

RADAR STOCHE FORBES - ENERGIA

Dezembro 2021

LEGISLAÇÃO

DECRETO REDUZ EXIGÊNCIAS PARA A OBTENÇÃO DE OUTORGAS DE GERAÇÃO ATÉ MARÇO DE 2022

Como é de conhecimento do setor, a Lei nº 14.120/2021, publicada em março, definiu, entre outros, o fim do desconto nas Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão/Distribuição - TUST/TUSD para alguns dos empreendimentos de geração por fonte renováveis.

Para tanto, ficou estabelecido, ainda, que a concessão do referido benefício permaneceria válida para todos os agentes que solicitassem outorga em até 12 (doze) meses contados da publicação da lei - *i.e.* até 02.03.2022 - e desde que todas as unidades geradoras entrassem em operação comercial em até 48 (quarenta e oito) meses contados da data da outorga.

A mesma lógica e prazos também se aplicam aos casos de acréscimo de capacidade instalada de geradoras já outorgadas.

Regulamentando o referido dispositivo, no último dia 14.12.2021, foi publicado o Decreto nº 10.893/2021 que determinou que, para a emissão das outorgas para atendimento aos prazos acima indicados, estará dispensada a exigência de apresentação de informação de acesso (i) emitida pela concessionária de distribuição de energia elétrica; ou (ii) pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico; ou (iii) pela Empresa de Pesquisa Energética quanto à viabilidade da conexão do empreendimento, conforme aplicável.

A referida exceção vale exatamente para os pedidos de outorga protocolados na Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL até o dia 02.03.2022 de modo a possibilitar a concessão do desconto na TUSD/TUST.

Trata-se de importante facilitador para os empreendimentos de geração ainda em

projeto de estudo/não outorgados e que pretendem garantir os citados benefícios.

Por fim, o referido Decreto prevê ainda que a ANEEL poderá promover, direta ou indiretamente, conforme as diretrizes

estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia, procedimento competitivo para a contratação de margem de escoamento para acesso ao Sistema Interligado Nacional.

PUBLICADA NOVA MEDIDA PROVISÓRIA PARA AUXÍLIO ÀS DISTRIBUIDORAS E MITIGAÇÃO DE AUMENTOS TARIFÁRIOS EM DECORRÊNCIA DOS EFEITOS DA ESCASSEZ HÍDRICA

No último dia 13.12.2021, foi publicada a Medida Provisória nº 1.078/2021 que dispõe sobre as medidas destinadas ao enfrentamento dos impactos financeiros no setor elétrico decorrentes da situação de escassez hídrica.

Em síntese, a referida MP autoriza que a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE destine recursos, arrecadados por meio de encargo tarifário, para a amortização de operações financeiras vinculadas a medidas de enfrentamento dos impactos financeiros no setor elétrico decorrentes da situação de escassez hídrica e dos diferimentos aplicados nos processos tarifários das concessionárias de distribuição anteriores à liberação dos recursos da operação financeira.

Adicionalmente, o texto prevê ainda que os encargos tarifários serão recolhidos via faturas de energia elétrica até a amortização das operações financeiras e abrangerão os custos administrativos e financeiros e os encargos tributários incorridos nas operações.

A Medida Provisória em questão repete um remédio já conhecido no setor elétrico para a atenuação de impactos tarifários, como ocorrido com a criação das chamadas Conta-ACR e Conta-COVID, com os valores sendo arcados, nos próximos anos, pelos consumidores regulados e por aqueles que migrarem para o Ambiente de Contratação Livre após sua publicação.

Ainda que se reconheça a relevância da medida em tempos de crise, é importante atentar para os impactos negativos da ausência de realismo tarifário bem como da pressão tarifária nos próximos anos.

Por fim, a Medida Provisória também dispõe sobre a possibilidade de se estabelecer a chamada bandeira tarifária extraordinária para a cobertura de custos excepcionais decorrentes de situação de escassez hídrica.

REGULAMENTAÇÃO SETORIAL

ANEEL APROVA REGRAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO

Além da Medida Provisória nº 1.078/2021, a ANEEL também publicou, nestas últimas semanas, a Resolução Normativa nº 952/2021 que, dentre outros, estabeleceu

as regras e condições para o reequilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de distribuição em razão dos impactos da pandemia.

As referidas regras, constantes do submódulo 2.10 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, dispõem sobre eventuais pedidos de Revisão Tarifária Extraordinária – RTE por concessionárias de distribuição que devem indicar (i) os fatos geradores; (ii) a evidência de desequilíbrio econômico-financeiro; (iii) o nexo de causalidade; e (iv) as iniciativas tomadas pela concessionária para equacionar o alegado desequilíbrio econômico-financeiro.

A norma prevê que serão passíveis de reequilíbrio (i) a perda de faturamento decorrente da redução de mercado; (ii) a perda de arrecadação decorrente do aumento da inadimplência; e eventualmente (iii) rubricas relativas a TUSD Fio A, Energia (inclusive perdas) e TE Transporte.

Os efeitos de eventual provimento dos pedidos de RTE só serão aplicados nos processos tarifários ordinários subsequentes, como componente financeiro remunerado pela taxa Selic.

Para além das regras sobre a RTE, a referida Resolução indica a parcela dos custos acessórios da Conta-COVID que ficará sob responsabilidade das concessionárias de distribuição bem como define a regra para o reconhecimento da exposição contratual involuntária das distribuidoras, também em razão da pandemia.

Em síntese, para este ponto, será avaliada a diferença entre a necessidade de energia/carga informada pelas distribuidoras no âmbito dos Leilões Regulados ou para as análises da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e o mercado efetivamente observado.

ANEEL APROVA RESOLUÇÃO SOBRE DIREITO E DEVERES DOS CONSUMIDORES

Na 46ª Reunião Pública da Diretoria de 2021, ocorrida no último dia 07.12.21, a ANEEL aprovou a simbólica Resolução Normativa nº 1.000/2021 que tem por objetivo consolidar as regras sobre os direitos e deveres dos consumidores de energia elétrica.

Esta Resolução vem substituir uma das mais utilizadas normas do setor, a Resolução Normativa nº 414/2010 e outras normas que tratavam de temas como bandeiras tarifárias, recarga de veículos elétricos e da ouvidoria das distribuidoras.

Dentre as principais mudanças citadas pela própria Agência, destacam-se: (i) a devolução em dobro no caso de cobrança indevida por parte da distribuidora; (ii) o período de até cinco anos para ressarcimento de danos a equipamentos elétricos; (iii) a redução dos prazos para execução de obras de conexão com a rede; e (iv) a compensação monetária em caso de descumprimento de prazos regulados ou suspensão indevida.

Por fim, em razão da complexidade dos temas envolvidos, foi previsto um

escalonamento temporal para a entrada em vigor dos dispositivos da Resolução, com início de vigência variando entre 31.03.2022 e 30.06.2023.

Sem dúvidas, trata-se de uma das mais relevantes alterações normativas deste

ano de 2021 e que contribuirá para o desenvolvimento do setor elétrico e o equilíbrio na relação entre agentes e usuários de serviço público.

ANEEL REGULAMENTA A IMPLANTAÇÃO DE USINAS DE GERAÇÃO HÍBRIDAS

Como destacado no Radar Stocche Forbes Energia de junho de 2021, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL vinha debatendo a regulamentação para o desenvolvimento e implantação de usinas de geração híbridas.

Na primeira semana de dezembro, foi publicada a Resolução Normativa nº 954/2021 que alterou uma série de outras normas da Agência de modo a possibilitar a implantação de usinas de geração que utilizem mais de uma fonte de energia.

No âmbito da referida Resolução foram definidos os conceitos de (i) Central Geradora Híbrida: instalação de produção de energia elétrica a partir da combinação de diferentes tecnologias de geração, com medições distintas por tecnologia de geração ou não, objeto de outorga única; e (ii) Centrais geradoras associadas: duas ou mais instalações, com a finalidade de produção de energia elétrica com diferentes tecnologias de geração, com outorgas e medições distintas, que compartilham fisicamente e contratualmente a infraestrutura de conexão e uso do sistema de transmissão.

Também para estas as usinas, foi estendida a lógica atualmente vigente possibilitando a solicitação de Despacho de Registro do Requerimento de Outorga - DRO previamente à formalização do pedido de outorga.

Além de detalhar diversos outros pontos específicos sobre a conexão e uso das instalações de transmissão/distribuição, a norma também trata de questões relacionadas à medição com destaque para a obrigatoriedade de medição distinta para projetos híbridos ou associados em que pelo menos uma das usinas seja participante do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE ou objeto de despacho centralizado pelo Operador Nacional do Sistema - ONS.

Trata-se de relevante regulamentação editada pela ANEEL com potencial de trazer significativos benefícios na busca pela redução de custos e de maior eficiência para as geradoras de energia e para os sistemas de transmissão/distribuição.

CONSULTAS PÚBLICAS

ANEEL INICIA O DEBATE SOBRE AS REGRAS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA COM AGENTES DE OUTROS SETORES REGULADOS

Um dos temas de grande relevância técnica para o setor elétrico foi posto sob análise pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Trata-se da proposta de alteração da regulamentação do compartilhamento de infraestrutura por agentes regulados pela ANEEL, pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, mas que, em síntese, tem como questão mais relevante a ocupação e uso de postes pelos agentes de telecomunicações.

O tema foi inicialmente regulamentado de forma conjunta, ainda em 1999 - Resolução Conjunta nº 001/1999 - sendo objeto de alterações pela Resolução Conjunta nº 002/2001 e, especialmente, pela Resolução Conjunta nº 004/2014.

Esta última foi editada com o objetivo de solucionar a ocupação tida como desordenada pelas distribuidoras bem como garantir equilíbrio e competitividade no acesso às estruturas pelos agentes de telecomunicações.

Ocorre que, mesmo com definição do questionado preço de referência e de

regras para a remoção de cabos irregulares, a citada Resolução acabou por não solucionar o problema por inteiro.

Neste contexto, a ANEEL abriu a Consulta Pública nº 73/2021, cujo período de contribuições se estenderá até o dia 02.02.2022 - caminho semelhante deve ser adotado pela ANATEL - para obter subsídios para a Avaliação de Impacto Regulatório - AIR e da proposta de aprimoramentos da regulamentação.

Dentre os principais objetivos pretendidos pela ANEEL, destaca-se a necessidade de (i) garantir a regularização da ocupação dos postes de energia elétrica; (ii) definir as condições gerais para o compartilhamento de infraestrutura; e (iii) definir o preço para o compartilhamento destas estruturas.

Dada a relevância do tema, é de extrema importância a participação dos agentes de distribuição de energia elétrica nas discussões que, na condição de detentores da infraestrutura objeto majoritário do compartilhamento, podem trazer significativas contribuições para a segurança do sistema e para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

DECISÕES DA ANEEL

ANEEL APROVA AGENDA REGULATÓRIA 2022/2023

Ainda neste mês de dezembro, a ANEEL aprovou a agenda regulatória indicando os temas, regulamentações e alterações normativas que serão avaliados pela Agência nos anos de 2022 e 2023.

Além dos temas acima citados e detalhados nas outras edições do Radar Stocche Forbes Energia, destaca-se, a seguir, o que se entende de maior relevância/repercussão para o setor elétrico:

Setorial:

- i. aprimorar a Resolução Normativa nº 482/2012, que trata de micro e minigeração distribuída;
- ii. liquidação Financeira Simplificada dos Encargos de Uso do Sistema de Transmissão;
- iii. aperfeiçoamento da Resolução Normativa nº 843/2019, que trata dos critérios e procedimentos para a programação da operação e formação do PLD;
- iv. edição de regulamentação dos procedimentos para aporte, gestão e execução das garantias financeiras adotadas pela ANEEL como forma de assegurar compensação por eventuais descumprimentos das obrigações assumidas pelos empreendedores que atuam no Setor Elétrico;
- v. aprimoramento das Garantias Financeiras do Mercado de Curto Prazo;
- vi. aprimoramento da regulamentação de atos e negócios jurídicos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas de energia elétrica e suas partes relacionadas; e
- vii. aprimoramento da regulação sobre transferência de controle societário

Geração:

- i. aprimoramento da Resolução Normativa que trata do produto de Termos de Repactuação de Risco Hidrológico do Ambiente de Contratação Regulada - ACR já celebrados;
- ii. revisar a Resolução Normativa nº 409/2010, em vista do disposto no art. 24 da Lei nº 13.360/2016, que

impôs restrição à exclusão de empreendimentos hidrelétricos do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE;

- iii. revisão da Resolução Normativa 696/2015 que trata da segurança de barragens;
- iv. aprimoramentos na Resolução Normativa nº 875/2020, no tocante à outorga de autorização para exploração de aproveitamento de potencial hidráulico com características de Pequena Central Hidrelétrica - PCH e na Resolução nº 395/1998, que estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétricas;
- v. revisão da Resolução Normativa nº 583/2013, que estabelece os procedimentos e condições para obtenção e manutenção da situação operacional e definição de potência instalada e líquida de empreendimento de geração de energia elétrica; e
- vi. regulamentar o *Constrained off* de centrais geradoras solares fotovoltaicas e de centrais geradoras hidrelétricas.

Transmissão:

- i. aperfeiçoamento e consolidação das condições gerais do acesso ao sistema de transmissão, da conexão às instalações de transmissão e da contratação de uso do sistema de transmissão.



Distribuição:

- i. regulamentação da devolução de créditos oriundos da alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS aos consumidores;
- ii. aprimoramento da Resolução Normativa que estabelece critérios para cálculo dos montantes de exposição e sobrecontratação involuntária;
- iii. aprimoramento na regulamentação de estabelecimento de limites de continuidade do fornecimento de energia elétrica; e
- iv. (iv) aprimoramento na regulamentação da apuração das perdas técnicas regulatórias.

DECISÕES JUDICIAIS

STF RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI QUE PREVIA ICMS MAIOR SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Foi encerrado, no último dia 22.11.21, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139 de Santa Catarina, iniciado no mês de fevereiro, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e que foi objeto de pedido de vistas pelo Min. Dias Toffoli.

Como destacado no Radar Stocche Forbes Energia de fevereiro de 2021, trata-se de recurso extraordinário originado de ação judicial movida por empreendimento comercial – considerado um *leading case* sobre a seletividade do ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações – que questionou a Lei nº 10.297/1996 do estado de Santa Catarina que definiu em 25% a alíquota de ICMS incidente sobre fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações para determinados consumidores.

Em síntese, sustenta-se a aplicação do princípio da seletividade tributária pelo qual se indica que a alíquota de determinado tributo deva ser inversamente proporcional a sua essencialidade.

No caso concreto, a referida lei do estado de Santa Catarina definiu alíquota do ICMS

em 17% para operações em geral, enquanto, a alíquota para prestação de serviços de comunicações e para grandes consumidores de energia elétrica ficou estabelecida em 25%, definindo ainda a alíquota de 12% para consumidores de menor porte.

Em seu voto, o relator destaca que a Constituição Federal adotou a técnica da seletividade considerado o ICMS, facultando ao legislador estadual sua utilização.

Neste sentido, embora reconheça esta faculdade conferida ao legislador estadual, o Ministro concluiu que, em se adotando a técnica da seletividade, o critério não pode ser outro senão a essencialidade do serviço e ou mercadoria.

Ou seja, a partir do momento que se define pela diferenciação das alíquotas, defendeu ser obrigatória a observância do princípio da seletividade de modo a privilegiar os serviços e mercadorias considerados de maior essencialidade.

Diante disso, o Min. Marco Aurelio encaminhou seu voto no sentido de

determinar seja considerada, no caso, a alíquota de 17% também para o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, sob pena de não observância do princípio da seletividade tributária dada a essencialidade destes serviços.

Por sua vez, já no segundo voto do Min. Alexandre de Moraes, foi aberta divergência. Isso porque, embora o Ministro também tenha entendido pela aplicação do princípio da seletividade tributária, manifestou seu entendimento pela adequação da majoração da alíquota em 25% para consumidores de energia elétrica de grande porte em compensação à redução da alíquota para 12% para unidades de consumo reduzido.

Em síntese, o Min. Alexandre de Moraes defendeu que a aplicação da alíquota de 25% para o empreendimento comercial decorreria da aplicação conjunta dos princípios da seletividade tributária e da capacidade contributiva, ao ponto que

também havia a previsão da alíquota de 12% para consumidores de pequeno porte, votando pela adequação da cobrança da alíquota de 25% para o consumo de energia elétrica para o empreendimento comercial.

Acompanharam o voto do relator os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Nunes Marques, sendo vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso.

Dessa forma, por 8 votos a 3, foi reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 10.297/1996 que, por ter se dado em âmbito de Recurso Extraordinário, tem efeito apenas entre as partes do processo.

De toda forma, foi reconhecida a repercussão geral da decisão, que vincula futuras decisões Poder Judiciário, inclusive de ações diretas de inconstitucionalidade.

Contatos para eventuais esclarecimentos:

PAULO CÉSAR TEIXEIRA DUARTE FILHO
E-mail: pduarte@stoccheforbes.com.br

BRUNO GANDOLFO
E-mail: bgandolfo@stoccheforbes.com.br

MARIANA SARAGOÇA
E-mail: msaragoca@stoccheforbes.com.br

CAROLINE DIHL PROLO
E-mail: cprolo@stoccheforbes.com.br

EMILIO PESCARMONA GALLUCCI
E-mail: egallucci@stoccheforbes.com.br

FREDERICO ALVES DE OLIVEIRA ACCON
E-mail: facon@stoccheforbes.com.br

BEATRIZ MARCICO PEREIRA
E-mail: bpereira@stoccheforbes.com.br

CAIO MOLITERNO DE MORAIS
E-mail: cmorais@stoccheforbes.com.br

MARIANA MARTINS KUBOTA
E-mail: mkubota@stoccheforbes.com.br

STOCHE FORBES

A D V O G A D O S

O Radar Stocche Forbes – Energia, um informativo mensal elaborado pela área de Energia do Stocche Forbes Advogados, que tem por objetivo informar nossos clientes e demais interessados sobre os principais temas que estão sendo discutidos atualmente nas esferas administrativa e judicial, bem como as recentes alterações legislativas e regulamentares no âmbito do setor de energia brasileiro.

Esse boletim tem caráter meramente informativo e não deve ser interpretado como um aconselhamento legal.

www.stoccheforbes.com.br

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BRASÍLIA | BELO HORIZONTE