

CONTRIBUIÇÃO DA ABRATE À CONSULTA PÚBLICA (MME) Nº 116 DE 14/10/2021

1. Contextualização

Em 13/10/2021 foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 557/GM/MME de 08/10/2021, por meio da qual o Ministro de Estado de Minas e Energia divulga, para Consulta Pública, o Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica (POTEE) 2021 - Ampliações e Reforços - Rede Básica e Demais Instalações de Transmissão, pelo prazo de 20 dias a contar de sua publicação.

Dessa forma, os interessados deverão apresentar suas contribuições à Consulta Pública nº 116/2021 – CP MME nº 116/2021, até o dia 03/11/2021

2. Nota Técnica nº 133/2021/DPE/SPE

A Nota Técnica nº 133/2021/DPE/SPE, disponibilizada na documentação, trata da abertura da CP MME nº 116/2021 para fins de “Recomendação para Aprovação e Publicação do Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica (POTEE) 2021 - Rede Básica e Demais Instalações de Transmissão (1ª emissão)”.

Nessa nota técnica tem-se que as indicações se referem a instalações de transmissão do Sistema Interligado Nacional (SIN), resultado da compatibilização dos relatórios:

- a) Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo do SIN - PAR/PEL 2020 ciclo 2021-2025), elaborado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS);
- b) Programa de Expansão da Transmissão/Plano de Expansão de Longo Prazo (PET/PELP) - Ciclo 2021 - 1º Semestre; e
- c) Relatórios de Estudos Para Licitação da Expansão da Transmissão, ambos elaborados pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

Além disso, informa que a compatibilização das obras foi promovida pela equipe da Coordenação - Geral de Planejamento da Transmissão (CGTR/DPE/SPE-MME) e as

indicações foram objeto de processo de Consulta Pública e consolidação entre EPE, ONS e ANEEL.

Nesse condão chama atenção a indicação de reforços em instalações da Rede Básica, a serem incorporadas ao SIN, por meio de termos aditivos contratuais, conforme descrito a seguir:

Referência	Classificação	Transmissora	Instalação	Descrição do Reforço
NT EPE/ONS*	Reforço / Aditivo	EKTT 7 - EKTT 7 SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SPE S.A.	SE MEDEIROS NETO II	2º ATF 500/230-13,8 kV (3 x 100 MVA 1Φ) e equipamentos associados
Ofício nº 0005/EPE/2021 Carta ONS – 0001/DPL/2021	Reforço / Aditivo	ELTE	SE MANOEL DA NÓBREGA	2º banco de transformadores monofásicos 230/88 kV – 3 x 75 MVA
EPE-DEE-NT-103/2021-rev0	Reforço / Aditivo	ACRE - TRANSMISSOR A ACRE SPE S.A.	LT 230 kV FEIJÓ - CRUZEIRO DO SUL, C1	Reator de Linha Manobrável 230 kV, 3x4,33 Mvar 1Φ (Terminal Cruzeiro do Sul)
PAR/PEL 2020-2024	Reforço / Aditivo		SE 500 kV Silvânia	3 Compensadores Síncronos de -300/ 300 Mvar cada, conectados ao barramento de 500kV por 3 módulos de conexão independentes

3. Indicação de Reforços por meio de Aditivo Contratual – Aspectos Jurídicos

Com relação à proposta de aditamento contratual para inclusão de obras de reforços em substituição ao regramento consolidado no segmento de transmissão que versa sobre a autorização de reforços nas instalações do SIN, a ABRATE apresenta as seguintes considerações.

- a. Nos contratos de concessão de transmissão licitados e na legislação vigente é expressa as obrigações das transmissoras de implementar reforços nas instalações de transmissão, nos termos da regulamentação específica, auferindo as correspondentes receitas a serem estabelecidas pela ANEEL.
- b. A regulamentação específica para autorização de reforços está disciplinada hoje nas Regras dos Serviços de Transmissão em seu Módulo 3, aprovada por meio da Resolução Normativa nº 905/2020, que trouxe os conceitos da Resolução Normativa n.º 443/2011 amplamente consolidada e aplicada pela ANEEL no setor de transmissão. Não houve qualquer alteração na regulação existente que previsse a implantação de reforços mediante aditivo ao contrato de concessão,

com fundamento na Lei Geral de licitações (Lei nº 8.666/93). Toda a regulação da ANEEL prevê a implantação de reforços mediante ato autorizativo.

- c. E este regulamento é claro ao estabelecer a sistemática aplicada aos reforços, que envolve o planejamento setorial das necessidades de reforços na rede elétrica a partir da interação de um conjunto de órgãos, tais como o Ministério de Minas e Energia – MME, a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, os agentes envolvidos e a própria ANEEL. Tal sistemática objetiva garantir que os reforços constantes no Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica – POTEE, publicado pelo MME, sejam implementados pelas concessionárias de transmissão mediante autorização da ANEEL com estabelecimento de receita, cuja metodologia de cálculo está prevista no submódulo 9.7 do PRORET. Além disso, a previsão de implantação de reforços mediante ato autorizativo minimiza, sobremaneira a insegurança de alterações unilaterais não previstas, quando da realização dos leilões, já que a regra não é essa.
- d. Como dito, tal regulamento vem sendo aplicado nas decisões colegiadas da Diretoria para os reforços na transmissão, seguindo o regime específico previsto na antiga Resolução Normativa nº 443/2011, a qual seguiu os termos da Lei nº 9.427/1996 e do Decreto 2.655/1998, seja para instalações já existentes, como para instalações licitadas em fase de implantação. Pretender a possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão, com base na Lei Geral de Licitações, fere a segurança jurídica das relações contratuais, tão bem reconhecida e enaltecida no segmento de transmissão.
- e. A proposta do POTEE apresenta a possibilidade dos contratos de concessão serem aditados para inclusão de novas obras não previstas quando da licitação de seus objetos, aplicando-se uma metodologia diferente daquela prevista no PRORET, justificando tal proposta na aplicação da regra contida no artigo 65 da Lei nº 8.666/93. No entanto, conforme Art. 124, a Lei nº 8.666/93 é a lei geral que deve ser aplicada aos contratos no que não conflitar com a legislação específica do regime de concessão de serviço público de transmissão. (grifo nosso)

- f. No caso, a legislação específica é a Lei Geral de Concessão nº 8.987/95, que estabelece, em seu art. 1º **que "as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos"**.
- g. O art. 23 do mesmo diploma legal prevê que, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, deve haver aquela relativa **"aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações"**.
- h. E não há, nos contratos de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica previsão sobre a possibilidade de alteração unilateral do objeto do contrato, durante a fase de implantação do empreendimento, fundamentada na Lei nº 8.666/93. A previsão existente diz respeito à obrigação e responsabilidade da transmissora, de realização dos reforços e melhorias, de acordo com a legislação e regulação existente. E não poderia ser diferente. A ausência de previsão acerca da alteração unilateral dos contratos de concessão, durante a fase de execução está concernente com a natureza do contrato.
- i. E é esse o entendimento da melhor doutrina acerca do tema:

"Inaplicabilidade do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666

*A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666. Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão."*¹

Observa-se que a forma de pagamento prevista na Lei 8.666/93 difere totalmente da remuneração pelo investimento, estabelecida na Lei de Concessões. Enquanto os contratos celebrados à luz da Lei nº 8.666/93 regem-se pelo pagamento tão

¹ Justen Filho, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Editora Dialética, São Paulo, 2003, p. 443.

logo o objeto da contratação seja concluído, nas concessões de obras públicas o pagamento é diluído durante todo o período da concessão, razão pela qual a forma de cálculo da remuneração do investimento difere totalmente do primeiro caso.

4. Remuneração dos Reforços por meio de Aditivo Contratual – Procedimento da ANEEL

Com relação à proposta de aditamento contratual para inclusão de obras de reforços em substituição ao regramento estabelecido e consolidado no segmento de transmissão e o tratamento em curso dado pela ANEEL, para estabelecimento da receita do investimento realizado, a ABRATE apresenta fatos para reflexão.

- a. A ANEEL está pretendendo para casos concretos de proposta de aditamento contratual, em curso, que sejam utilizados os mesmos parâmetros e premissas do plano de negócio da transmissora vencedora do certame, quando da realização do processo licitatório.
- b. Ocorre que, com relação ao investimento, a oferta de Receita Anual Permitida - RAP em um leilão para novos contratos de concessão de transmissão se apoia em 3 grandes pilares: i) otimização de investimentos com forte negociação com fornecedores do escopo previsto; ii) otimização financeira com estruturação especial para formação do custo de capital de terceiros, e; iii) otimização de desempenho com a previsão de antecipação das obras e ampliação do fluxo de caixa do contrato. À exceção de casos acordados entre as partes, qualquer alteração do escopo contratual só poderia se utilizar do deságio ofertado caso garantisse que todos esses pilares estejam rigorosamente mantidos.
- c. Assumir que o concessionário de transmissão estará sujeito aos mesmos parâmetros e premissas de seu plano de negócio quando da realização do processo licitatório, para fins de implantação de escopos adicionais ao Contrato de Concessão outorgados de forma extemporânea, resultará em um ambiente de insegurança regulatória e imprevisibilidade de negócio. Tais impactos no setor de transmissão de energia elétrica, que tradicionalmente se mostrou de grande

robustez regulatória, poderão sinalizar ao mercado vulnerabilidade às concessões vigentes e a novos potenciais investidores.

- d. Cabe destacar que, nos mencionados casos concretos, o MME incluiu as obras no POTEE como Reforços, para os quais a própria regulamentação prevê a metodologia a ser aplicada para incremento de receita, seguindo os procedimentos tarifários e o Banco de Preços de Referência, garantindo a modicidade tarifária à luz das regras contratuais e da regulação aplicável, que prevê o mecanismo de revisão tarifária deste investimento na revisão subsequente à entrada em operação, a partir da elaboração de Relatório de Avaliação de Ativos e de Conciliação Físico-Contábil, nos termos do Submódulos 9.1 e 9.2 do PRORET, assegurando assim uma remuneração justa do que efetivamente foi implantado pelo concessionário.
- e. Nesse sentido, quando há especificamente um processo regular já aplicado e consolidado na própria Agência, não se caracterizando qualquer omissão, ineficiência ou descompasso na regulamentação vigente que justifique a aplicação da lei geral, permitir a aplicação de interpretações regulatórias diversas do referido regramento, sem a devida existência prévia de um processo com participação ampla dos agentes, avaliação de impacto regulatório e mecanismos que garantam a análise detalhada das oportunidades, impactos e propostas a serem implementadas, afeta diretamente a segurança jurídica, a confiança legítima e o devido processo legal, princípios esses basilares do direito administrativo;
- f. É função indelegável do MME, como representante do Poder Concedente, aprovar as expansões do sistema elétrico, mediante processo licitatório e ou aquelas que serão objeto de autorização de reforço pela ANEEL, atribuição fundamental para a estabilização do processo;
- g. Destaca-se que no ambiente regulatório existe a pretensão de um diretor relator da ANEEL para que a Agência classifique uma obra tipicamente enquadrada atualmente como reforço, em obra a ser enquadrada para a celebração de aditivo

contratual de concessão, contrapondo aprovação do MME para que tal obra seja uma autorização de reforço.

- h. Como o assunto é polêmico na Agência, na reunião 36ª reunião de diretoria da ANEEL, uma diretora abriu divergência, sobre o endereçamento da obra para aditivo contratual, para seu enquadramento como obra de reforço, o que provocou a decisão do diretor geral em solicitar vistas do processo, que ainda está em análise.

5. Contribuição da ABRATE

Não é por demais lembrar que o sucesso alcançado atualmente nos certames de leilão de instalações de transmissão, é fruto de extenso diálogo com a sociedade, que propiciou ambiente regulatório favorável aos investimentos.

Rememore-se que em tempos recentes a instabilidade e insegurança criada pelos efeitos da MP 579/2012, afugentou os investidores e aqueles poucos que participaram de certame licitatório, exigiram maiores taxas de retorno sobre os investimentos realizados para compensar os riscos do negócio.

Em outras palavras, regras estipuladas com clareza permitiram e permitirão a atração de investidores, com resultados favoráveis aos consumidores face aos deságios verificados e é esse ambiente que deve ser preservado em estabilidade e segurança regulatória, a bem de assegurar a expansão responsável do segmento de transmissão.

Por fim, a garantia da previsibilidade e o tratamento coerente no âmbito das decisões do Poder Concedente, sendo o papel do MME de fundamental importância para o estabelecimento dessas condições, irá fomentar um ambiente de investimento no segmento de transmissão, pautado em um relacionamento duradouro e equilibrado.

Dessa forma, a ABRATE propõe que:

- a) O MME envolva a CONJUR para que essa consultoria jurídica emita parecer à luz da prática regulamentar e da regulamentação específica em vigor, sobre a possibilidade de se promover aditamento de contrato de concessão em vigor, para aumentar o escopo contratado e alcançar a inclusão de reforços sistêmicos

aprovados no POTEE, em empreendimentos licitados e com investimento em execução, sem a necessidade de alteração da regulação existente acerca do tema ou de alteração da redação dos contratos de concessão em vigor;

- b) Seja coibida a premissa da ANEEL, que por certo irá requerer a adoção da utilização dos mesmos parâmetros e premissas do plano de negócio da transmissora vencedora do certame, quando da realização do processo licitatório, no estabelecimento da RAP, nos casos de aditamento contratual para inclusão de reforços sistêmicos aprovados no POTEE, sem a devida concordância da transmissora;
- c) Que o MME continue sendo o ente de aprovação das obras que serão licitadas e aquelas que serão objeto de autorização de reforços, sem a possibilidade de reclassificação por parte da ANEEL.