Pedro Costa Gonçalves

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Advogado

Equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica na sequência da Pandemia da Covid-19 e limites da gestão dos contratos pela ANEEL

[Parecer Jurídico solicitado por NEOENERGIA]

Coimbra, setembro de 2020

Pedro Costa Gonçalves (pedrocostagoncalves.eu) – Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal e na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Paraná (OAB-PR: inscrição n.º 64003). Sócio da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*. Presidente do *Instituto Jurídico da Comunicação* e Diretor do *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, ambos centros da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor de artigos e livros nas áreas do direito administrativo, da regulação pública e da contratação pública, destacando-se: *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Almedina, 2019; *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Almedina, 2020; *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013.

Nota – o texto que se segue está escrito em *língua portuguesa*, na versão de Portugal; respeita-se, porém, a versão brasileira do idioma sempre que se transcrevem fontes originárias do Brasil (*v.g.*, textos de legislação).

CONSULTA E QUESITOS

A empresa NEOENERGIA solicita o meu parecer sobre várias questões de direito público contratual e direito regulatório relacionadas com a situação jurídica em que se encontram as empresas concessionárias de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica na sequência da Pandemia da Covid-19, bem como por efeito de várias medidas adotadas pelas autoridades públicas brasileiras que, de forma direta ou indireta, produziram uma perturbação do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão.

Em especial, são os seguintes os **quesitos** a que o presente parecer procurará dar uma resposta

Primeiro Quesito: Ao fixar critérios para a realização de Revisões Tarifárias Extraordinárias (RTE) e, em particular, daquela RTE destinada à recomposição de impactos da Pandemia da COVID-19 ("*Coronavirus Disease 2019*") poderia a ANEEL valer-se de orientações doutrinárias alheias, distintas ou opostas ao direito positivo em vigor ou ainda eleger critérios discricionários que transcendessem a comprovação dos fatos alegados e dos índices utilizados para a revisão tarifária (§ 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96)? Nesse sentido, poderia a ANEEL negar o *status* constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de

concessão, contrariando o art. 37, XXI, da Constituição da República e o sentido que lhe atribuem os Acórdãos do STF listados em anexo?

Segundo Quesito: Durante a Pandemia da COVID-19, a ANEEL, por ato normativo unilateral (Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020), estabeleceu restrições à suspensão de fornecimento de usuários inadimplentes, alcançando, entre outras situações específicas, amplamente os consumidores residenciais e aqueles prestadores de serviços ou atividades essenciais. Tratou-se, portanto, de política pública que, independentemente de seus méritos, implicou alteração unilateral do contrato de concessão e impôs ônus aos concessionários (a exemplo da elevação da inadimplência corrente e do envelhecimento e menor probabilidade de cobrança de débitos já existentes). Nessa hipótese, é correto concluir que a própria natureza da política pública que resulta em oneração por alteração unilateral do Contrato de Concessão enseja, por si só, a recomposição integral de tais ônus, independentemente de quaisquer considerações sobre a alocação de risco contratual, da magnitude da oneração ou ainda de eventual repartição equitativa dos ônus da Pandemia? A mesma conclusão seria extraível de eventuais outras onerações decorrentes de alterações do Contrato de Concessão (ou da regulação da prestação do serviço) oriundas de atos do Poder Legislativo (federal, estadual ou municipal, a exemplo das várias

restrições legais impostas à suspensão de fornecimento a usuários inadimplentes) ou mesmo de decisões judiciais (a exemplo de decisões judiciais que determinaram faturamento exclusivo de quantidades de energia efetivamente consumidas e não das unidades contratadas, contrariando a disciplina vigente)?

Terceiro Quesito: O conteúdo do direito positivo – a exemplo da reserva legal constitucionalmente imposta à política tarifária e da natureza objetiva, restrita e vinculada da mera homologação (e não da aprovação), pela ANEEL, da comprovação dos pressupostos factuais de revisões tarifárias, conforme o § 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96) – bem como os demais dados, informações, opções e resultados do sistema normativo-regulatório (a exemplo do tratamento que assegurou, durante a Pandemia da COVID-19, a realização integral e a efetiva arrecadação das receitas de geradores, transmissores ou destinatários de encargos) podem eliminar, vincular ou condicionar a supostamente ampla "discricionariedade regulatória" da ANEEL na disciplina e/ou na aplicação de revisões tarifárias reconhecida pelo Parecer nº 00262/2020/PFANEEL/PGF/AGU com base em elementos quase que estritamente conceituais (e dotado tão somente de mínimas e genéricas considerações acerca do direito vigente)?

Quarto Quesito: Ainda que, *ad argumentandum* das razões anteriores, fosse admitida a supostamente ampla "discricionariedade regulatória" da ANEEL para a disciplina da revisão tarifária, é lícito afirmar que, ao assegurar, a geradores (sem garantia explícita de equilíbrio econômico-financeiro em sua atividade), transmissores e destinatários de encargos setoriais (a exemplo, da própria ANEEL), a integral realização e a efetiva arrecadação de sua receita em face da Pandemia da COVID-19 e dos atos estatais a ela contemporâneos, os atos da Administração Pública (incluídas a União, como Poder Concedente, e a ANEEL) estabeleceram um juízo sobre a recomposição desses impactos que não pode ser simplesmente diferenciado do tratamento reservado às concessionárias distribuidoras (ainda que a essas houvesse sido alocado o risco ordinário contratual de variação de mercado, e não o risco extraordinário e exógeno decorrente da Pandemia e dos atos estatais a ela contemporâneos)? A garantia constitucional, legal e contratual de equilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição não deveria assegurar-lhe, no mínimo, benefício não inferior àquele deferido aos agentes de geração desprovidos dessa mesma garantia – o que não poderia ser inobservado mesmo sob uma suposta "discricionariedade regulatória" da ANEEL na disciplina da revisão tarifária? A posição inferior imposta às concessionárias distribuidoras não implica uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, um

desvio de finalidade ou ainda uma prática abusiva entendida como excesso de poder (e extrapolação da restrita competência e do ato vinculado impostos à ANEEL pelo § 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96)? Nesse contexto, poderia a ANEEL, em face do disposto no § 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96, condicionar a realização da RTE (relativa a ônus e perdas já impostas à concessionária no período pretérito da Pandemia) à anuência com alteração de cláusula econômica do Contrato de Concessão unilateralmente formulada pela ANEEL que alterasse a disciplina contratual retroativa e proativamente (para neutralizar o risco de mercado), com saldo total provavelmente negativo para a concessionária? Nesse mesmo cenário e ainda à luz do disposto no § 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96, poderia a ANEEL condicionar a realização da RTE à exigência de um tal excesso de onerosidade que somente concessionárias em estágio pré-falimentar ou em circunstâncias absolutamente excepcionais e peculiaríssimas (alcançando, no máximo, 02, de um total de 64 concessionárias em todo o País)?

PARECER

Introdução: delimitação do âmbito do parecer e sequência

1 – A eclosão da Pandemia da Covid-19, como *facto anormal* e *imprevisível*, produziu consequências de variado recorte nas relações jurídicas, em especial, nas relações fundadas em *contratos administrativos relacionais, contínuos, de longa duração* – como são, tipicamente, os contratos de concessão de serviços públicos [1]. Entre outros, avultam, neste contexto, os impactos económico-financeiros da situação pandémica, a qual, por si mesma e sem outras considerações, pode ver-se qualificada como um acontecimento ou facto exterior à vontade das partes de um contrato que gera uma *alteração anormal das circunstâncias* em que as partes fundaram a decisão de contratar (vulneração ou alteração da *base objetiva do negócio*): assim, por exemplo, na medida em que provoque uma diminuição substancial da demanda dos bens ou serviços fornecidos por um concessionário ou a forte quebra da utilização de um serviço, a Pandemia representa um *facto anormal*, que, por força de elementares imperativos de justiça e de equidade, a ordem jurídica não pode ignorar ou desconsiderar; o impacto de um acontecimento como esse pode ter efeitos devastadores

[1] Sobre estes, cf. Pedro Costa Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999.

sobre uma determinada atividade e seria juridicamente insuportável que tais efeitos viessem a recair, na sua totalidade, sobre quem exerce essa atividade enquanto mero "agente" – isentando o "principal" de qualquer sacrifício ou atribuindo-lhe um sacrifício marginal, pouco mais do que simbólico [(2)]. Não pode ser, como decerto se compreende. E a aqui sustentada recusa da desconsideração do impacto de um fenómeno com essa magnitude nas relações contratuais de longa duração assume-se como um imperativo incontornavelmente postulado pelos princípios mais elementares de uma ordem jurídica baseada no princípio da justiça e, em especial, na justa distribuição dos sacrifícios.

2 – Mas, por outro lado, um pouco por todo o mundo, a Pandemia da Covid-19 colocou ao Estado a exigência e a responsabilidade de atuar em socorro dos cidadãos mais débeis e vulneráveis; em não poucos casos, os apoios e as "medidas de socorro" que o Estado implementou consistiram na fabricação de soluções excecionais ditadas pelo propósito de garantir aos cidadãos o acesso contínuo e a fruição de bens e serviços essenciais:

[2] Aludimos aqui à compreensão do contrato segundo a designada "teoria da agência" e ao conceito, subjacente, de "relação principal-agente": este remete para as relações que se desenvolvem num determinado horizonte temporal e que se baseiam num acordo entre pelo menos duas pessoas em cujo âmbito uma delas –*agente* (comissário) – se compromete a atuar no interesse de outra – *principal* (comitente) –, recebendo, em regra, uma compensação monetária em contrapartida.

também estas medidas – que, em rigor, são *consequenciais* em relação ao facto principal, o qual se assume, pois, como uma *causa* delas – podem gerar um impacto nos contratos administrativos de longa duração:

i) como *factos exteriores às partes*, caso em que os mesmos não se distinguem, no plano estritamente jurídico, do *facto principal* ou *causal*, no caso, a Pandemia;

ii) como *factos praticados por uma das partes do contrato*, cenário que, no regime do contrato administrativo, convoca a conhecida teoria do "facto do príncipe" ou da alteração unilateral do contrato.

3 – O presente parecer tem o propósito de enfrentar a consideração da Pandemia da Covid-19 como facto com relevância jurídica em contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica.

Sucede, todavia, que os problemas jurídicos que nos vêm colocados, e outros que estão subjacentes aos quesitos da consulta, não se esgotam nesse plano, da compreensão da relevância contratual da Pandemia. Isto é assim pelo facto de a atividade económica de distribuição de energia elétrica – legitimada, enquadrada e regulada por contratos administrativos de concessão – também estar exposta à intervenção de uma autarquia sob regime especial, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Esta "intromissão" da ANEEL processa-se a título de "gestão dos contratos de concessão" e corresponde, assim, pelo menos na aparência a uma forma

de combinação entre *regulação por contrato* e *regulação por agência* [(3)]: veremos que se trata, em rigor, de um modelo que combina a *regulação por contrato*, assente num contrato de concessão celebrado entre o Poder Concedente (a União) e a empresa concessionária, que confia a *gestão do contrato* a uma agência reguladora, a qual detém ainda competências pontuais de regulação da própria atividade.

Como acaba de se sugerir, e é fundamental para a exposição que se segue, a missão da ANEEL neste âmbito consiste, fundamentalmente, em desenvolver uma função de *gestão do contrato* e não, pelo menos de forma genérica, em *regular* a atividade de distribuição de energia elétrica. Seja como for quanto a este ponto, certo é que a intervenção da ANEEL na dinâmica da relação contratual tem de ser compreendida e enquadrada, desse logo quanto aos respetivos *pressupostos* e *limites*.

[3] Sublinha-se que em causa está a referência à conhecida intersecção entre *regulação por contrato* (contrato regulatório) e *regulação por agência*, cf., da nossa autoria, "Regulação administrativa e contrato", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 987 e segs. (em especial, p. 1017 e segs.); na literatura jurídica do Brasil, cf. Flávio Amaral Garcia, "A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências", in *Concessões, Parcerias e Regulação*, Malheiros, São Paulo, 2019, p. 133 e segs.; Lucas Navarro Prado/Denis Austin Gamell, "Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado", in Egon Bockmann Moreira (coord.), *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro*, 2.ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2019, p. 251 e segs.

4 – Como é suposto, o parecer procura responder aos quesitos indicados na consulta à luz das coordenadas do ordenamento jurídico brasileiro: a resposta a cada um dos quesitos será fornecida a fechar o parecer, e após a apresentação das conclusões do estudo empreendido.

Em termos substanciais, o estudo desenvolve-se ao longo de quatro capítulos, que se ocupam dos temas seguintes:

I – Gestão de contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: os limites da intervenção da ANEEL;

II – Alteração imprevisível da base negocial dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: restauração do equilíbrio contratual ou direito a um ressarcimento fundado no princípio da justiça;

III – Reposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões como efeito direto de políticas públicas que atingem os contratos;

IV – O tratamento discriminatório das concessionárias distribuidoras em relação a outros *players* do setor energético no cenário especulativo da existência de discricionaridade da ANEEL quanto à recomposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões;

O capítulo V inclui as conclusões e, a fechar, o capítulo VI contempla a resposta direta aos quesitos da consulta.

I – Gestão de contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: os limites da intervenção da ANEEL

I/A – Notas genéricas sobre o modelo legal de regulação económico-financeira da atividade de distribuição de energia elétrica

5 – Nos termos previstos na lei que a instituiu – Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com alterações posteriores, que tem ainda o escopo de disciplinar o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências –, a ANEEL "*tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal*".

Em concretização dessa *finalidade* ou *missão*, a Lei atribui à referida autarquia determinadas *competências*, de entre as quais destacamos a de *gestão* dos contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica: artigo 3.º, inciso III.

Embora possam suscitar-se algumas dúvidas sobre a extensão rigorosa da competência de *gestão dos contratos de concessão* [(4)-(5)], afigura-se indiscutível que a essa competência, genericamente enunciada, se podem reconduzir algumas das competências específicas que a Lei enuncia, como sejam as de: *(i)* fiscalizar as concessões, *(ii)* efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas

[4] Em geral, a *função de gestão ou de administração do contrato* – "*contract administration*"; "*contract management*"; "*amministrazione pubblica dei contratti*" – pode ser descrita como uma tarefa complexa que abrange as responsabilidades e as relações que se desenrolam no seio de uma relação contratual, e agrega, desde logo, todas as providências adotadas pelo contraente público (ou por alguém por ele mandatado) no sentido de *assegurar o cumprimento pontual* dos contratos celebrados. Em concreto, a gestão de contratos constitui, pois, uma missão multifacetada que abrange, além do mais, ações e medidas de *acompanhamento*, de *supervisão* e de *fiscalização* da execução do contrato público, bem como a tomada de decisões de natureza muito variada, que têm fundamento no contrato e que produzem efeitos jurídicos na relação contratual; da nossa autoria, pode ver-se "Gestão de contratos públicos em tempo de crise", in Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, CEDIPRE, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 5 e segs.; além disso, cf. J. Cibinic Jr./R.C. Nash, Jr./ J.F. Nagle, *Administration of government contracts*, Wolters Kluwer, 2006; Sorace (org.), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, 2013. Nos últimos anos, com a expansão do Estado Contratante, tem-se vindo a autonomizar institucionalmente a função de gestão de contratos públicos, com a instituição da figura do *gestor do contrato*.

[5] No caso da ANEEL, tudo parece indicar que à função genérica de gestão do contrato se reconduzem as competências de intervenção no contrato e na relação contratual que a lei lhe atribui, *excluindo-se* todas aquelas que a lei reserva ao Poder Concedente, à própria União (sendo certo que algumas destas podem ser *delegadas* na ANEEL).

sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato, e *(iii)* homologar as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, observados os resultados dos processos licitatórios.

6 – Não é certamente por um acaso que a legislação define com detalhe, e de uma forma discriminada, as competências em que se desdobra a sua responsabilidade de gestão dos contratos de concessão de serviço públicos de energia elétrica, como os contratos de concessão de distribuição. É que as atividades económicas a que esses contratos dizem respeito são *essencialmente* reguladas por eles mesmos, *id est*, pelos próprios contratos. Assim, em consideração dos dados do sistema, o que se pode dizer com segurança é que não está aqui em pauta uma espécie de fenómeno generalizado de "sobreposição" da *regulação por agência* a uma *regulação por contrato*. Quer dizer: *em regra*, a regulação da atividade de distribuição de energia elétrica tem fonte e natureza contratual [(6)]. É isto que se extrai,

[6] Há algumas *exceções* a essa regra geral: trata-se de casos em que a legislação atribui à ANEEL competências próprias de uma *agência reguladora em relação à atividade regulada*: é assim com as suas competências para: *(i)* estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e às permissionárias de distribuição, inclusive às cooperativas de eletrificação rural enquadradas como permissionárias,

com segurança, das opções legais: o modelo de regulação da atividade de distribuição de energia elétrica assenta em *contrato*, no *contrato de concessão* entre o Poder Concedente e a empresa concessionária (distribuidora). Na verdade, de acordo com esse modelo, é no contrato, em cada contrato de concessão, que se define, minuciosamente, o *fundamental* ou *essencial* da regulação do serviço público concessionado: eis precisamente o que, para lá de toda a dúvida, ocorre com o *regime económico-financeiro das concessões* – tema que aqui nos interessa especialmente –, pois, quer nos termos da lei, quer nos termos do contrato, é o contrato de concessão a definir as tarifas iniciais do serviço e é em função destes que se define o equilíbrio económico-financeiro da concessão. Assim, não sobram dúvidas de que a *regulação económica* da atividade de distribuição de energia elétrica é uma *regulação contratual*, fixada num contrato, que é vinculativo ou obrigatório para ANEEL. Esta autarquia até pode intervir no processo de

cujos mercados próprios sejam inferiores a 700 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos; *(ii)* estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; e ainda para *(iii)* estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica.

homologação das tarifas [7] e de *fiscalização* da aplicação das tarifas fixadas no contrato, mas irá necessariamente atuar sempre e apenas dentro dos quadros de estrita vinculação definidos no contrato, que é o instrumento de regulação por excelência dos preços destes mercados [8].

7 – O que acaba de se expor justifica e, além disso, permite perceber o que antecipámos no item da Introdução sobre o modelo de regulação económica da atividade de distribuição de energia elétrica: trata-se de um "modelo contratual", que combina a *regulação por contrato*, assente num contrato de concessão celebrado entre o Poder Concedente (a União) e o concessionário, que confia a função administrativa de *gestão do contrato* a uma agência reguladora.

[7] A *homologação* é um ato administrativo vinculado que, na sequência da verificação objetiva ("accertamento"), atesta que um ato ou uma situação preenche determinados *requisitos legais* exigidos para que se produzam determinados efeitos jurídicos – no sentido da homologação como "ato unilateral e vinculado", cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 32.ª ed., 2019, Editora Forense, p. 311.

[8] É certo que alguma doutrina alude à ANEEL (bem como a outras agências) como uma *agência reguladora de serviços públicos concedidos* – veja-se, neste sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Método, 2.ª ed., 2014, p. 95. Trata-se, porém, de uma formulação genérica, com um alcance classificatório, que não tem a pretensão de fornecer uma indicação segura sobre o facto de a agência desenvolver uma atividade de regulação *qua tale* e, muito menos, de sugerir qualquer ideia de sobreposição efetiva de uma regulação por agência a uma regulação por contrato.

Assim, a ANEEL vê-se investida de competências para proferir decisões com relevância direta na atividade das concessionárias distribuidoras de energia elétrica, mas – sem prejuízo das exceções de que demos conta – sempre e apenas no âmbito de uma função de *gestão do contrato*, e não de regulação económica dessa atividade [(9)].

8 – A circunscrição da intervenção da ANEEL a uma missão de gestão do contrato de concessão conhece uma consequência imediata: o que vai determinar e delimitar os termos e a extensão da intervenção da ANEEL é o *contrato*; com efeito, do que se trata é de adotar providências de *gestão do contrato*, as quais, pela natureza das coisas, haverão de ter como "ponto referencial" o disposto no próprio contrato.

9 – A última afirmação reclama uma explicitação sublinhada: o contrato de concessão de distribuição de energia elétrica não surge aqui como um "documento vazio", deliberadamente "incompleto" e "aberto", que cumpra a função de mero *título habilitante* para o exercício de uma certa atividade, a qual, depois, se vê submetida a uma regulação externa

[9] Para que não sobrem dúvidas, o modelo legal combina, como regra da sua estruturação, "regulação por contrato" com "gestão de contrato por agência reguladora" – assim, *em regra*, e sobretudo nos aspetos da regulação económica da concessão e da atividade concessionada, não existe qualquer fenómeno de intersecção entre regulação por contrato e regulação por agência.

(heterónoma) que atinge ou pode atingir, além do mais, os termos da remuneração de quem a exerce [10]. Não é isso que temos no nosso caso. De todo! O que existe é um modelo legal de regulação em que o regime económico e financeiro da concessão, os termos da "política tarifária" e, consequentemente, os termos da remuneração do concessionário (aspeto central no presente estudo) são estabelecidos no contrato de concessão ou, em qualquer caso, são fixados segundo as regras estritas e definitivas do contrato. Ou seja, numa palavra, os termos da regulação económica da atividade encontram-se definidos no contrato de concessão.

10 – No exato e preciso sentido que acabámos de indicar, veja-se o artigo 14.º, inciso I, da Lei n.º 9.427: "*o regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*". Por sua vez, o artigo 9.º desta Lei estabelece que "*a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no*

[10] Fala-se, neste contexto, de uma *regulação discricionária*, que resulta de ao regulador ser conferida um poder discricionário substancial, que lhe permite definir os preços e os *standards* dos serviços a prestar; cf. J.A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion* Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 30.

edital e no contrato". Ainda relevante, é o artigo 15.º, inciso I, da Lei n.º 9.427, que esclarece o conceito de "serviço pelo preço": "*entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas: I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública*.

11 – Em síntese, o modelo legal de regulação económico-financeira da concessão de distribuição de energia elétrica assenta numa *regulação por contrato* – regulação negociada, definida por consenso – pois é o contrato que fixa o regime *tarifário inicial* de acordo com qual o concessionário vai ser remunerado e que define os termos da equação económico-financeira da concessão.

Não há, nessa matéria, de delineação do regime económico-financeiro da concessão, qualquer espaço para a intervenção regulatória da ANEEL: na verdade, não existe outra fonte de regulação que não seja o contrato.

I/B – Exclusão de discricionaridade da ANEEL na adoção de decisões sobre o regime económico-financeiro dos contratos de concessão

12 – Se as coisas são como acabámos de concluir no ponto anterior quanto à *delineação inicial* do regime económico-financeiro da concessão, seria, no mínimo, muito estranho que outra coisa viesse a ocorrer no

desenvolvimento da atividade concessionada, designadamente em face das vicissitudes várias a que a mesma está exposta e que (tais vicissitudes) são suscetíveis de perturbar o equilíbrio económico-financeiro inicial em que assentou a celebração do contrato.

13 – Com efeito, não seria certamente inteligível um modelo legal que conferisse ao contrato – ao espaço de consenso construído entre o Poder Concedente e o concessionário – o exclusivo de referenciar a definição do equilíbrio económico-financeiro inicial da concessão [11] e, a seguir, viesse a soltar a rédea à agência reguladora para avaliar, segundo o seu critério e de forma unilateral, se e em que termos poderia haver lugar a uma restauração do equilíbrio económico-financeiro.

14 – Por essa razão, sem surpresa, o modelo legal de regulação não atribui qualquer discricionaridade à agência reguladora e, em vez disso, define até limites especialmente apertados à sua intervenção. De facto, o artigo 15.º, inciso IV, da Lei n.º 9.427 prevê que as tarifas do serviço sejam

[11] Como sabemos, o equilíbrio económico-financeiro do contrato assenta nas tarifas que o concessionário propõe no processo de licitação e que são fixadas no contrato: é o que se deduz imediatamente do artigo 9.º e do seu § 2.º: "os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de *manter-se* o equilíbrio econômico-financeiro" – o *manter-se* referencia o equilíbrio inicial; é este equilíbrio que se procura manter.

fixadas "*em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste*"; mas o preceito imediatamente acrescenta o seguinte "*nas condições do respectivo contrato*".

Logo aí, nesse *esclarecimento*, a Lei quer sublinhar que a autorização da ANEEL tem lugar nas condições definidas no contrato. Assim se reitera – insiste-se, sem surpresa – a prevalência total e absoluta da *regulação por contrato* e do *consenso* na regulação económico-financeira da concessão: nos termos da Lei, é o contrato que define o equilíbrio inicial e é também o contrato que define as condições de revisão das tarifas, para assegurar a manutenção daquele equilíbrio.

15 – Mas há mais. Prescreve o § 1.º do artigo 15.º da Lei n.º 9.427, que "a manifestação da ANEEL para a autorização exigida no inciso IV ... deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias a contar da apresentação da proposta da concessionária ..., *vedada a formulação de exigências que não se limitem à comprovação dos fatos alegados para a revisão ou reajuste, ou dos índices utilizados*" (itálico nosso).

Quer isto dizer que a Lei não se limitou a indicar que a autorização de novos valores tem de ocorrer nas condições previstas no contrato. Foi mais longe, e, de uma forma taxativa, proibiu ("vedada") a ANEEL de formular exigências que não se limitem à *comprovação* dos factos alegados ou dos índices utilizados. Trata-se, portanto, de excluir toda e qualquer

margem para, a pretexto ou como contrapartida de um aumento do valor das tarifas, a ANEEL vir a formular exigências ou condições de qualquer sorte [12].

16 – Estando em pauta um pedido de revisão tarifária apresentado pelo concessionário, a ANEEL tem o dever estrito de *comprovação* (objetiva e neutra) de factos e de índices e está taxativamente impedida de introduzir no seu processo de decisão quaisquer condições, fatores ou critérios que não os que se encontrem definidos na "lex contractus".

Tendo em consideração o exposto, não pode deixar de se interpretar com toda a cautela o artigo 6.º do Decreto do Presidente da República n.º 10.350, de 18 de maio de 2020, na parte em que confia a ANEEL a "avaliação" da "necessidade de recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos de concessão" [13]. Na verdade, lido na sua pura literalidade, o que se estabelece neste preceito está em colisão frontal com o modelo legal que descrevemos – constante da Lei que institui a própria

[12] A referida vedação corresponde, pois, a proibir a aposição de quaisquer cláusulas acessórias de *modo* ou de *condição* às decisões da ANEEL de autorização de novos valores das tarifas.

[13] Estabelece-se nesse preceito o seguinte: "a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição energia elétrica será avaliada pela ANEEL em processo administrativo, mediante solicitação fundamentada do interessado, na forma do respectivo contrato de concessão ou permissão e da legislação aplicável".

ANEEL e da Lei n.º 8.987/1995 – e que acolhe uma *prevalência absoluta da regulação por contrato*. Neste sentido, sob pena de violação clara e aberta do regime jurídico aplicável aos contratos de concessão e, portanto, dos próprios contratos e dos direitos dele emergentes, aquela referência do Decreto presidencial terá de ser objeto de uma interpretação que concilie o que nela se dispõe com as leis gerais de enquadramento da regulação económico-financeira das concessões, que, aliás expressamente, recusam qualquer espaço de *avaliação discricionária* da ANEEL em todas as matérias que toquem o regime económico-financeiro da concessão e confinam a intervenção da Agência a um mero exercício de comprovação objetiva de factos. É este o sentido do modelo legal erigido para a regulação dos contratos, que, naturalmente, não pode ser infringido ou posto em xeque por uma medida avulsa e desgarrada.

I/C – A ANEEL como autarquia; sua sujeição à Constituição e à lei

17 – A ANEEL é uma autarquia sob regime especial. Há hesitações na doutrina sobre o rigoroso alcance deste regime autárquico especial, mas não subsistem quaisquer dúvidas de que a ANEEL – do mesmo modo que autarquias análogas, como a ANATEL ou a ANTT – se submete às regras constitucionais aplicáveis à Administração Pública e ao princípio da legalidade administrativa. Na verdade, a intervenção da ANEEL e a

sua esfera de competências estão circunscritas, desde logo, pela lei que a instituiu. Ora, é precisamente nesta lei que vamos encontrar as principais "normas de competência" [(14)] da ANEEL. Mas, como se sabe, as normas de competência são também normas de *balizamento* e de *delimitação* da ação administrativa. Os organismos da Administração Pública fazem o que a lei lhes permite e nos termos em que a lei permite.

18 – Assim se conclui que, encontrando-se submetida à Constituição e à lei, está a ANEEL impedida de pretender fundamentar juridicamente decisões contra a lei e a Constituição, invocando orientações alheias de qualquer natureza ou qualquer outro pretenso parâmetro jurídico de atuação.

[14] Como escrevemos noutro local, "a fonte de legitimação da ação administrativa assenta, em regra, em normas de competência, que, expressamente, indicam que um determinado órgão administrativo de uma certa pessoa coletiva pública pode desenvolver uma certa atividade ou adotar uma certa medida. A norma de competência atribuir um *poder de agir*"; cf. Pedro Costa Gonçalves, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2019, p. 169.

II – Alteração imprevisível da base negocial dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: restauração do equilíbrio contratual ou direito a um ressarcimento fundado no princípio da justiça

19 – A eclosão da Pandemia da Covid-19 representa um facto exterior à vontade das partes dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica; pela sua magnitude e pela extrema força do seu impacto social e económico, trata-se de um evento que, manifestamente, tem o condão de afetar o equilíbrio económico-financeiro plasmado naqueles contratos – equilíbrio entre os *encargos* que o concessionário assume e as *receitas* (valor das tarifas) que são garantidas [15].

É certo que, como a doutrina tem observado, em contratos relacionais, de longa duração, essa ideia de equilíbrio não se reporta a uma "singela equação com duas ou mais variáveis estáticas no tempo e no espaço" [16]; trata-se, antes de um "equilíbrio dinâmico" [17]. Não obstante, ninguém

[15] É frequente ver-se inscrita nos contratos uma cláusula nestes termos: "a distribuidora reconhece que as tarifas vigentes na data da assinatura deste Contrato, em conjunto com as regras de Reposicionamento Tarifário, são suficientes à adequada prestação do serviço e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato".

[16] Nestes termos, veja-se Egon Bockmann Moreira, *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral),* São Paulo, Malheiros, 2010, p. 390.

[17] Veja-se, neste sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto, "Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões", *Revista de Direito*

contesta que essa "relação de equivalência e equilíbrio dinâmico deve ser preservada e mantida ao longo da duradoura relação" [18].

Nas palavras certeiras de dois ilustres jus-administrativistas brasileiros: "a ideia mais importante está em que a disciplina das concessões de serviços públicos condensa um núcleo contratual que se pretende imune a futuras alterações" [19], o que é equivalente a dizer que "a mantença da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão" [20].

20 – Para além da Constituição (artigo 37, XXI), por relação à referência explícita à manutenção das "*condições efetivas da proposta*", o artigo 10 da Lei n.º 8.987/1995, sublinha que "*sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*". Daqui se extrai a consequência segura de se encontrar consagrado no direito brasileiro, nos patamares constitucional e legislativo, um princípio-regra de recomposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão – princípio-regra suscetível de ser mobilizado sempre que se verifiquem certos requisitos.

Administrativo (FGV), n.º 227, 2002, p, 105 e segs. (p. 107); do mesmo Autor, *Concessões*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 192.

[18] Cf. Flávio Amaral Garcia, "A imprevisão na previsão e os contratos concessionais", in *Concessões, Parcerias e Regulação, cit.*, p. 191

[19] Egon Bockmann Moreira, *ob. cit.*, p. 390.

[20] Floriano A. Marque Neto, "Breves considerações", *cit.*, p. 106.

21 – Numa certa compreensão, o primeiro dos requisitos tem a ver com a ocorrência de um facto idóneo para provocar o desequilíbrio: um *facto* que, portanto, se possa considerar a *origem* ou *causa* do desequilíbrio económico-financeiro – eis o que ocorre, por exemplo, com as alterações contratuais (diretas ou indiretas) impostas pelo poder concedente e que têm como efeito o agravamento dos custos do concessionário (sobre esta situação, cf. *infra*, capítulo III); mas também com *factos imprevisíveis*, alheios à vontade das partes, como sucede com um cataclismo natural, um acidente inusitado ou uma pandemia.

No caso em pauta, é indiscutível que a Pandemia da Covid-19 constitui um facto anormal e imprevisível com aptidão para se considerar um *facto causal* do desequilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: a Pandemia causou perdas de receita e provocou aumento dos custos de exploração [21].

22 – Para que se efetive um direito a recomposição do equilíbrio das concessões perturbado com a Pandemia não basta, porém, demonstrar que há perdas de receitas ou acréscimos de custos. Impõe-se, além disso,

[21] É naturalmente da responsabilidade da concessionária distribuidora a demonstração dos termos em que se verifica o desequilíbrio das concessões: perdas ou quebras de utilização dos consumos; maiores custos, etc.

analisar a *matriz legal e contratual de repartição de riscos* [22] e apurar, com base nessa matriz, se os resultados do desequilíbrio ocorreram na "esfera" ou "zona de risco" assumida pelo concessionário ou na "zona de risco" que permaneceu na esfera do poder concedente [23].

> Se o facto causal provoca prejuízos na dita zona de risco da empresa concessionária, não há lugar a recomposição, pois que, então, nos termos da matriz de repartição de risco definida no contrato, esses prejuízos – ainda que decorrentes de factos anormais – terão de ser suportados pela empresa concessionária.

23 – Pois bem, considerado o modelo legal e o estipulado nos contratos de concessão é agora o momento de ponderar qual dos contraentes assume o risco por prejuízos como a "perda de receitas" ou o "acréscimo de custos da exploração" da atividade de distribuição de energia elétrica – prejuízos

[22] Estamos a considerar os "riscos anormais" ou "extraordinários" – ligados à ocorrência de factos extraordinários e imprevisíveis – e não os designados "riscos próprios do contrato" (para referirmos um conceito do artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil português).

[23] Para a explicitação deste modelo de análise, cf. o nosso texto: "Função do caso base em contratos administrativos de concessão", in Egon Bockmann Moreira (coord.), *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro, cit.*, p. 325 e segs. (em especial, p. 332 e segs.); sobre a distribuição de riscos extraordinários em contratos de concessão, veja-se, com muito interesse, Fernando Vernalha Guimarães, *Concessão de Serviço Público*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, em especial, p. 327 e segs.

provocados por um facto imprevisível e anormal como a Pandemia da Covid-19.

> Abre-se um parêntesis para explicar que a questão colocada até poderia não ter uma resposta linear, direta ou indiscutível, mas o que, em caso algum, se pode aceitar é a hipótese da "resposta discricionária" de uma das partes do contrato quanto à questão de saber quem assume o risco pela ocorrência de um facto. Isto equivaleria a conferir a uma parte do contrato uma espécie de julgamento sobre a definição dos direitos contratuais – de um "julgamento feito por uma parte do contrato"!

23.1 – Uma indicação normativa de primeira relevância neste ponto é a que consta do já citado artigo 10 da Lei n.º 8.987/1995, nos termos da qual "sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro". Retiramos desta regra a conclusão de que, *quando o contrato não estabelecer coisa diferente*, o não serem atendidas ou mantidas as condições contratuais iniciais significa que o equilíbrio económico-financeiro se perdeu e que, portanto, deve ser recomposto ou restaurado.

E não se trata aqui da defesa de uma "teoria" ou de um "ponto de vista", que, porventura, pudesse ter se confrontar com outras teorias ou outros pontos de vista. Não é o caso. Para além da literalidade da norma citada, o que nela se consagra é a decorrência de um princípio fundamental de

justiça e, aqui em particular, de justiça contratual (*justiça comutativa*), a qual reclama, em si mesma, a ideia de equilíbrio.

23.2 – E, acrescente-se, os contratos de concessão confirmam isso mesmo, ao estabelecerem, por exemplo, que haverá lugar à revisão tarifária extraordinária, visando restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, "caso sejam comprovadas alterações significativas nos custos da distribuidora que não decorram da ação ou da omissão desta".

E outro tanto se pode dizer das cláusulas contratuais que estabelecem a faculdade da distribuidora em conceder descontos sobre as tarifas homologadas pela ANEEL, desde que as "reduções de receita não impliquem pleitos compensatórios posteriores quanto à recuperação do equilíbrio econômico-financeiro".

Cláusulas contratuais como essas indicam que alterações significativas nos custos ou redução de receitas originam um direito à recomposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões.

24 – Uma questão incontornável neste âmbito consiste em definir de que forma se processa o reequilíbrio do contrato. Tendo presente o facto de a lei e o contrato apontarem para uma solução em que o reequilíbrio se obtém por via das revisões tarifárias, julga-se, contudo, que não existe um obstáculo definitivo a que as partes do contrato adotem um *mecanismo*

alternativo, como, por exemplo, a atribuição isolada de uma indemnização compensatória [(24)].

> Na nossa interpretação, não obsta a essa indemnização o facto de o edital não a prever. A regra legal (artigo 11 da Lei n.º 8.987/1995) que exige a previsão no edital da possibilidade de receitas alternativas está idealizada para receitas que, em situações de normalidade, compõem a remuneração do concessionário. Não é esse o caso da indemnização atribuída para compensar o concessionário dos prejuízos que teve de suportar por força de um facto anormal e imprevisível que não está na sua zona de risco.

25 – Vamos, porém, admitir que subsistem dúvidas sobre a existência de um direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro na parte em que se refere aos prejuízos por quebras de consumo e menor utilização dos serviços – factos que geram um decréscimo da receita.

A menos que o contrato alocasse de forma clara ao concessionário o risco de suportar tais prejuízos no cenário de estes serem o resultado de um facto anormal e imprevisível, seria impensável fazer recair *apenas* sobre o

[24] Nesse sentido, veja-se Floriano A. Marques Neto, *Concessões, cit.*, p. 195 (nota 835), que discorda do entendimento que afasta a possibilidade de indemnização atribuída pelo poder concedente no caso de concessões comuns.

concessionário prejuízos dessa natureza [25]. Quer dizer, mesmo que não existisse um direito à total reposição do equilíbrio económico-financeiro, sempre teria de se considerar ser o concessionário titular de um direito a uma indemnização fixada segundo critérios de equidade, que repartisse entre ele o poder concedente os prejuízos provocados por um facto ao qual aquele é alheio (*teoria da imprevisão*). Este seria, em qualquer caso, um imperativo de justiça, e de novo, de justiça contratual e comutativa.

[25] Recordem-se as considerações já tecidas na Introdução sobre este ponto, em relação ao facto de o concessionário ser um "agente" e o poder concedente o "principal".

III – Reposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões como efeito direto de políticas públicas que atingem os contratos

26 – No Brasil, como por todo o Mundo, a Pandemia da Covid-19 obrigou os Estados a adotarem imprescindíveis medidas de política social em benefício de muitos cidadãos desprotegidos, mais desfavorecidos e em situação de vulnerabilidade. Muitas destas medidas, pensadas para garantir a *continuidade do acesso a serviços públicos essenciais* tiveram impacto direto em contratos de concessão de exploração desses mesmos serviços – exemplo paradigmático de medidas dessa natureza foram as restrições à suspensão do fornecimento de usuários inadimplentes.

27 – Assume-se aqui como obviamente indiscutível a diferença entre, por um lado, o impacto que, em si mesma, a situação da Pandemia causa nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica e, por outro, o impacto resultante de medidas políticas e administrativas que não visam o contrato, mas que implementam políticas públicas e que atingem esses contratos. Como em geral sucede com todos os custos da socialidade (do *Estado Social*), os custos decorrentes de tais medidas têm de ser repartidos por todos os cidadãos e suportados pelo sistema de impostos, não pelas empresas concessionárias.

Assim, no âmbito de contratos de concessão, o Poder Concedente está em situação de, por razões sociais, determinar a adoção de medidas que envolvem a redução das receitas dos concessionários pelos serviços que prestam aos seus usuários. Mas tal redução no valor das tarifas ou preços cobrados aos usuários ou noutros valores a que os concessionários têm direito tem de ser compensada por transferências financeiras do mesmo montante. Recusar a *reposição – que deve ser integral – desses valores equivaleria a transferir, inconstitucional e ilegalmente, para os concessionários os custos do Estado Social.*

28 – Em termos legais, a adoção de medidas como as referidas representa uma "alteração unilateral do contrato que afeta o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro" – cf. artigo 9, § 4.º, da Lei n.º 8.987/1995, preceituando que, nesse caso, o poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio, concomitantemente à alteração.

Na hipótese de se entender que a adoção de medidas desse tipo suscita a mobilização de um poder geral, e não de um poder específico de alteração unilateral de contratos de concessão, o resultado não é diferente: por aplicação da teoria do "facto do príncipe" (referenciando medidas do poder concedente não destinadas diretamente ao contrato, mas que têm repercussões específicas na situação do concessionário), o resultado é, de

facto, o mesmo e não pode deixar de consistir na exigência de restauração do equilíbrio económico-financeiro do contrato.

29 – O resultado continuaria a ser esse na hipótese de as medidas que determinam maiores onerações para o concessionário provirem do Poder Legislativo ou de órgãos do Judiciário. Não obstante, afigura-se-nos que o fundamento jurídico para a obtenção do reequilíbrio não será agora, pelo menos em todos os casos, a alteração *unilateral* dos contratos: assim, por exemplo, os impactos provocados por medidas do Poder Legislativo estadual ou municipal não podem ser assimilados a alterações unilaterais de contratos celebrados pela União. A recomposição do equilíbrio continua a impor-se nestes casos, embora já no quadro da alteração das circunstâncias por facto imprevisível e anormal alheio às partes (reposição nos termos analisados no capítulo II).

IV – O tratamento discriminatório das concessionárias distribuidoras em relação a outros *players* do setor energético no cenário especulativo da existência de discricionaridade da ANEEL quanto à recomposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões

30 – Já sabemos que a ANEEL não goza de qualquer poder discricionário em tudo o que respeita à regulação económica das concessões de serviços públicos de energia elétrica. E isto já é suficiente para se concluir que não pode subsistir qualquer diferença de tratamento entre os vários *players* do setor da energia elétrica – sem prejuízo, naturalmente, das diferenças reais e objetivas que decorram dos "factos alegados" (prejuízos sofridos) ou dos "índices utilizados" (para definir os níveis de prejuízos).

Na medida em que a ANEEL se move num quadro legal e contratual de estrita vinculação quanto à análise dos impactos da Pandemia da Covid-19, tem-se por liminarmente excluída a possibilidade de qualquer forma de diferenciação ou de discriminação. Neste caso, a violação do princípio da isonomia não tem relevo autónomo, pois a violação da lei ocorre num outro patamar, e traduz-se no desrespeito das vinculações legais que norteiam a atividade da ANEEL.

31 – Mas, conforme se solicita na consulta, *ad argumentandum tantum*, ou seja, como exercício teórico e especulativo, vamos conceber o cenário de

a ANEEL dispor de uma *discrionaridade regulatória* que lhe permite avaliar o impacto dos prejuízos causados pela Pandemia nas concessões e, em consequência, decidir sobre a oportunidade e a conveniência de adotar medidas de recomposição do equilíbrio contratual.

32 – Considerando esse enquadramento teórico, o que se pergunta é se a ANEEL poderia legitimamente dispensar um tratamento diferenciado da mesma pretensão apresentada por empresas que atuam no setor da energia elétrica.

Confessamos aqui que experienciamos alguma dificuldade em organizar o raciocínio para este exercício especulativo.

Ainda assim, vamos aceitar em abstrato a existência de razões objetivas e fundadas para o exercício da discricionaridade em diferentes sentidos, porventura em função da situação particular de cada empresa ou de cada categoria de empresas: admita-se, então, que, por exemplo, as empresas que atuam na geração carecem de um apoio público reforçado, ao invés do que sucederá com as empresas distribuidoras.

Nesse cenário, aceitando-se a eventual existência de um racional para diferenciações, oferece-se evidente que uma decisão diferenciadora tem de demonstrar de forma coerente e completa em que radica a diferença, o que, no caso, obrigaria a explicitar por que razões carecem as geradoras de um apoio público reforçado e por que razões esse apoio já não seria

necessário para as distribuidoras. Tratar-se-ia, pois, de explicitar, de forma coerente, completa e racional, a existência de uma "diferença real" para, desse modo, se justificar a "diferença de tratamento".

32.1 – Sem prejuízo de uma eventualidade que não vislumbramos, não se antevê como pode a ANEEL encontrar uma *justificação lógica e racional* (que não se reconduza a um discurso vazio, descolado da realidade) para, numa matéria tão particular como esta – de recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos –, justificar uma qualquer forma de tratamento diferenciado entre operadores económicos que atuam num mesmo mercado.

Pressupondo a discricionaridade da reguladora, seria pelo menos muito difícil – para não dizermos impossível, embora nos pareça que seja este o caso – encontrar, nos próprios valores e ética da regulação, um sentido para uma diferenciação de tratamento dos operadores, consistente em, perante *o mesmo facto* (perdas económicas resultantes de uma Pandemia) deferir as pretensões de uns e indeferir as pretensões de outros.

32.2 – Uma qualquer política regulatória (discricionária) que *beneficia* objetivamente um conjunto de operadores económicos e, objetivamente, *onera* um outro conjunto de operadores económicos não resiste ao teste

da juridicidade e de conformidade com a exigência de isonomia e de absoluta proibição de discriminações.

33 – Na ausência de justificação coerente, completa e racional para a diferença de tratamento de pretensões que aparentam não se diferenciar, teríamos então a violação do *princípio da isonomia*, o que, por si só, já se revela suficiente para invalidar as decisões administrativas inquinadas por uma tal patologia.

Como se sabe, a discricionaridade – que neste cenário se admitiria – não corresponde a uma isenção de toda a vinculação jurídica. As ditas *decisões discricionárias* são também *decisões vinculadas*, pois discricionaridade não se confunde com livre-arbítrio, nem com ausência de normas jurídicas, limites e condições a respeitar. Pelo contrário, existe uma *deontologia da discricionaridade* [(26)], ou, o que significa o mesmo, uma exigência essencial no sentido do *correto exercício do poder discricionário*. E aqui se reconduz, além do mais, a *proibição do abuso da discricionaridade*, ocorrência que se verifica quando a instância a quem o poder é confiado o exerce de forma injustificada, irracional e, por conseguinte, arbitrária.

[26] Os conceitos de "deontologia da discricionaridade" e de "princípios deontológicos da discricionaridade" pertencem a G. Guarino, "Atti e poteri amministrativi", in *Dizionario amministrativo*, vol. I, Giuffrè, 1983, p. 200; utilizámos tais conceitos no nosso *Manual de Direito Administrativo, cit.*, pp. 235 e 242.

V – Conclusões

O estudo que acaba de ser exposto nas páginas anteriores permitiu-nos chegar às seguintes conclusões:

1.ª – A ANEEL é uma autarquia sob regime especial, que integra a Administração Pública da República Federativa do Brasil, e que, nessa condição, está submetida à Constituição e à legalidade administrativa.

2.ª – A ANEEL é titular da uma competência genérica de gestão dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. Embora, de forma pontual e excecional, disponha de competências de *regulação* da atividade de distribuição de energia elétrica, não subsistem quaisquer dúvidas de que, em regra, quanto ao regime económico-financeiro da concessão, a ANEEL detém apenas competências de *gestão do contrato* (*v.g.*, homologação de tarifas; fiscalização da aplicação das tarifas fixadas), mas não de regulação económico-financeira.

3.ª – No desenvolvimento da sua missão de gestão dos contratos de concessão, a ANEEL terá necessariamente que respeitar o contrato de concessão e as opções de regulação económico-financeira neste vertidas. Não existe nesta matéria qualquer outra fonte de regulação que não seja o contrato.

4.ª – Do facto de o essencial da regulação económico-financeira da distribuição de energia elétrica descansar num contrato de concessão – no quadro de uma regulação por contrato – decorre a ausência de qualquer momento discricionário nas decisões de gestão do contrato (da competência da ANEEL) relacionadas, direta ou indiretamente, ao regime económico-financeiro da concessão. É precisamente isto que resulta da legislação aplicável, a qual, explicitamente, determina que decisões relevantes da ANEEL se atenham às "*condições do respectivo contrato*" e, para evitar qualquer tentação, proíbe "*a formulação de exigências que não se limitem à comprovação de factos alegados ... ou dos índices utilizados*".

5.ª – O Decreto do Presidente da República n.º 10.350, de 18 de maio de 2020, na parte em que confia a ANEEL a "avaliação" da "necessidade de recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos de concessão" terá de ser objeto de uma interpretação que concilie a sua letra com as leis gerais de enquadramento da regulação – e definem o modelo de regulação económico-financeiro das concessões que recusam qualquer espaço de *avaliação discricionária* da ANEEL em matérias que toquem o regime económico-financeiro da concessão.

6.ª – A preservação do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão é um elemento incontornável do regime jurídico destes contratos e um pressuposto do próprio instituto da concessão: quer a Constituição (artigo 37, XXI), quer a legislação comum confirmam a subsistência desse princípio-regra dos contratos de concessão.

7.ª – É indiscutível que a Pandemia da Covid-19 constitui um facto anormal e imprevisível com aptidão para se considerar um *facto causal* do desequilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.

8.ª – O modelo legal e contratual das concessões de distribuição de energia elétrica contém indicações precisas no sentido de que alterações significativas nos custos ou redução de receitas originam um direito à recomposição do equilíbrio económico-financeiro das concessões.

9.ª – Mesmo que essas indicações não existissem, as concessionárias teriam sempre o direito a uma indemnização compensatória para, desse modo, se repartir entre as partes os sacrifícios provocados por um facto imprevisível e alheio à vontade das partes.

10.ª – O Poder Concedente está em situação de, por razões sociais, determinar a adoção de medidas que envolvem a redução das receitas dos concessionários pelos serviços que prestam aos seus usuários. Mas tal redução no valor das tarifas ou preços cobrados aos usuários ou noutros valores a que os concessionários têm direito tem de ser compensada por transferências financeiras do mesmo montante.

11.ª – Recusar a reposição – que deve ser integral – desses valores equivaleria a transferir, inconstitucional e ilegalmente, para os concessionários os custos do Estado Social. Ainda que com fundamento jurídico diferente, a reposição tem lugar nos casos em que as medidas de apoio social com repercussão nos contratos provêm de instâncias do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário.

12.ª – No caso – inverosímil e que só se equaciona como exercício teórico e especulativo – de a ANEEL dispor de poderes discricionários para avaliar sobre a necessidade ou a conveniência de reposição de equilíbrio económico-financeiro dos contratos do setor da energia elétrica, estaria aquela agência obrigada a exercer esse poder de forma correta, sem erros e sem abusos; em especial, estar-lhe-ia de todo vedada a possibilidade de promover quaisquer discriminações de tratamento não justificadas de forma coerente, completa e racional; e não se antevê

de modo algum como em relação a uma matéria como a recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos, se possa encontrar uma justificação para diferenciações e discriminações.

VI – Resposta aos quesitos da consulta

Resposta ao Primeiro Quesito

A ANEEL é uma autarquia, integrada na Administração Pública da República Federativa do Brasil: como todas as instâncias com essa condição, a ANEEL está sujeita aos princípios da constitucionalidade e da legalidade administrativa e só pode fazer o que a lei lhe permite e nos termos em que a lei permite. Está, pois fora de causa, a eventual invocação de orientações doutrinárias de qualquer sorte que pudessem conduzir ao resultado de desonerar a ANEEL do seu dever ontológico de respeito pela Constituição e pela lei [cf. pontos 17-18].

Por força do exposto, e pelo que resulta do modelo legal aplicável às concessões, a ANEEL não está em condição jurídica de negar o status constitucional e legal do princípio-regra de recomposição do equilíbrio económico-financeiro [cf. pontos 19-25].

Resposta ao Segundo Quesito

É perfeitamente correto concluir que as medidas de política pública promovidas pelo Poder Concedente que tenham o efeito de onerar as concessões correspondem a medidas de alteração unilateral e dão origem à necessária restauração do equilíbrio económico-financeiro dos contratos. A mesma conclusão vale para o caso de medidas com idênticas repercussões oriundas do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário [cf. pontos 26-29].

Resposta ao Terceiro Quesito

O conteúdo do direito positivo, designadamente as leis que enquadram o modelo de regulação das concessões de serviço público de energia elétrica, não atribuem nem reconhecem qualquer discricionaridade da ANEEL para proferir decisões com impacto no regime económico-financeiro da concessão. Isto é assim porque a regulação económico-financeira das concessões assenta num modelo de regulação por contrato, em que o contrato de concessão é a fonte da regulação e, portanto, o ponto referencial para quaisquer decisões com impacto económico-financeiro [cf. pontos 5-11].

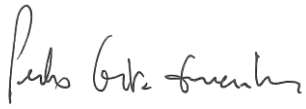
Resposta ao Quarto Quesito

Admitindo, como mero exercício especulativo, que a ANEEL goza de um poder discricionário para avaliar a oportunidade de medidas de recomposição do equilíbrio económico-financeiro, deveriam ter-se por inaceitáveis e censuráveis juridicamente quaisquer medidas da agência que, em face da mesma situação de facto das várias empresas que atuam no setor da energia elétrica, dispensassem tratamento diferenciado; não se exclui, in limine, a possibilidade de a discricionaridade ser exercida em sentido diferente, mas, claro, apenas quando estejam em pauta situações diferentes, que justifiquem, de forma inequívoca, um tratamento diferenciado. Não se descortina como se alcançaria observar esta exigência numa política regulatória que promovesse o tratamento diferenciado de

operadores económicos que atuam no mesmo setor de atividade em relação a uma matéria como a recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos. Tudo indica que uma política regulatória desenvolvida nesta direção envolveria necessariamente um abuso da discricionaridade [cf. pontos 30-33].

Como decorre das respostas ao Primeiro e ao Terceiro Quesitos, a ANEEL está legalmente impedida de condicionar a realização de RTE: a legislação é taxativa a proibir a aposição de modos, ónus ou quaisquer condições. [cf. pontos 12-16].

Este é o meu parecer



Pedro Costa Gonçalves