caput desta Cláusula, nos termos da regulação expedida sobre a matéria.

O contrato estabelece que a receita decorrente de reforços será objeto de autorização por resolução específica (enquanto as melhorias decorrem de regulamento, no caso as Regras de Transmissão, Módulo 3 - Instalações e Equipamentos, além dos Submódulos 9.1 e 9.2 do PRORET), e não de aditivo contratual fundado no artigo 65 da Lei nº 8.666/93. Tal condição é reforçada pela seguinte cláusula do mesmo contrato:

“CLÁUSULA OITAVA (...) Décima Primeira Subcláusula – A TRANSMISSORA deverá executar REFORÇOS e MELHORIAS nas INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO objeto deste CONTRATO, nos termos da regulação específica, auferindo as correspondentes receitas a serem estabelecidas pela ANEEL.

O contrato não determina que a transmissora deverá admitir alteração quantitativa ou mesmo qualitativa na forma da Lei nº 8.666/93, que propugna regras para acréscimos mediante aditivos contratuais. Em direção oposta, justamente determina que tais obrigações da contratada obedecerão a regulação específica, ou seja, a Lei nº 9.648/98 e Decreto nº 2.655/98, a Resolução Normativa ANEEL nº 905/2020 e Sub-módulo 9.7 do PRORET. Estipula, assim, que reforços sejam realizados mediante resolução autorizativa com fixação de receita prévia pela ANEEL.

² O contrato em questão foi citado como exemplo, mas diversos outros contém cláusula com o mesmo conteúdo como o nº 30/2018 e 10/2019.



Eletrobras

Consulta Pública MME 116/2021

Importante ainda notar que os aspectos acima suscitados independem do estágio em que se encontra a execução do contrato de concessão, se ainda em fase de implantação do empreendimento ou já durante a execução do serviço de transmissão, em qualquer hipótese, não é aplicável a Lei nº 8.666/93 para a realização de aumento do contrato de concessão, sendo neste caso aplicável a Lei nº 9.648/98 e Decreto nº 2.655/98, a Resolução Normativa ANEEL nº 905/2020 e Sub-módulo 9.7 do PRORET.

Por todo o exposto, contribui-se no sentido de que seja modificado o anexo I da Nota Técnica nº 133/2021/DPE/SPE, a fim de que de onde consta "reforço/aditivo" passe a constar somente "reforço", dando pleno atendimento ao arcabouço jurídico-regulatório relativo ao tema.