



Na Mídia

26/10/2021 | [Canal Energia](#)

Aplicação da lei de licitações no setor de transmissão de energia elétrica. Pode?

Diretoria da ANEEL aponta para a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão para inclusão de obra de reforço com receita que contempla o deságio ofertado no leilão.

Rosi Costa Barros | Thaís Rato Tarelho | Laura Guzzo

No dia 28 de setembro de 2021 foi objeto de deliberação pela Diretoria da ANEEL um caso de grande notoriedade e controvérsia para o setor de transmissão de energia elétrica. Trata-se da discussão sobre a possibilidade de aplicação do Art. 65, inciso I e §1º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) para inclusão de obras reforços em instalações de transmissão objeto de contrato de concessão, ainda em fase de implantação dos ativos (ou seja, cujas instalações originalmente licitadas ainda não entraram em operação comercial), com receita correspondente observando o deságio ofertado em leilão para a obtenção da outorga.

O caso corresponde ao Processo ANEEL nº 48500.002828/2021-21, que versa sobre a instalação do segundo banco de reatores de barra 500 kV, 3×50 MVAr, na Subestação Silvânia, área de concessão da Silvânia Transmissora de Energia S.A (“STE” ou “Concessionária”). A nova instalação foi recomendada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (“ONS”) no âmbito do relatório “Planejamento Elétrico de Médio Prazo do SIN-PAR/PEL 2020-2024”, emitido em outubro de 2019, com o objetivo de evitar desligamentos de circuitos de 500 kV na região Centro-Oeste para controle de tensão, e indicada no Plano de Outorgas de Transmissão de Energia Elétrica, ciclo 2020 (emitido em fevereiro de 2021), mas não fez parte do objeto do processo licitatório que resultou na outorga do Contrato de Concessão à STE, que ocorreu em dezembro de 2020.

Diante da indicação do planejamento sobre a necessidade de realização da obra, foi instaurado, pela Superintendência de Concessões, Permissões e Autorizações de Transmissão e Distribuição da ANEEL (“SCT”), processo administrativo no qual se indicou a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão da STE com base no Art. 65, inciso I e §1º da Lei nº 8.666/1993. Em Nota Técnica, a SCT avaliou se a obra de reforço seria mais eficientemente provida, do ponto de vista legal, técnico e da modicidade tarifária, por: (i) processo de autorização de reforços, conforme disposto na Resolução Normativa ANEEL nº 905/2020 (“REN nº 905/2020”); ou (ii) por aditamento contratual, conforme a Lei nº 8.666/1993.

De acordo com a SCT, seria possível prever a inclusão dessa nova obra na concessão por meio de aditamento contratual, com base no Art. 65, I, §1º da Lei nº 8.666/1993, que permite a alteração unilateral de contratos administrativos até o limite de 25 % do valor inicial atualizado do contrato. E mais: concluiu que o acréscimo de valores decorrentes dessa instalação poderia ser calculado mediante a aplicação do deságio que foi ofertado pela outorga em leilão.

Em resposta, a Concessionária se manifestou de forma contrária à opinião da SCT, afirmando que não é possível adotar sistemática distinta daquela regulamentada de forma geral pela ANEEL e incorporada ao Contrato de Concessão.

Em suma, a Concessionária defende que, sob a ótica legal, os Decretos nº 2.655/1998 e 7.805/2012 regulamentam a sistemática de autorização para implementação de reforços nas instalações de transmissão e metodologia específica para definição da remuneração devida por tais reforços. No âmbito infralegal, destacou que a REN nº 905/2020 estabelece como regra que os reforços devem ocorrer com base em autorização e que a remuneração decorrente da implementação se dá conforme os Procedimentos de Regulação Tarifária (“PRORET”), que preveem que a parcela adicional de Receita Anual Permitida (“RAP”) referente aos reforços se calcula conforme parâmetros regulatórios e custos-padrão. No âmbito do contrato de concessão, a Décima Primeira Subcláusula da Cláusula Quarta e a Primeira Subcláusula da Cláusula Décima Sétima previram que reforços e melhorias nas instalações de transmissão se dão conforme regulação específica e mediante receita autorizada pela ANEEL.

Apesar de requerido pela Concessionária, a Procuradoria da ANEEL não se manifestou no caso. Pautado o processo para deliberação na Reunião da Diretoria da ANEEL do dia 28 de setembro de 2021, a minuta de voto do Diretor Relator Efrain da Cruz defende a aprovação do aditamento ao Contrato de Concessão nº 10/2021 para inclusão da Função Transmissão referente ao 2º Banco de Reatores de Barra 500 kV, 3x50 MVA, na SE Silvânia. Além de ratificar o posicionamento da SCT, entendeu o Diretor Relator ainda que “considerar a modicidade tarifária também é se aplicar e agir dentro dos limites legais do tema” e que “caso seja aditada a Outorga, os parâmetros de revisão de receita serão os mesmos já aplicados à Concessão e, caso a Transmissora apresente, lhe é prerrogativa requerer equilíbrio econômico-financeiro durante a vigência da concessão com as devidas comprovações”.

Durante a fase de discussão do caso, a Diretora Elisa Bastos apresentou manifestação divergente no sentido de que o posicionamento do Relator poderia, a longo prazo, significar um aumento de risco, receitas e lances ofertados nos próximos certames. Dessa forma, votou pela autorização do reforço pelas regras vigentes, prezando pela segurança jurídica regulatória. Por sua vez, o Diretor Geral André Pepitone pediu vista do processo e a Procuradoria da ANEEL se colocou à disposição para emitir parecer sobre o tema.

Sobre o caso em questão, pela ótica administrativista, é importante avaliar a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) em sua integralidade. É fato que a Lei de Licitações se aplica às concessões do setor elétrico reguladas pela Lei 8.987/1995, mas também é fato que o Art. 124 da Lei deixa clara que essa aplicação se dá de forma subsidiária e desde que “não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”. Assim, enquanto uma trata sobre uma norma que dispõe sobre contratação de obras, serviços, compras e alienações, a outra trata de forma específica sobre o regime da concessão de serviços públicos.

Isso significa dizer que, em havendo previsão específica na legislação setorial, é essa legislação que deve ser observada, em prevalência ao previsto na Lei nº 8.666/1993.

Ademais, analisando-se a legislação do setor elétrico, é evidente que estamos diante de um setor regulado repleto de especificidades que demandam regulamentação da matéria em âmbito infralegal pela ANEEL, seja ela de ordem

técnica ou jurídica. Nesse aspecto, a matéria relacionada à implantação de reforços e melhorias para instalações de transmissão tem ampla previsão legal e normativa.

Assim, a aplicação do art. 65, I e §1º da Lei nº 8.666/1993 ao caso da STE fere não apenas a legislação setorial, como também a própria Lei nº 8.666/1993, mais especificamente, o seu artigo 124.

A adoção desse posicionamento pela ANEEL, caso concretizado, infringe não apenas a legislação brasileira, como gera enorme insegurança jurídica aos concessionários e aos potenciais investidores no setor elétrico. Sobretudo no setor de transmissão, que demanda investimentos constantes para fazer frente ao plano de expansão da oferta de energia no País, dependendo do sucesso dos leilões de transmissão de energia para a viabilidade desse plano e segurança do sistema.

E, sobre esse aspecto, não é bastante rememorar a importância que tem se dado – seja no setor de energia elétrica como nos outros setores regulados – à qualidade regulatória, participação social no processo decisório e de regulamentação das agências. A inclusão de dez artigos que visam o aperfeiçoamento da tomada de decisão pública na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e a edição da Lei de Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019 são exemplos disso.

Ademais, a ANEEL, como órgão da Administração Pública, está vinculada à obrigação de atendimento de vários princípios do direito administrativo, dentre estes, os princípios da legalidade, segurança jurídica, modicidade tarifária e interesse público.

Adotar o posicionamento de alterar unilateralmente o Contrato de Concessão para incluir uma obra não considerada originalmente no momento de sua outorga, impondo o mesmo deságio ofertado nesse leilão para a definição da receita dessa nova instalação, quando existe norma específica no ordenamento regulando a inclusão de obras novas no Contrato de Concessão, fere não somente o princípio da legalidade e da segurança jurídica, mas também o princípio da modicidade tarifária e do interesse público.

Isso porque, tal insegurança jurídica pode afetar os preços dos próximos leilões de transmissão, com potencial redução dos deságios ofertados. Além disso, as regras atuais para inclusão de obras novas no Contrato de Concessão, mediante autorização de reforços ou melhorias, já estão desenhadas para a defesa prioritária da modicidade tarifária. A regra atual exige, por exemplo, que a receita das novas instalações autorizadas como reforços seja calculada, prioritariamente, com base no Banco de Preços da ANEEL, que estabelece preço para cada item que compõe a instalação. Tal previsão é garantia de que o custo para o consumidor final está balizado, sendo limitado pela regulamentação.

Esse modelo, além de ser o previsto na regulamentação, foi desenhado pela ANEEL para a proteção da modicidade tarifária, buscando incentivar a eficiência do concessionário, capturando maior benefício ao consumidor.

Mudar a regra do jogo sem previsão legal, além de ferir o princípio da legalidade e da segurança jurídica, atribui à regulação um conceito de oportunidade que não cabe no direito administrativo, ainda que sob a justificativa de atender a modicidade tarifária. Acaba sendo cobertor curto, pode até atender a modicidade tarifária de forma imediata, em uma situação específica, mas de forma não sustentável, pois a conta chegará para o consumidor mais adiante, que pagará a conta da insegurança jurídica promovida pelo regulador.

Rosi Costa Barros é sócia da área de energia e recursos naturais do Demarest; Thaís Tarelho é Advogada Sênior da área de energia e recursos naturais do Demarest; e Laura Guzzo é Advogada da área de energia e recursos naturais do Demarest

