

PARECER

CONTRATOS DE CONCESSÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COVID-19: IMPACTO E MEDIDAS EXCEPCIONALÍSSIMAS PARA ENFRENTAMENTO. REDUÇÃO DE MERCADO. REDUÇÃO DE ARRECADAÇÃO.

CONSULTA PÚBLICA. “CONTA-COVID”. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE EM CASO DE INADIMPLEMENTO. EFEITOS. LIMITES À COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DEVER DE SIMULTÂNEA RECOMPOSIÇÃO. LIMITES CONTRATUAIS: O RISCO DE MERCADO EM CONCESSÕES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

REGULAÇÃO POR INCENTIVOS. REVISÃO TARIFÁRIA EXTRAORDINÁRIA. CRITÉRIOS LEGAIS E CONTRATUAIS. COMPETÊNCIA NORMATIVA VINCULADA. BOA FÉ OBJETIVA E CONFIANÇA LEGÍTIMA.

Sumário

- I. *Fatos e quesitos apresentados*
- II. *Premissa cognitiva: a importância dos fatos*
- III. *Os limites à competência normativa das agências reguladoras brasileiras*
- IV. *O dever de reequilíbrio dos Contratos de Concessão de distribuição de energia elétrica*
 - IV.1 *Medidas excepcionalíssimas do Poder Público e os limites do risco de demanda nos Contratos de Distribuição de energia*
 - IV.2 *Alterações unilaterais dos Contratos de Distribuição e dever de reequilíbrio*
- V. *A Revisão Tarifária Extraordinária nos Contratos de Distribuição*
- VI. *Conclusão e respostas aos quesitos*

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

I. *Fatos e quesitos apresentados*

1. COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO – CELPE, ELEKTRO REDES S/A, COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE – COSERN honraram-me com consulta a respeito de questões discutidas no âmbito da 2ª fase da CONSULTA PÚBLICA n° 35/2020, instalada pela AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL.

Esta CONSULTA PÚBLICA visa a debater mecanismos de análise de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de distribuição de energia, resultantes de medidas experimentadas (fatos) e implementadas (ações regulatórias) para enfrentamento da pandemia advinda da COVID-19 (COVID).

2. As CONSULENTES são concessionárias de distribuição de energia elétrica, cujos CONTRATOS vêm sofrendo impactos negativos desde a decretação da calamidade pública atinente à pandemia, em março de 2020 (CONTRATOS n° 26/2000, n° 187/1998, n° 10/1997 e n° 08/1997 - todos celebrados com a ANEEL).

Tais eventos decorrem, sobretudo, de fatos absolutamente imprevistos conjugados com medidas normativas e administrativas editadas pela ANEEL, a fim de regulamentar atos editados pelo Poder Público para enfrentar a pandemia (MP 950/2020 e o Decreto 10.350/2020). Como será descrito, é público, notório e

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

incontroverso que tais RESOLUÇÕES – atos administrativos regulamentares – alteraram as condições de execução contratual.

Isso em especial por meio da RESOLUÇÃO NORMATIVA (REN) n° 878, de março de 2020, alterada pela REN n° 891/2020, de julho de 2020, e a limitação às condições para corte do fornecimento de energia elétrica a consumidores inadimplentes.

3. Ao tratar das condições de prestação dos serviços concedidos, os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO ora em análise preveem que podem ser interrompidos pelas CONCESSIONÁRIAS em apenas duas circunstâncias: situação de emergência ou após aviso prévio.

A situação de emergência circunscreve-se a circunstâncias factuais imediatas, que exijam a preservação da incolumidade da prestação dos serviços públicos. Já a interrupção após o aviso prévio se dá quando há motivo técnico ou de segurança; irregularidade praticada pelo consumidor; inadequação das instalações ou *inadimplemento de faturas*.

Esta condição contratual integra todos os contratos celebrados pelas CONSULENTES, como se extrai de dispositivos literais da Cláusula 2ª, Subcláusula 5ª, do CONTRATO n° 26/2000 (CELPE); Cláusula 3ª, Subcláusula 2ª, do CONTRATO n° 187/1998 (ELEKTRO); e Cláusula 2ª, Subcláusula 2ª, dos CONTRATOS n° 08/1997 (COSERN) e n° 10/1997 (COELBA).

Cláusulas essas que dão configuração precisa ao art. 6º, § 3º, inc. II, da Lei Geral de Concessões (Lei n° 8.987/1995), que prescreve não se caracterizar “como descontinuidade do serviço a interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio quando [...]

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.” Ou seja, os contratos são complementares à lei.

4. Decretado o estado de calamidade pública em decorrência da COVID (Decreto Legislativo nº 6/2020), medidas excepcionalíssimas e imprevisíveis de distanciamento social implicaram forte retração econômica, com queda da produção industrial, fechamento de comércio, e – em decorrência direta disso - redução de consumo de energia elétrica, especialmente nas unidades consumidoras que integram Grupo A (indústria e comércio).

Conforme item 73 da Nota Técnica 91/2020/SGT/SFF/SRM/SRD/GMSE/ANEEL), da 1ª fase da Consulta Pública 35/2020, de 15.6.2020, as projeções estimadas de perda de receita das distribuidoras por redução de mercado alcançariam R\$6,38 bilhões, de abril até dezembro de 2020.

5. Em maio de 2020, foi publicada a Medida Provisória nº 950/2020, dispondo sobre

(...) medidas temporárias emergenciais destinadas ao setor elétrico para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (covid-19).

Esta MP foi posteriormente regulamentada pelo Decreto 10.350/2020 e pelas Resoluções da ANEEL nº 887/2020 e nº 891/2020.

Sob o pretexto de manter a prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica durante a pandemia, as RESOLUÇÕES

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

alteraram, dentre outras, a regra – legal e contratual – de interrupção dos serviços. Em outras palavras, os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO foram modificados unilateralmente em elemento fundamental para arrecadação de receita, por meio de atos administrativos regulamentares.

Assim, nos exatos termos do art. 2º das REN, as CONCESSIONÁRIAS ficaram proibidas de suspender o fornecimento de energia elétrica a consumidores inadimplentes em cinco hipóteses:

- (i) serviços e atividades essenciais (tal como definidos nos Dec. 10.282/2020, Dec. 10.288/2020 e no art. 11 da REN nº 414/201);
- (ii) locais com usuários de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida e dependentes de energia elétrica;
- (iii) residências de baixa renda;
- (iv) unidades consumidoras com envio de fatura impressa suspensa pela distribuidora sem anuência do consumidor;
- (v) locais em que não houver postos de arrecadação ou em que for restringida a circulação de pessoas por ato do poder público competente.

O art. 2º, § 3º da REN também proibiu às distribuidoras de aplicar multa e juros de mora (previstos na REN nº 414/2010) nas hipóteses de inadimplemento por usuários indicados nos itens (iv) e (v).

6. Em tese, o objetivo da medida seria o de beneficiar usuários que tiveram capacidade de pagamento reduzida por conta da crise econômica instalada pela pandemia. O que se efetivou sem qualquer elemento empírico-factual, tampouco com lastro em dados dos consumidores e/ou dos contratos administrativos. Igualmente, não foi estatuída qualquer peculiaridade, mas apenas uma regra geral, *one-size-fits-all*. A par da emergência do tema, fato é que assim se deu a edição da REN.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Tal regra de proibição ao corte por inadimplemento, amplamente divulgada e enaltecida, teve como efeito a desproporcional elevação da inadimplência corrente dos consumidores (isso sem se falar na redução da probabilidade de recuperação de débitos existentes).

Estes efeitos foram expressamente reconhecidos em Nota Técnica ANEEL, na 1ª fase da Consulta Pública (nº 91/2020/SGT/SFF/SRM/SRD/GMSE/ANEEL), estimando-se perda de arrecadação das distribuidoras, por inadimplemento, da ordem mínima de quase R\$8 bilhões, até o final de 2020.

7. Configurados os fatos acima (atos normativos editados pelo Poder Público e regulamentados pela ANEEL para o setor elétrico), é certo que eles implicaram redução coletiva de demanda e suprimiram eficácia de cláusulas contratuais complementares à lei (inclusive a possibilidade de interrupção dos serviços de distribuição). Igualmente, é incontroverso o impacto negativo na prestação do serviço (queda na arrecadação tarifária, por redução abrupta e coletiva de consumo de energia e aumento da inadimplência).

Logo, a questão que ora se coloca é como estes eventos extraordinários devem ser juridicamente enquadrados. E, uma vez feita a respectiva categorização jurídica, nos termos da Constituição e da legislação de regência, é de se avaliar se - e de que modo - deve haver o reequilíbrio econômico-financeiros dos CONTRATOS, via revisão extraordinária, considerando-se a lei e as cláusulas contratuais, bem como as peculiaridades do regime tarifário aplicável.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

8. O tema está em discussão na 2ª fase da Consulta Pública nº 35/2020, da ANEEL. Seu objetivo específico é aprimorar a RESOLUÇÃO que tratará dos impactos econômicos causados nos Contratos de Distribuição a partir das medidas de enfrentamento da COVID e eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiros.

Note-se que já houve uma primeira fase desta Consulta Pública para discutir meios de mitigar os impactos negativos das medidas decorrentes da COVID no setor elétrico. O resultado foi a REN nº 885/2020, que regulamentou o Decreto 10.350/2020 – e a chamada “CONTA-COVID”.

9. Em síntese, aquela RESOLUÇÃO especificou conta a ser instituída e gerida pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, especialmente a partir de recursos da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, destinada a cobrir déficit ou antecipar receita de distribuidoras via operação com instituições financeiras contratadas pela CCEE.

9.1 Segundo o art. 5º da REN, o auxílio se daria por meio de repasses às distribuidoras até janeiro de 2021, visando a cobrir itens descritos no art. 3º, até a competência de dezembro de 2020. Os repasses ocorreriam em parcela única (para cobrir custos indicados no §1º) ou mensais (custos especificados no §2º), conferindo liquidez ao setor e aliviando o impacto do aumento das tarifas ao consumidor.

Tais valores seriam utilizados pelas distribuidoras tanto para prestar os serviços (mantendo toda a infraestrutura, apesar da queda de demanda), como para pagar seus contratos com os demais

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

agentes, preservando a situação financeira das empresas do setor. Afinal, é certo que as distribuidoras concentram a maior parte da arrecadação setorial. Conforme estudo recente do INSTITUTO ACENDE BRASIL,

Atualmente, a Parcela B das distribuidoras – que corresponde à parcela tarifária de custos gerenciáveis pelas distribuidoras – é de apenas 18% do valor da tarifa de fornecimento cobrada dos consumidores, sendo que os 82% restantes são repassados para o pagamento de tributos e encargos e a remuneração dos geradores e transmissores.¹

Esse fato, somado (i) à inexistência de autonomia das concessionárias de distribuição para alterar suas tarifas, (ii) ao dever das distribuidoras de pagar pela energia contratada, independente da variação a demanda; e (iii) ao fato de a maior parte dos seus custos serem fixos, havendo o dever de manter toda a infraestrutura (indústria de rede) mesmo com queda de demanda e/ou de arrecadação, significa que este risco existente para todo o setor é fortemente concentrado nas distribuidoras.

9.2 Ou seja, na cadeia produtiva do setor de energia elétrica, às distribuidoras foram acrescidos custos e encargos que não existem nem nos demais agentes setoriais, nem no Poder Concedente, nem, muito menos, nos usuários.

Todavia, e ainda assim, na REN 885/2020 não foram abordadas as questões econômicas referentes à COVID e seus impactos nos contratos de distribuição, reconhecendo-se apenas a necessidade de nova regulação acerca do reequilíbrio de contratos de distribuição de energia elétrica. Nos termos do item 245 da Nota Técnica

¹ Instituto Acende Brasil. *Impactos da Covid-19 sobre o setor elétrico e medidas para mitigar seus efeitos*. Edição nº 23, jul./2020, p. 12 (Disponível em: <https://acendebrasil.com.br/estudo/>. Acesso em 22/09/2020).

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

91/2020, “é inquestionável o direito de concessionárias e permissionárias solicitarem pedidos de Revisão Tarifária Extraordinária”.

10. Ocorre que os repasses da CONTA-COVID às distribuidoras ficaram condicionados à assinatura de Termo de Aceitação. Conforme art. 2º do Decreto 10.350/2020, e Cláusula 2ª do Anexo I da REN 885/2020, elas deveriam manifestar expressamente, em caráter irrevogável e irretratável, o aceite de condições como:

- a) a impossibilidade de se alegar caso fortuito ou força maior em decorrência da COVID-19, e eventual redução de consumo até dezembro de 2020 daí decorrente, como justificativa para descumprir os Contratos de Compra e Venda de Energia, (inclusive suspender ou reduzir o volume de energia adquirido, ressalvadas decisões da ANEEL sobre outros fatos);
- b) declarar ineficazes notificações por elas (distribuidoras) enviadas com o propósito de discutir o cumprimento dos Contratos de Compra e Venda;
- c) as distribuidoras deveriam desistir de eventuais ações em trâmite na justiça comum ou arbitral que tratassem do item *a* acima; e
- d) renunciar ao direito de discutir, na via judicial ou arbitral, quaisquer das condições impostas para acesso à CONTA-COVID, seu procedimento e as obrigações daí decorrentes.

A única ressalva feita em relação a possível pleito de reequilíbrio econômico-financeiro pelas distribuidoras, em decorrência das medidas para enfrentamento da COVID-19, foi feita no art. 6º do Dec. 10.350/2020, e replicado pelo art. 15 da REN 885/2020. Tais atos infralegais definiram que tais pleitos seriam avaliados pela ANEEL em processos administrativos próprios, mediante solicitação das distribuidoras e conforme regulação a ser instituída pela própria agência reguladora, após Consulta Pública.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

11. Para edição desta regulamentação é que foi instalada a 2ª fase da Consulta Pública 35/2020.

Sobre o tema, já foi apresentado parecer pela douta Procuradoria federal junto à ANEEL (Parecer nº 00262/2020). Em síntese, a conclusão exarada é a de que *pode* haver revisão extraordinária dos Contratos de Distribuição em decorrência do evento COVID, desde que:

- (i) seja observada a base objetiva dos contratos;
- (ii) estabeleçam-se parâmetros técnicos e objetivos para juízo de admissibilidade dos pleitos;
- (iii) fiquem evidenciados nos pleitos os efeitos negativos, extraordinários e substanciais decorrentes da COVID nas concessões, comprometendo a prestação dos serviços; e
- (iv) a ANEEL não conclua estar-se diante de incerteza, caso em que deverá ser observada a matriz de risco do contrato, atribuindo-se às distribuidoras impactos decorrentes da álea ordinária.

12. Tendo por base esse cenário fático, comprovado pelo exame dos documentos constantes da Consulta Pública, as CONSULENTES deduziram os seguintes quesitos a respeito da controvérsia:

- a) *A adoção, pela ANEEL, de medidas restritivas à suspensão de fornecimento de energia ao longo de cerca de 4 (quatro) meses, pela edição da REN 878, pode ser entendida como uma alteração unilateral do contrato de concessão, à luz do §4º do art. 9º da Lei nº 8.987?*
- b) *Possui o Ente regulador margem discricionária para estabelecer requisitos de admissibilidade para o exercício do direito de requerer a recomposição, a exemplo da necessidade de adesão a um novo modelo de contrato de concessão?*
- c) *Possui o Ente regulador margem discricionária para, amparado na teoria da base objetiva do negócio jurídico e na matriz de riscos do contrato, estabelecer de forma unilateral patamares mínimos de onerosidade, pautas regulatórias ou mesmo considerar a*

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

situação financeira global da empresa, independente das alterações na execução do contrato, como condicionantes à recomposição de prejuízos originados em evento de álea extraordinária, a exemplo da pandemia?

- d) *Caso admitida a “discrecionabilidade regulatória” da ANEEL para disciplinar a recomposição econômico-financeira, seria lícito, à luz do princípio da isonomia e do caráter vinculado da RTE (Lei nº 9.427, art. 15, §1º), o Regulador atribuir às distribuidoras, com base em riscos ordinários de mercado assumidos por estas, uma condição de reequilíbrio inferior àquela assegurada aos agentes de transmissão e geração (aos quais se assegurou a intangibilidade plena dos contratos)?*

Passo ao exame do caso concreto, não sem antes firmar as premissas cognitivas que orientarão a elaboração deste parecer.

II. *Premissa cognitiva: a importância dos fatos*

13. Frente ao caso-problema apresentado pelas CONSULENTES, sobressaem algumas questões fáticas de fundamental importância. Em primeiro lugar, o fato de se tratar de nova regulação incidente sobre contratos administrativos pretéritos, cuja política tarifária e hipóteses de suspensão pelo inadimplemento estavam prévia e expressamente definidas na lei e nos próprios contratos.

Em segundo lugar, o fato de que a pandemia efetivamente atingiu os contratos em questão, mas que tal impacto foi agravado pelas medidas adotadas pelo Poder Concedente (com nítido nexo de causalidade).

A questão factual que se põe é, portanto, a de se avaliar se situações extraordinárias autorizariam (ou não) a alteração

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

unilateral da estrutura tarifária de contratos de concessão, sem o concomitante reequilíbrio econômico-financeiro. Mais: se determinados eventos imprevisíveis podem, em vista de sua dimensão extraordinária, ser definidos por uma das partes contratantes nesta (ou naquela) categoria jurídico-econômica.

São justamente os fatos que dão suporte a essas hipóteses, descritos na CONSULTA e comprovados nos documentos que a acompanharam (disponíveis no site da ANEEL), que configuram o *evento real* a ser levado em conta para o exame do caso em tela.

14. Constatação que permite deixar sublinhado o ponto de partida deste parecer. Cogitações a propósito da solução jurídica cabível não serão feitas em abstrato ou por meio de soluções-padrão, porventura aplicáveis a todo e qualquer ato regulatório de contratos administrativos, tal como se houvesse dois planos cognitivos, incomunicáveis entre si: por um lado, a lei e as normas; por outro, os fatos.

A premissa é a de que não se pode examinar apenas a superfície ou a aparência do caso-problema, mas é indispensável conhecer a sua materialidade objetiva, premissas factuais e consequências reais. Deve-se prestigiar a consideração minuciosa da *situação fática*, a fim de se compreender a *situação jurídica* dela advinda e, com isso, preservar a *segurança jurídica*.

Como pontifica KONRAD HESSE, “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos”.² Os

² *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. de L. A. HECK. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 62. Ou, como FABIO KONDER COMPARATO de há muito escreveu: “A verdadeira compreensão de um texto legal somente ocorre quando ele é confrontado com os eventos da vida. É só então que ele adquire um colorido específico, próprio daquilo que os anglo-saxônicos denominam

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

fatos, no processo de aplicação normativa, são a mais fiel premissa cognitiva que permite a solução adequada às leis e à Constituição brasileira.

Constatação que se aplica especialmente a atos de intervenção regulatória como o presente, que visou a identificar situações factuais e, com lastro nessa definição, inovar na regulação de contratos administrativos (inibindo direitos das concessionárias).

15. Como se pode inferir, está-se a acolher a aplicação do Direito que preze *as circunstâncias reais do caso* e instale a *interpretação efetiva da realidade posta pela norma jurídica*. O caso concreto não é dado secundário à aplicação do direito, mas, na dicção de CASTANHEIRA NEVES, configura *prius metodológico*, “verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”.³

Se porventura for desprezado o que efetivamente ocorre na realidade, o efeito será construção inócua, impertinente e irrelevante ao mundo real – e o Direito frustrará sua razão de ser.

16. Eis, portanto, a chave de compreensão da causa ora examinada: os fatos reais experimentados na configuração de contratos administrativos concessionários, lado a lado com os eventos relativos ao impacto das medidas vinculadas à pandemia. Sob tais premissas será desenvolvido este parecer.

law in action.” (“Isonomia das carreiras do Ministério Público, da Magistratura e da Polícia Civil”, in: *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 76). No mesmo sentido: EROS GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 31.

³ *Metodologia Jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 142.

III. *Os limites à competência normativa das agências reguladoras brasileiras*

17. Desde sua instalação, as agências reguladoras independentes brasileiras foram submetidas a intenso debate acadêmico e jurisprudencial. Isso sobretudo quanto às suas competências quase-legislativas e quase-jurisdicionais. A controvérsia revelou o impacto do modelo regulatório autônomo no cenário jurídico brasileiro.

18. Se alguns dos debates persistem até os dias de hoje, é certo que determinados temas se tornaram pacíficos. O que mais importa ao caso em exame é o fato de que regulamentos administrativos não podem ter como conteúdo normas que violem a lei e os contratos administrativos (sobretudo as respectivas cláusulas econômicas, que assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do pacto).

O Ordenamento Jurídico brasileiro não prestigia soluções de *by-pass* regulatório, que abstraíam da positivação pretérita – leis e contratos – e imponham soluções unilaterais que impliquem alteração das “condições do contrato” administrativo sem o concomitante reequilíbrio (Lei 8.987/1995, art. 10).

Ou seja, toda e qualquer norma regulatória, inclusive aquelas emanadas em situações de urgência social, deve respeito à legislação e aos contratos administrativos, sob pena de se subverter a lógica da existência de agências independentes. Assim, existe ao menos uma certeza:

(...) O que há de inaugural em nosso ordenamento são competências regulamentares criadas por lei e por ela limitadas. Competências mais amplas

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

do que aquela de simples execução dos comandos legais, alcançando a origem de novas hipóteses e mandamentos normativos. Tudo isso com obediência aos princípios a seguir propostos, como exigências mínimas do direito positivo brasileiro.

18.1 Em primeiro lugar, o regulamento não pode contrariar a lei, esta compreendida de forma ampla. Ainda que implique criação autônoma de disposições normativas, não pode opor-se a qualquer lei, pois é impossível o regulamento *contra legem*. (...) ⁴

Exatamente essa é a compreensão do STF, desde o julgamento inaugural sobre o tema na ADI 1.668, em que o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE deixou consignado que “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação” (ADI 1.668 MC/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 16/04/2004). Ou, conforme recentemente sublinhou o Min. EDSON FACHIN em seu voto na ADI 5.501:

A constituição de agência própria para realizar as atribuições de controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador, ou, como prefere parcela expressiva da doutrina nacional, a legitimidade da atuação regulatória deve ser exercida *intra legem*. (ADI 5.501 MC/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 19/05/2016).

Igualmente essa é a compreensão do Min. LUIZ FUX em seu voto na ADI 4.874, ao sintetizar a compreensão do STF sobre o tema:

Contudo, as agências atuam com discricionariedade técnica, isto é, seu campo de produção normativa é voltado para a edição de regras *técnicas* com fundamento de validade em leis. (ADI 4.874, rel. Min. ROSA WEBER, j. 01/02/2018).

⁴ EGON BOCKMANN MOREIRA, “Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 106, out. 1999. (Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47454/45260>>. Acesso em: 21/09/2020). O texto foi escrito numa fase inaugural dos debates – e ainda se preocupava com a classificação tradicional dos regulamentos (executivos e autônomos), a fim de comprovar a capacidade normativa das agências.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Enfim, e como SÉRGIO GUERRA ressaltou, às agências cabe “traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”.⁵ Mas, note-se bem: isso não implica a defesa de suposta “discricionariedade técnica” aberta, insubordinada à lei e aos contratos. Afinal, esta expressão necessita ser compreendida nos exatos termos de um Estado Democrático de Direito.

19. Em termos ideais, e ainda que oriundas de procedimentos legitimadores, as decisões das agências reguladoras independentes destinam-se a ser orientadas por parâmetros técnicos. O que significa a tentativa de neutralização das influências políticas.

Num plano teórico, a entidade reguladora afasta-se dos regulados e do próprio governo, atribuindo precisão científica a seus atos. Daí a construção de teorias que conferem às agências ora “capacidade institucional”, ora “discricionariedade técnica”, ora “reserva de regulação”, com o intuito de inibir o controle externo.⁶ Todas expressões bastante sedutoras, em especial a “discricionariedade técnica” – locução quase mágica, que simultaneamente pretende legitimar a decisão (emitida de forma neutra por um técnico com conhecimentos extraordinários) e eliminar o controle (ninguém mais disporia de conhecimento sofisticado que possibilitasse o exame).⁷

⁵ *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

⁶ A produção acadêmica sobre tais teorias é ampla. Por todos, v. EDUARDO JORDÃO, *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa* (São Paulo: Malheiros Editores, 2016), e os estudos de FLORIANO MARQUES NETO, EGON BOCKMANN MOREIRA e SÉRGIO GUERRA constantes do *Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira* (Belo Horizonte: Fórum, 2020).

⁷ Acerca do uso equivocado da expressão “discricionariedade técnica”, v. MARÇAL JUSTEN FILHO, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 525-532; EROS GRAU, “Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade”, in: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000; EVA DESDENTADO DAROCA, *Los Problemas del Control Judicial de la Discrecionalidad Técnica*. Madri: Civitas, 1997; e EGON BOCKMANN MOREIRA, “Os limites à competência normativa das agências reguladoras”, in ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (org.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 20026, pp. 173-220.

19.1 Porém, o tema exige enfrentamento específico. Em ensaio acerca da discricionariedade administrativa, ALMIRO DO COUTO E SILVA expõe a tese originária de BERNATZIK acerca da “extrema complexidade com que freqüentemente se apresentam os problemas administrativos”, suscitando opiniões e propostas de soluções, tornando “difícil ou mesmo impossível afirmar a mais acertada”.⁸ Tal construção deu ensejo à locução “discricionariedade técnica”, que teria sido cunhada pelo célebre autor austríaco.

A evolução desse pensamento pretendeu gerar provimentos administrativos tidos por intocáveis, distinguindo esferas de deliberação e escolha detidas com exclusividade pelo agente público. Não se trataria de uma “discricionariedade ordinária”, derivada de conceitos indeterminados ou de atribuição legal específica, mas daqueles provimentos insindicáveis devido às suas peculiaridades técnico-científicas.

O óbice estaria no conhecimento exclusivo da Administração Pública. Ocorre que a evolução tecnológica e a complexidade dos temas enfrentados pelo Poder Público (telecomunicações, saúde, petróleo, energia elétrica, tecnologia da informação, segurança digital etc.), tornou ainda mais atraente à Administração o desenvolvimento de uma “reserva técnica” de discricionariedade.

19.2 Todavia e bem vistas as coisas, o conceito não é subjetivo, mas objetivo; o adjetivo não advém do sujeito que profere a decisão discricionária, mas de seu inegável e intransponível conteúdo

⁸ “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo – RDA* 179/51-67. Rio de Janeiro: FGV, jan. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170>>. Acesso em: 28/09/2020.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

técnico – combinado com o respeito à Ordem Jurídica. Afinal de contas, a tecnicidade não se presta a revogar o princípio da legalidade. Tampouco é hábil a revogar contratos. Reitere-se que as agências reguladoras são entidades cujas decisões devem respeito à lei e aos contratos.

Daí PEDRO COSTA GONÇALVES consignar que “a expressão ‘discricionariedade técnica’ é construída com base num equívoco de fundo, referindo-se a uma realidade imprecisa.” Afinal, em todos os casos “o tribunal não deve considerar-se vinculado pelo juízo da Administração, tendo, pelo contrário, ‘acesso direto aos factos’ para verificar se foi, ou não correta a aplicação da lei pela Administração.”⁹ Assim, não há dúvidas de que existe grupo de decisões técnicas que não possa ser imparcialmente avaliado e controlado, tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais cientistas e expertos. Não será essa nomenclatura instrumento hábil a afastar o controle.

Para o caso em exame, se houver discricionariedade técnica, ela está definitivamente atrelada às condições de prestação do serviço (aspectos de demanda, atualização tecnológica, que implicam atualização da própria perspectiva de *adequação* do serviço público ao longo da execução contratual). Não poderá resultar no esvaziamento das cláusulas econômicas do contrato nem no rompimento da lógica de sua estruturação tarifária.

20. Com efeito, é certo que a competência normativa das agências reguladoras – sua atribuição e exercício – submete-se ao princípio da legalidade, quando menos em seu sentido negativo: os atos e

⁹ *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 217-218.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

resoluções emanadas por tais autoridades independentes não podem contrariar a lei. Como recentemente consignou MARÇAL JUSTEN FILHO:

É pacífico o entendimento de que o regulamento não pode infringir a lei. O regulamento tem hierarquia normativa inferior ao da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido. Nenhum doutrinador defende a tese de que uma norma legal poderia ser derogada por dispositivo regulamentar.¹⁰

Afinal, e como de há muito afirmou CARLOS MAXIMILIANO, a “competência não se presume”.¹¹ Ela necessita ser conferida legislativamente e só pode ser exercida nos exatos limites dessa atribuição. Daí a clássica lição de CAIO TÁCITO:

A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo.¹²

21. Essa defesa do princípio da legalidade não importa, frise-se, qualquer amesquinçamento das competências regulamentares das agências brasileiras. Não se está a patrocinar os regulamentos puramente executivos (Constituição, art. 84, IV – impróprios para a lógica da regulação independente), mas a se compreender os regulamentos econômicos (Constituição, art. 174 – apropriados para a regulação independente¹³).

Porém, é incontestável que, quem fala “competências”, diz “limites estabelecidos em lei” – inclusive e sobretudo para as competências regulatórias que porventura repercutam em direitos previstos em contratos administrativos.

¹⁰ *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 330.

¹¹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 285.

¹² *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 26.

¹³ Cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 44/87-118. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2013.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

22. Com efeito, o princípio da legalidade determina que a lei seja fielmente obedecida também quando do exercício da competência normativa das agências reguladoras (que dela dispõem porque a lei a atribui).

Muito embora possa haver complementação regulamentar mais ampla em razão de *standards* legislativos abertos e conceitos indeterminados, de modo a permitir o exercício dinâmico da regulação econômica propriamente dita, fato é que essa atividade regulatória é efetivamente restringida pela lei.

Isso no sentido *positivo* da legalidade (a agência deve respeitar o que a lei preceitua e, assim, praticar atos que representem o seu efetivo cumprimento) e, também, sob o aspecto *negativo* da legalidade (a agência não pode praticar atos que subvertam, direta ou indiretamente, o que a lei prescreve).

23. Além disso, se houver contratos administrativos submetidos à regulação, as fronteiras dessa competência ficam ainda mais estreitas.

Os contratos envolvem aplicação da lei, seguida ao edital (a “lei interna” da licitação, na clássica expressão de HELY LOPES MEIRELLES¹⁴) e à proposta que concretiza o negócio jurídico. Mesmo depois de encerrado o certame e firmado o contrato, existem preceitos que devem ser permanentemente respeitados pela regulação posterior.

¹⁴ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 271.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

23.1 No caso brasileiro existem, portanto, duas ordens de competências regulamentares vinculadas às agências independentes: por um lado, aquelas que regulam mercados privados de interesse público (medicamentos; planos de saúde; instituições financeiras, etc.).

Aqui, a fonte normativa advém do entrecruzamento da liberdade de empresa com a regulação setorial, a ser exercida com lastro na legislação que lhe serve de referência.

23.2 Por outro lado, existem setores primariamente públicos da economia – como o é a energia elétrica, nos termos do art. 21, inc. XII, al. *b*), da Constituição – cuja exploração privada dá-se por meio de contratos.¹⁵ Está-se diante de cenário que conta com algo a mais na configuração da competência da autoridade reguladora: o contrato administrativo, que dá aplicação à lei.

Aqui, a fonte normativa primária da conduta dos agentes econômicos é também o contrato administrativo, oriundo e integrado à legislação de regência.

23.3 Com efeito, no caso em exame ganham destaque ao menos duas previsões legais. A primeira, oriunda na Lei 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos) e a segunda, positivada na Lei 9.427/1996 (a Lei Especial das Concessões de Energia Elétrica).

¹⁵ Cf. v. EGON BOCKMANN MOREIRA, “Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* 68/9-43. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2019.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

24. A Lei 8.987/1995 traz, em seu art. 10, preceito que instigou alguns juristas quando de sua edição.¹⁶ Trata-se de dispositivo que se reporta ao dever de respeito às “condições do contrato” como meio de se aferir (e manter) o respectivo equilíbrio econômico-financeiro.

24.1 Ora, *condições do contrato* são as *qualidades necessárias*, objetivas e subjetivas, sem as quais o negócio jurídico-administrativo não existiria. Note-se a magnitude conferida, pela própria lei de regência, ao pactuado. Esse conjunto de circunstâncias factuais advém da combinação, única em cada contrato, entre gestão qualificada; investimentos; receitas; encargos; amortização, riscos e lucros – elaboradas em decorrência de seu entorno factual. Tais condições, positivadas normativamente por meio do fato jurídico “contrato”, é que se prestam a ser respeitadas.

24.2 Pois a mesma Lei 8.987/1995 é expressa ao dar força à ideia de *equilíbrio* econômico-financeiro decorrente da boa-fé objetiva e da confiança recíproca de que o contrato será respeitado (as suas condições asseguram tal equilíbrio). Isso nos exatos termos de seu arcabouço fático, real, tal como existente no momento da celebração. Esse delineamento inicial advém do edital integrado pela proposta vencedora, que fixa as obrigações contratuais e respectiva estrutura tarifária que permitirá a execução do projeto concessionário.

Caso tais circunstâncias sejam alteradas, o que a Lei Geral de Concessões expressamente ordena, como primeira medida, é a

¹⁶ Cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, sobretudo pp. 388-412 (com amplas referências).

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

busca pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Afinal de contas, é certo que contratos desequilibrados não sobrevivem ao teste do tempo. As partes – concedente e concessionário – possuem o dever (legal) de respeitar as obrigações (contratuais) e de envidar os melhores esforços para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

24.3 Em outras palavras, as “condições do contrato”, exatamente como estampadas no negócio jurídico-administrativo, constituem fronteira indevassável a futuros atos regulatórios (sobretudo os unilaterais). Caso o sejam nos estritos limites permitidos (pela lei e pelo contrato), exigem a concomitante promoção do reequilíbrio contratual. Essa é a determinação positivada na Lei 8.987/1995.

Se porventura as condições forem modificadas pelo *ius variandi* regulatório (ou por eventos extraordinários, inclusos os dantes qualificáveis como incertezas), essa alteração necessita se submeter ao teste do equilíbrio econômico-financeiro. Afinal de contas, o que a Lei Geral de Concessões preceitua é a regra de que “sempre que forem *desatendidas* as condições do contrato, considera-se *desacreditado, aviltado, agredido* seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Qualquer situação de desequilíbrio é, portanto, vedada pela expressão concreta do princípio da legalidade, positivada no art. 10 da Lei 8.987/1995.

24.4 Em suma, a Lei 8.987/1995 impede a edição de normas regulatórias que porventura visem a derogar cláusulas contratuais respeitantes ao equilíbrio econômico-financeiro. Proíbe que a política tarifária seja alterada sem as simultâneas medidas de preservação

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

da saúde do projeto concessionário. Impede que fatos novidadeiros, imprevistos e/ou de consequências imprevisíveis, sejam unilateralmente alocados na responsabilidade contratual da concessionária.

25. Ao seu tempo, a Lei 9.427/1996, em seu art. 15, dá um passo avante e torna mais densa, para os contratos especiais de concessão de energia elétrica, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

Isso porque o dispositivo conceitua o que vem a ser o regime de “serviço pelo preço” nos contratos de concessão de energia elétrica.

25.1 Eis a norma legal, cuja transcrição é necessária, inclusive para sublinhar os respectivos efeitos cogentes:

Art. 15. 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, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na legislação vigente;

III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.

§ 1º A manifestação da ANEEL para a autorização exigida no inciso IV deste artigo deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias a contar da apresentação da proposta da concessionária ou permissionária, vedada a formulação de exigências que não se limitem à comprovação dos fatos alegados para a revisão ou reajuste, ou dos índices utilizados.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Para o que mais interessa em vista dos fatos pertinentes a este parecer, cabe destacar que a lei preceitua que o contrato administrativo (“no contrato” = *dentro dele*) é o instrumento jurídico hábil à fixação de tarifas e que, simultaneamente, veda à ANEEL quaisquer exigências/condições extra factuais para eventuais revisões tarifárias. A fonte normativa que parametriza a conduta da agência reguladora é, nos termos da Lei Especial, o contrato administrativo de concessão.

25.2 Note-se que a norma do art. 15 da Lei 9.427/1996, como soe acontecer com as leis especiais (LINDB, art. 2º, § 2º), desce a minúcias que circunscrevem ainda mais a competência regulatória da ANEEL.

Para os “contratos de concessão” (art. 15, inc. I) veda-se a formulação de imposições que não obedeçam aos limites dos fatos alegados (art. 15, § 1º). Aqui, não existe qualquer discricionariedade, sob nenhuma circunstância, eis que a competência é vinculada: a lei positiva uma proibição, ancilar ao contrato administrativo.

25.3 Nem se diga que tal regra destinar-se-ia unicamente a conter pleitos deduzidos pelos particulares. Bem vistas as coisas, o sujeito passivo da norma é, de modo expresso, a ANEEL. Seria inconsistente a tese de que, quando decorrente de pleito da concessionária, a autoridade administrativa deveria respeitar o contrato (e sua estrutura tarifária), mas, quando fosse ato *ex officio*, não precisaria. A norma jurídica não pode albergar essa ordem de contradições.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Logo, o que a norma do § 1º do art. 15 faz é delimitar a competência da agência reguladora para qualquer hipótese de ato que porventura afete as tarifas positivadas no contrato administrativo.

26. Ora, tais normas legais que se dirigem à agência reguladora não só a *obrigam a implementar determinados atos*, mas igualmente *proíbem que tais atos oponham-se à legislação e aos contratos*.

Essa contrariedade pode-se dar tanto no *conteúdo do ato* (um regulamento que proíba condutas expressamente autorizadas em lei, por exemplo) como no desrespeito aos seus *requisitos de validade* (um regulamento praticado por agente sem competência ou despido de motivação, por exemplo).

Desta forma, caso a lei preveja requisitos para a prática de determinados atos administrativos, à agência reguladora não resta qualquer alternativa senão a de fielmente cumpri-los.

IV. *O dever de reequilíbrio dos Contratos de Concessão de distribuição de energia elétrica*

27. Analisados os fatos descritos no tópico I, os impactos negativos da COVID nos Contratos de concessão de distribuição podem ser divididos em duas categorias básicas.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

27.1 A primeira, relativa aos fatos decorrentes das determinações gerais adotadas pelo Poder Público para enfrentamento da pandemia, em especial as medidas de distanciamento social.

Disso derivou forte retração na economia, com queda de produção industrial, fechamento de estabelecimentos comerciais, redução ou suspensão na prestação de serviços, e conseqüente queda de demanda (especialmente nas unidades consumidoras que compõe o Grupo A), queda no faturamento de empresas e aumento do desemprego, impactando também a renda da população em geral.

Neste grupo de eventos não existem medidas dirigidas imediatamente aos contratos em exame (muito embora várias repercutam diretamente nos negócios jurídicos, como a efetiva redução de consumo de energia que apresenta nítida relação causal com o isolamento, exigindo do Poder Concedente medidas de preservação dos projetos concessionários), mas *fatos do príncipe* (aqueles oriundos do Estado) e *fatos imprevistos e/ou de conseqüências imprevisíveis*. Nada, absolutamente nada, que pudesse ser imputado à esfera subjetiva das concessionárias.

27.2 A segunda ordem de eventos decorre de medidas adotadas pela ANEEL especificamente para enfrentamento da pandemia no setor elétrico. Aqui, existem condutas praticadas de modo comissivo pela agência reguladora, dirigidas imediatamente aos contratos em tela (*fatos da Administração*, eis que advindos do Poder Concedente).

Por exemplo, a REN 878/2020 (alterada pela REN 891/2020), que vedou o corte de fornecimento de energia para

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

consumidores inadimplentes, implicando queda na arrecadação tarifária; e a REN 885/2020, que regulamentou a CONTA-COVID para, em síntese, através de repasses às distribuidoras, injetar liquidez no setor, amortecendo a variação tarifária aos consumidores.

28. Serão analisadas neste parecer as duas categorias de eventos, e seus respectivos impactos nos Contratos de concessão de distribuição. Por um lado, os contornos específicos da redução de demanda decorrente das medidas excepcionalíssimas de enfrentamento da COVID pelo Poder Público. Por outro, os efeitos da REN 878/2020, alterada pela 891/2020, e seus impactos sobre os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO.

IV.1 *Medidas excepcionalíssimas do Poder Público e os limites do risco de demanda nos Contratos de Distribuição de energia*

29. Conforme já indicado, o conceito normativo de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão ganha contornos mais complexos se comparado ao equilíbrio dos contratos de empreitada (regidos pela Lei 8.666/1993).

Nestes investimentos de longo prazo, não é suficiente a singela equação encargos *vs.* remuneração (como se envolvessem desembolsos do orçamento público contra prestações do sujeito privado, em relação bilateral – sinalagmática – comutativa com numero limitado de variáveis). A complexidade inerente à estruturação de contrato de longo prazo se reflete na complexidade da sua equação

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

econômico-financeira, a incluir fluxo de caixa projetado, investimento estimado, variações de receita, custo de remuneração do capital, cronograma de desembolsos, etc. Elementos estes que deverão ser considerados quando da análise e solução de eventos de desequilíbrio.

Ou seja, também as teorias desenvolvidas para enfrentamento do tema devem ser revistas, considerando a complexidade posta, como já tive a oportunidade de registrar:

Ou bem se desenvolve teorização habilitada às peculiaridades da relação jurídico-concessionária contemporânea (tanto sob o prisma jurídico como sob a perspectiva econômico-financeira), ou se terá como resultado a aplicação de teorias aptas a explicar outros contratos que não os atuais de concessão de serviço público.¹⁷

Daí entender-se que a peça chave para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão são as chamadas *condições do contrato*.

30. Nesta perspectiva, é relevante considerar as circunstâncias institucionais em que o contrato foi celebrado, o cenário sobre o qual o projeto foi estruturado e a sua efetivação ao longo do tempo (legislação, regulamentos, edital, fluxos projetados, alocação de riscos, rentabilidade, etc.). Estes elementos compõe a chamada *base objetiva* do contrato, qualificada pela boa fé das partes no que respeita ao conteúdo de cada item que a conforma, a variar conforme o serviço público contratado.

Havendo, pois, alterações supervenientes, anormais, imprevisíveis, que afetem tal base objetiva, impõe-se a respectiva adaptação do Contrato, por meio de seu reequilíbrio. O objetivo é a

¹⁷ EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 401.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

estabilidade da base do projeto, calcada no seu equilíbrio econômico-financeiro – aquelas condições sem as quais os interessados não acudiriam ao certame licitatório nem fariam propostas sérias, com investimentos projetados para o longo prazo. Nestes termos, basta a alteração anormal da base:

Nesta ordem de cogitações não se exige a dita onerosidade excessiva, peculiar dos contratos privados; afinal, a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro é uma premissa cognitiva, conatural aos contratos de concessão – isto vem desde a Constituição até o instrumento contratual ele mesmo. Não é necessário o desequilíbrio absurdo, nem que o concessionário esteja à beira da falência, pois se está diante do dever estatutário de manutenção do equilíbrio, tal como objetivamente definido nas condições do contrato.¹⁸

O relevante é que haja fato exterior ao contrato, cuja consideração nas projeções econômico-financeiras do projeto era comprovadamente impossível/imprevisível, mas que gerou significativos efeitos ao interior do contrato. A teoria da base objetiva, portanto, dá consistência ao art. 10 da Lei 8.987/1995 e blinda o projeto concessionário por meio da proteção aos direitos das concessionárias positivados nas cláusulas contratuais (sobretudo as econômicas).

31. À luz destas premissas é que devem ser analisados os fatos decorrentes da COVID e eventual alteração da base objetiva dos Contratos de distribuição. Especialmente, se os impactos das medidas excepcionalíssimas do Poder Público (com vistas à preservação da saúde pública) na demanda de energia elétrica, subverteu a projeção sobre a qual o projeto foi estruturado, bem como subverteu os cenários de consumo de curto e médio prazo, que embasam o funcionamento do setor.

¹⁸ EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 405.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Desde logo, o importante é firmar a premissa de que tais atos administrativos e os fatos que lhes deram causa são absolutamente alheios à esfera subjetiva das concessionárias. Estas não os geraram nem têm aptidão para geri-los: devem, por força da lei, cumpri-los. O Poder Público é o titular dos bens e serviços (bem como da competência de zelar pela saúde pública), que apenas foram delegados por meio de contratos. O que implica, por conseguinte, a contrapartida da manutenção das condições dos contratos, estampadas em seu equilíbrio econômico-financeiro.

Situação que se agrava em vista das peculiaridades do setor elétrico, sobretudo no extrato das distribuidoras.

32. Ora, o planejamento do setor elétrico é elemento fundamental ao seu desenvolvimento e à confiabilidade do sistema. Equívocos ou deficiências no planejamento do mercado de distribuição podem levar a erros na previsão da energia que deverá ser comprada, gerando subcontratação ou sobrecontratação, implicando custos adicionais ou quebra de faturamento das distribuidoras.¹⁹

Sendo função de Estado, a relevância do planejamento setorial levou, em 2004, à criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, através da Lei 10.847/2004, tendo como finalidade específica a prestação de serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor.

Nos termos do Dec. 5.184/2004, a EPE atua em parceria com o Operador Nacional do Sistema – ONS, o qual deve

¹⁹ JOAZIR NUNES FONSECA; LINEU BELICO DOS REIS. *Empresas de Distribuição de Energia Elétrica – temas relevantes para a gestão*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p. 152.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

enviar elementos e subsídios necessários ao desenvolvimento das atividades de planejamento.

33. É a racionalidade econômica do serviço de distribuição de energia elétrica que explica a relevância do planejamento - baseado, sobretudo, na demanda. O serviço de distribuição tem por fundamento a lógica de ineficiência de duplicação da infraestrutura. Segundo GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO, em termos econômicos, “a distribuição é, como a transmissão, considerada um monopólio natural”.²⁰ Sendo indústria de rede, associada ao fornecimento de *commodity* que não é estocável (energia elétrica), precisa ser considerada a economia de escala, tendo capacidade instalada que implica altos custos fixos, não gerenciáveis em caso de queda de demanda.

Daí que albergam expectativa de demanda crescente como condição de sobrevivência, cabendo ao Poder Concedente (e ao regulador) o dever de simular a existência de mercado em funcionamento ideal (planejamento de demanda), promovendo a estabilidade para o empreendedor e tornando previsível a prestação daquele serviço ao usuário.

Neste ponto, a estabilidade das regras do jogo (as *condições do contrato*) é fundamental para o investidor, especialmente tais como estampadas na tarifa:

Daí a necessidade da fixação prévia, transparente do valor da tarifa, e seus critérios de composição, instalação, apuração, atualização e readequação. Enfim, a disciplina e o controle da tarifa.²¹

²⁰ GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO, *Instituições de Direito da Energia Elétrica: Volume I - Propedêutica e Fundamentos* (p. 31). Edição do Kindle.

²¹ EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 340.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Eis os fundamentos para a reserva legal da política tarifária (art. 175, inc. II, da Constituição²²); o dever de observância dos parâmetros legais e contratuais para revisão das tarifas; e o dever de reequilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de distribuição em caso de alteração desta base objetiva do Contrato (o planejamento do crescimento de demanda).

34. Neste sentido é que o setor elétrico é planejado considerando a premissa de crescimento contínuo da demanda por energia elétrica (seja por aumento de carga de antigos consumidores ou incorporação constante de novos consumidores). A racionalidade dos investimentos futuros estará, pois, diretamente atrelada ao atendimento das necessidades impostas pelo mercado e projetadas para o setor. É essa lógica que confere confiabilidade ao sistema – de que demanda será atendida de forma eficaz. Afinal,

Seja com relação à geração, seja com relação à rede, o planejamento da expansão procura não apenas garantir a oferta de energia no futuro, mas atender a vários outros objetivos, tais como a minimização do risco de ociosidade prematura ou de sobreinvestimentos desnecessários que oneram os consumidores; o fomento de novas fontes ou tecnologias para suprimento de energia etc.²³

Daí porque, segue o autor, planejar de forma centralizada a expansão do sistema, como se dá no caso do setor elétrico brasileiro, requer planejamento em *blocos temporais*, de longo, médio e curto prazo, que consideram estudos em torno, sobretudo, do mercado – o atendimento da demanda e suas possíveis variações.

²² Neste sentido, afirma GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO: “políticas e diretrizes setoriais não são matéria de decisão de instâncias burocráticas – como ministérios e outros conselhos –, mas sim de lei, e que agências reguladoras não ocupam posições subordinadas a ministérios” (*Instituições de Direito da Energia Elétrica: Volume I - Propedêutica e Fundamentos* (pp. 461-462). Edição do Kindle).

²³ GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO, *Instituições de Direito da Energia Elétrica: Volume I - Propedêutica e Fundamentos* (pp. 157-158). Edição do Kindle.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

A partir dessa chamada “condição de *otimabilidade*”²⁴ para expansão do sistema é que se atribuiu o risco de demanda às distribuidoras nos contratos de concessão. A partir do crescimento de demanda projetada pelo próprio Poder Público, caberá às distribuidoras gerenciar oscilações associadas ao aumento do consumo individual, ou ao incremento de novas unidades consumidoras. Isso sem falar do risco de migração de consumidores do mercado regulado, autorizados a adquirir energia no mercado livre.

Esse risco, porém, não engloba a quebra da premissa de planejamento setorial de crescimento constante de demanda. Se é verdade que o nível de crescimento pode oscilar, fato é que as condições dos contratos de distribuição não cogitam de redução de mercado (dadas as suas características acima indicadas). Daí porque, inclusive, em vista da regulação tarifária por *price cap*, o “fator X” previsto nos Contratos, que visa a compartilhar ganhos de produtividade, engloba o crescimento nas vendas das concessionárias, “tanto pelo maior consumo dos clientes existentes (crescimento vertical) como pela incorporação de novos clientes na área servida (crescimento horizontal).”²⁵ A rentabilidade maior ou menor das distribuidoras por produtividade está associada à oscilação destas variáveis de crescimento do consumo.

Mas, nunca à quebra da premissa objetiva de crescimento constante da demanda.

35. Daí que eventual redução de mercado, por medida excepcionalíssima do Poder Público que comprometeu a premissa de

²⁴ Cf. SALATIEL PEDROSA SOARES CORREIA. *Tarifas e a Demanda de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010, pp.16-17

²⁵ Cf. JOAZIR NUNES FONSECA; LINEU BELICO DOS REIS. *Empresas de Distribuição de Energia Elétrica – temas relevantes para a gestão*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, pp. 13-14

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

crescimento constante do setor elétrico, não pode ser enquadrada como risco de demanda alocado às distribuidoras.

Para além de extrapolar os limites deste risco quando da estruturação dos Contratos, trata-se, antes, de evento que alterou a base objetiva dos Contratos de distribuição, instalando o dever de reequilíbrio uma vez constatada e quantificada a sua quebra.

36. Consideradas, no caso concreto, estas peculiaridades, há que se averiguar as consequências das medidas gerais de enfrentamento da COVID nas condições dos contratos de distribuição e sua efetiva repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, e de forma consensual, deverão ser definidas as *soluções de reequilíbrio*, sobretudo por meio do processo de revisão tarifária extraordinária – RTE, a ser analisado no tópico V.

*IV.2 Alterações unilaterais dos Contratos de Distribuição e
dever de reequilíbrio*

37. Conforme examinado no item I, todos os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO em análise previram como condição da prestação do serviço a possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica para consumidores inadimplentes: Cláusula 2ª, Subcláusula 5ª, do CONTRATO n° 26/2000, da CELPE; Cláusula 3ª, Subcláusula 2ª, do CONTRATO n° 187/1998, da ELEKTRO; e Cláusula 2ª, Subcláusula 2ª, dos CONTRATOS n° 08/1997, da COSERN, e n° 10/1997, da COELBA.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

A regra coaduna-se com o conceito de serviço adequado, previsto no art. 6º, §3º, II²⁶ da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), há muito ratificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual considera

(...) legítima a interrupção de fornecimento de energia elétrica, desde que considerados certos requisitos, em situação de emergência ou após aviso prévio, nos casos previstos no art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, a saber: a) em virtude de inadimplência do usuário; e b) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações. (REsp 1194150/RS, Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, *DJe* 14.9.2010).

A lógica econômico-contratual está no fato da natureza de que as pessoas apenas se preocupam com a boa administração daqueles recursos que sejam efetivamente escassos. Aliás, essa é a definição de economia lançada pelo clássico LIONEL ROBBINS, ao início do século passado: a *lei da escassez*, a determinar que o indivíduo faça escolhas que preservem seus recursos em vista de suas necessidades.²⁷ Quem dispõe de recursos abundantes ou ilimitados – aqueles que não são suprimidos em hipótese alguma – tende a não os administrar e desperdiçá-los.

“Em outras palavras – escreveu LEILA CUÉLLAR – não é porque o serviço público examinado é essencial que deve ser prestado apesar da inadimplência. É justamente porque o serviço é essencial que não se pode consentir com a inadimplência – que em escala elevada pode traduzir-se na não-prestação do serviço, pura e

²⁶ Esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 14.015/2020, que inseriu o §4º ao art. 6º da Lei 8.987/1995, vedando a suspensão do serviço por inadimplemento do consumidor nas sextas-feiras, sábados e domingos, bem como feriados e dia anterior ao feriado.

²⁷ LIONEL ROBBINS, *Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica*. Trad. D. S. VILLEGAS. México: Fondo de Cultura Económico, 1944, p. 34.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

simplesmente.”²⁸ Logo, a possibilidade de corte constitui um dos aspectos da eficiência na prestação do serviço.

No que respeita a contratos de serviço público, portanto, a impossibilidade de corte diante da inadimplência significa um estímulo, um incentivo, ao desperdício.

39. Com foco em assegurar a continuidade do serviço de distribuição de energia elétrica durante o cenário de calamidade, e considerando a excepcionalidade da crise de saúde pública, por meio da REN 878/2020 a ANEEL alterou o regime de execução contratual. Uma das medidas previstas foi a alteração da regra contratual que permitia o corte no fornecimento do serviço em caso de inadimplemento dos usuários.

A fim de conferir celeridade à implementação das medidas, e com base no poder geral de cautela, foi dispensada a realização de Consulta Pública. E em vista da fundamentação das medidas por meio da Nota técnica nº 14/2020-SRD/ANEEL, foi transposta a Análise de Impacto Regulatório.

40. A REN 878 foi publicada em março de 2020 com vigência de 90 dias (art. 10), podendo-se reavaliar as medidas lá previstas a qualquer tempo (art. 1º, par. único). Por meio da REN 886, de junho de 2020, sua vigência foi postergada até 31.7.2020.

Por conseguinte, no período de 25 de março de 2020 a 31 de julho de 2020, a regra contratual que permite o corte do

²⁸ “Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento”, in L. CUÉLLAR e E. BOCKMANN MOREIRA, *Estudos de Direito Econômico*, vol. I. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 356. Vide também JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, 209, pp. 100-143.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

fornecimento de energia de consumidores inadimplentes foi alterada unilateralmente, por ato normativo da ANEEL, que é simultaneamente agente regulador dos CONTRATOS e deles signatária, na qualidade de representante da UNIÃO.

41. O objetivo do ato normativo foi enfrentar a redução da capacidade de pagamento de faturas, tanto pela restrição de meios entrega de cobrança e pagamento, como pela redução da capacidade financeira dos consumidores, preservando seu acesso ao serviço, dada sua essencialidade.

Ciente de que tal medida, somada à queda de demanda, alterava as condições do contrato e comprometia a receita tarifária, a própria Nota técnica 14/2020 (item 15), que lhe serviu de fundamento, indicou que o ato se deu

(...) sem afastar a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das empresas de distribuição de energia elétrica, sem o qual a própria prestação de serviço não se sustenta.

42. Não bastasse o dever de recomposição do equilíbrio já ter sido reconhecido em ato da própria ANEEL ao tratar do tema, e o impacto negativo da REN 878/2020 sobre os contratos de distribuição ter sido reconhecido pela ANEEL na 1ª fase da Consulta Pública nº 91/2020/SGT/SFF/SRM/SRD/GMSE/ANEEL (nexo de causalidade), a análise da legislação e dos termos dos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO reforçam a conclusão.

43. Por um lado, e como indicado no tópico II, o art. 10 da Lei 8.987/1995 estabelece que o equilíbrio econômico-financeiro dos

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

contratos está diretamente relacionado às suas *condições*. Ao mesmo tempo, essa mesma lei estatui que uma das condições pressupostas para a execução do contrato é o corte dos consumidores inadimplentes (art. 6º, § 3º, inc. II).

Em termos simples, será mantido o equilíbrio sempre que atendidas as condições de prestação do serviço, tanto na perspectiva econômica (recursos materiais) como financeira (capital disponível). Logo, se porventura alguns dos itens da equação for alterado pelo regulador-concedente, a sua recomposição deverá ser simultânea, sob pena de *non facere quod debeat*.

44. Por outro lado, dado que os contratos de concessão se caracterizam como projetos de longo prazo, é certa a sua incompletude, do que advém a certeza da sua mutabilidade. Afinal, como há tempos consignado:

Por mais firmes que sejam, edital, proposta e contrato não vergam o mundo dos fatos. O ponto de partida são os princípios da segurança, da legalidade, da boa-fé objetiva – por meio dos quais se pretende a persistência dos escopos primários do projeto.²⁹

Contudo, a mutabilidade não deve ser confundida com *degeneração contratual*. O fato de o cenário futuro da execução contratual ser incompleto não autoriza modificações irrestritas de suas cláusulas. Também não torna válidas supressões de prestações principais, inclusão de atividades inéditas ao objeto e ao conteúdo do contrato, pois “às partes não é dado ignorar todo o arcabouço normativo dos contratos

²⁹ EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, sobretudo pp. 45-46.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

administrativos. A mutabilidade exige a juridicidade da mudança”³⁰. Daí a relevância das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro diante de alteração das condições dos contratos – como se passa no caso em análise.

O que está em jogo é a equação estabelecida entre fluxos de receita e despesa, projetados a longo prazo; o custo de oportunidade do capital; riscos; o investimento realizado; tudo isso considerando determinado contexto fático e as normas vigentes (legislação, contratos e regulamentos).

Estes elementos são as referências para análise processos de reequilíbrio (se e como implementá-lo), além da boa-fé objetiva e da confiança legítima entre as partes, o estatuto do contrato, sua natureza e qualidades. Alterações exógenas ou endógenas ao contrato, unilaterais ou circunstanciais, devem respeito a tais condições.

Havendo sua alteração, independente de quaisquer atributos do evento que lhe tenha dado causa (extraordinário, imprevisível, excessivamente oneroso, etc.), instala-se o dever de imediato reequilíbrio, nos termos dos arts. 9º, § 4º, e 10, da Lei 8.987/1995.

45. Seguindo esta norma, os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO em análise previram expressamente que:

Havendo alteração unilateral do Contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, a ANEEL deverá restabelecê-lo, a partir da data da alteração, mediante comprovação da CONCESSIONÁRIA³¹.

³⁰ EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, sobretudo p. 45 ss.

³¹ Neste sentido, vide Cls. 9ª, subcláusula 16ª (ELEKTRO); Cls. 7ª, Subcláusulas 9ª e 16ª (COSERN); Cls. 7ª, Subcláusula 9ª e 15 (CELPE); Cls. 7ª, Subcláusula 8ª e 15ª (COELBA).

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Reequilíbrio este que pode se dar via revisão tarifária, conforme Cláusula 8ª, Subcláusula 9ª (ELEKTRO); Cláusula 7ª, Subcláusula 9ª (COSERN E CELPE); e Cláusula 7ª, Subcláusula 8ª (COELBA):

A ANEEL poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato, sem prejuízo dos reajustes e revisões a que se referem as subcláusulas anteriores desta cláusula, caso haja alterações significativas nos custos da CONCESSIONÁRIA, incluindo as modificações de tarifas de compra de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período, por solicitação da CONCESSIONÁRIA, e devidamente comprovada.

46. Ora, é certo que o art. 2º, IV, da REN 878/2020 da ANEEL (alterado pela REN 891/2020) implicou alteração da cláusula econômico-contratual que previa, como condição de prestação dos serviços, a possibilidade de sua interrupção a consumidores inadimplentes.

É certo também o impacto negativo daí decorrente sobre os CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO (inclusive reconhecidos na Nota técnica 91/2020/SGT/SFF/SRM/SRD/GMSE/ANEEL).

47. Demais disso, a queda de arrecadação por inadimplência, agravada pela crescente irrecuperabilidade do crédito, tem efeito similar à queda na demanda - elemento central no planejamento do setor elétrico, mas cuja oscilação está fortemente concentrada nas distribuidoras. Mas não qualquer queda de demanda, porventura advinda da ordem natural das coisas.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Nada disso: o caso concreto representa sucessão de atos e fatos extraordinário, sem que qualquer um deles tenha nexos de causalidade com a conduta das concessionárias.

47.1 Isso porque as distribuidoras normalmente contratam energia no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), em leilões, considerando o mercado projetado para períodos como três, quatro ou cinco anos, baseadas em previsões de crescimento feitas pelo ONS, pela CCEE e pela EPE. E mesmo que a demanda projetada não se verifique, as distribuidoras são, *a priori*, obrigadas a quitar os Contratos de Compra e Venda, absorvendo o impacto da queda de demanda ou de arrecadação, inclusive de geradoras e transmissoras.

Contudo, as distribuidoras podem repassar ao consumidor apenas o limite de 5% de eventual sobrecontratação,³² nos termos do Submódulo 4.3 do PRORET (REN 703/2020). Aliás, no contexto da COVID, mesmo os consumidores que integram o Grupo A, os quais pagam pela energia para eles contratada, ainda que não consumida, tiveram este custo coberto pela CONTA-COVID (tendo direito a parcelamento e/ou diferimento de obrigações vencidas e vincendas junto às distribuidoras).

47.2 Ou seja, os custos das concessionárias de distribuição são, em grande parte, fixos; elas concentram a arrecadação tarifária, sustentando significativamente o adimplemento do setor elétrico; mas não têm autonomia para alterar as tarifas por si cobradas.

³² Nos termos da REN. 414/2010, art. 2º, XXXVII, o Grupo A é integrado por unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3kV ou atendidas em sistema de distribuição subterrânea em tensão secundária.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Logo, seus contratos são severa e diretamente afetados por eventos de queda de demanda e/ou de arrecadação, sem que elas disponham de qualquer mecanismo para administrar tais consequências.

É exatamente o que se passa no cenário instalado pela COVID. Por um lado, medidas excepcionais do Poder Público alteraram as bases sobre as quais foi projetado o consumo de energia elétrica - elemento decisivo na definição dos investimentos em infraestrutura e fornecimento nos Contratos de distribuição. Por outro, medidas implementadas pela ANEEL para preservar especificamente o setor elétrico – que impactaram no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

48. Diante destes fatos, e das normas (contratuais e legais) que incidem sobre os serviços concedidos de distribuição, havendo oscilação brusca na demanda, rompendo-se as projeções iniciais (dos Contratos) e periódicas (para o setor), e extrapolando o risco de demanda contratualmente previsto, bem como oscilação brusca na arrecadação tarifária das distribuidoras, em virtude de aumento da inadimplência por ato normativo editado pela ANEEL, que alteraram as condições dos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, há dever cogente de reequilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS.

49. O dever legal e contratual é reforçado na medida em que compete à ANEEL, na qualidade de agência reguladora, assegurar o equilíbrio sistêmico do setor elétrico. Equilíbrio este que, do ponto de vista econômico-financeiro, é fortemente suportado pelas distribuidoras.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Primeiro, porque são responsáveis pela maior parte da arrecadação tarifária, remunerando a partir daí o restante do setor.

Segundo, porque no contexto da pandemia, em contrapartida aos repasses da CONTA-COVID, as distribuidoras mantiveram o compromisso de quitar os contratos de Compra e Venda de energia,³³ evitando a inadimplência em cadeia do restante do setor e assegurando a sustentabilidade econômico-financeira, especialmente dos contratos de geração e transmissão.

Note-se que a liquidez injetada no setor via CONTA-COVID visou a assegurar capacidade financeira às distribuidoras, mas não assegurou o equilíbrio entre suas despesas e receitas, fortemente impactado pelas medidas implementadas pela ANEEL. Daí o prejuízo decorrente de tais eventos estar concentrado nos Contatos de distribuição.

50. Reconhecida a nitidez do nexo de causalidade entre medidas excepcionais do Poder Público para enfrentamento da COVID, bem como alterações unilaterais editadas pela ANEEL, e o impacto negativo sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO; e, em decorrência disso, posto o dever de reequilíbrio dos CONTRATOS pela ANEEL, cumpre analisar como estes pleitos devem ser endereçados.

Isto é, critérios e metodologia para avaliação dos reequilíbrios, objeto da 2ª fase da Consulta Pública 35/2020.

³³ Conforme art. 1º, §3º, IV do Decreto 10.350/2020.

V. *A Revisão Tarifária Extraordinária nos Contratos de Distribuição*

51. A Lei Geral de Concessões trouxe como regra geral nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos a lógica de *price-cap* (remuneração do serviço pelo preço). Preço este que fica sujeito a reajustes e revisões visando a preservar o equilíbrio-econômico financeiro dos contratos (arts. 9º e 10 da Lei 8.987/1995).

Este modelo foi replicado na legislação especial que disciplina as concessões do setor elétrico (art. 15 da Lei 9247/1996) e, por consequência, nos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO (Cláusula 8ª, da ELEKTRO; Cláusula 7ª, da CELPE, da COSERN, e da COELBA), reconhecendo-se expressamente nestes que:

(...) [as tarifas discriminadas nos anexos], em conjunto com as regras de reajuste e revisão descritas nesta Cláusula, são suficientes, nesta data para a adequada prestação dos serviços concedidos e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

52. Neste modelo de *price-cap* ocorre a chamada regulação por incentivos: os contratos fixam tarifas teto, corrigidas anualmente de acordo com nível inflacionário e revisadas periodicamente ou extraordinariamente, para se avaliar, por exemplo, eventual oscilação de custos que possam implicar desequilíbrio contratual. O objetivo é manter a remuneração adequada do serviço.

Mas o ponto fundamental do modelo reside na definição do chamado *fator X*, um índice destinado a premiar operadores que superam patamares mínimos de eficiência e produtividade, devidamente definidos entre as partes. Através deste fator, permite-se

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

que a concessionária se aproprie de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade. Daí se falar em modelo de incentivo - à eficiência.

53. Nestes casos, para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS, portanto, é necessário preservar a capacidade das tarifas de remunerar adequadamente os serviços ao longo da execução contratual.

Um dos elementos fundamentais para tanto é que as receitas sejam capazes de pagar os custos, tanto os *não gerenciáveis* (no caso das distribuidoras, a compra de energia, encargos de transmissão e encargos setoriais, que compõem a chamada “Parcela A” das receitas), como os *gerenciáveis* (custos operacionais, custos de manutenção e despesas de capital, que compõe a “Parcela B” da receita das distribuidoras).

54. Esta capacidade de remuneração das tarifas, no modelo de regulação por incentivos, é preservada através da reavaliação tarifária ao longo da execução contratual, que pode se dar de três formas, previstas nos CONTRATOS por se tratar de cláusula essencial (art. 23 da Lei de Concessões).

A primeira, através dos *reajustes tarifários* anuais, nos termos da fórmula paramétrica que consta dos CONTRATOS. No caso em questão, a Cláusula 7^a, Subcláusula 2^a a 5^a (COELBA); Cláusula 7^a, Subcláusula 3^a a 6^a (CELPE); Cláusula 9^a, Subcláusulas 3^a a 6^a (ELEKTRO); e Cláusula 7^a, Subcláusulas 3^a a 6^a (COSERN).

A segunda, através de *revisões tarifárias periódicas* para redefinição do nível eficiente de custos e de remuneração dos

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

investimentos. Aqui se considera a variação na estrutura de custos e de mercado para um dado nível de serviço, inclusive através de *benchmarking* com distribuidoras nacionais e internacionais. Ainda, calcula-se o fator X relacionado a ganhos de produtividade. Neste sentido, Cláusula 7ª, Subcláusulas 6ª e 7ª (COELBA); Cláusula 7ª, Subcláusulas 7ª e 8ª (CELPE); Cláusula 9ª, Subcláusulas 7ª e 8ª (ELEKTRO); e Cláusula 7ª, Subcláusula 7ª e 8ª (COSERN).

E a terceira é a *revisão tarifária extraordinária - RTE*, em face de eventos específicos de desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATOS, inclusive por alterações contratuais unilaterais, como a REN 878/2020. Neste sentido, vide a Cláusula 7ª, Subcláusula 8ª e 15ª (COELBA); Cláusula 7ª, Subcláusulas 9ª e 15ª (CELPE); Cláusula 8ª, Subcláusulas 9ª e 16ª (ELEKTRO); e Cláusula 7ª, Subcláusulas 9ª e 16ª (COSERN).

55. No caso da RTE, apresentado o pleito pelas concessionárias, o art. 15, IV, da Lei 9.427/1996 indica que, após a conclusão do processo administrativo de reequilíbrio, ato da ANEEL autorizará as novas tarifas teto aplicáveis pelas distribuidoras.

Tal como acima descrito, os requisitos para análise destes pleitos foram delimitados pelo legislador no art. 15, §1º da Lei 9.427/1996, sendo apenas dois: *comprovação dos fatos alegados* para a revisão e dos *índices* utilizados nos cálculos, *sendo expressamente vedada a formulação de quaisquer outras exigências*.

56. Em vista da limitação da competência normativa da ANEEL à legalidade, o que instala a vinculação do exercício de sua

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

competência regulamentar acerca da RTE aos critérios previstos em Lei, infere-se que a nova metodologia e critérios para recomposição dos contratos de distribuição devem considerar a excepcionalidade do evento (a impedir que se adote pura e simplesmente modelos específicos para desequilíbrios de outra ordem), mas sobretudo estar adequados aos limites legais existentes, especialmente indicados no art. 15, §1º, da Lei 9.427/1996.

Afinal, eles consistem nos elementos mínimos e comuns a quaisquer pleitos de reequilíbrio, quais sejam: a comprovação do(s) fato(s) que se alega haver desequilibrado o contrato (causa); a comprovação do efetivo desequilíbrio (efeito); o nexo de causalidade entre fato e desequilíbrio, e a indicação dos índices e dados utilizados para cálculo do desequilíbrio.

57. Por ocasião da 2ª fase da CONSULTA PÚBLICA, o que se pretende é a revisão desta regulamentação.

Da análise da legislação e dos CONTRATOS, infere-se que todos os requisitos necessários e possíveis para pleito de RTE estão lá descritos, especialmente dos pleitos para reequilíbrio dos CONTRATOS por redução de arrecadação em decorrência de queda de demanda (por fatos alheios à base objetiva dos Contratos) e de aumento de inadimplemento (ante alterações unilaterais das suas condições, implementadas via atos normativos editados pela ANEEL).

58. Estas conclusões decorrem logicamente não apenas do limite da competência normativa das Agências Reguladoras à

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

legalidade (tópico III acima), mas também à proporcionalidade, à segurança jurídica e ao dever de respeito aos contratos celebrados.

58.1 Por um lado, a proporcionalidade condiciona medidas adotadas pelo Poder Público à comprovação de sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se da tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade, a exigir a demonstração expressa da: (i) *conformidade de meios* (adequação ou idoneidade de meios); (ii) *exigibilidade da medida* (menor ingerência, necessidade ou indispensabilidade) e (iii) *proporcionalidade em sentido restrito*.³⁴

No caso, preenchidos os requisitos legais que vinculam o Poder Público, não se verifica a necessidade de inclusão de novos requisitos para pleitos de RTE decorrentes de alterações unilaterais dos CONTRATOS.

58.2 Por outro, tanto a segurança jurídica como o dever de respeito aos contratos que dela decorre (baseados também na boa fé objetiva e na confiança legítima) inibem, senão impedem a ANEEL de, uma vez implementados desequilíbrios econômico-financeiro nos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, por atos por ela praticados, pretender alterar a metodologia vigente para a RTE à época dos desequilíbrios. Sobretudo para instalar requisitos que extrapolam Lei e Contratos.

O que se agrava no caso concreto, na medida em que desequilíbrios financeiros nos Contratos de todo os outros agentes do

³⁴ Em específico sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três dimensões para casos de equilíbrio econômico-financeiros em contratos concessionários, ampliar em EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 407-409. Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em todos os processos administrativos, inclusive os regulatórios, v. EGON BOCKMANN MOREIRA, *Processo Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 74-79 e 115-123.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

setor foram praticamente evitados através de compromissos assumidos justamente pelas distribuidoras (o acesso à CONTA-COVID), e só por elas, confiantes estas de que teriam assegurado o equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos, nos termos da legislação vigente.

59. Neste sentido, e em vista da urgência do tema, note que as distribuidoras não só acessaram a CONTA-COVID em colaboração à preservação de todo o setor, mas em estado de necessidade (não havia qualquer alternativa, restando a confiança no Poder Público).

Não se tratou de manifestação livre e autônoma de vontade, mas de condição de sobrevivência e alinhamento a políticas públicas. A “vontade” das concessionárias foi pautada, subordinada e formada unilateralmente pelo Poder Público, que a elas impôs uma única alternativa.

E nestas circunstâncias, para fazer jus aos repasses financeiros, foram inclusive compelidas a renunciar ao direito de discutir os Contratos de Compra e Venda de energia e de eventual sobrecontratação – ponto fundamental na equação dos seus contratos.

60. Condição esta, aliás, imposta às distribuidoras que é manifestamente nula. Diante de cenário no qual não se oferecia alternativa ao setor e às distribuidoras senão recorrer ao auxílio proposto via CONTA-COVID, é indiscutível o seu estado de necessidade.

Nada obstante, e sem mesmo ter clareza a respeito de como seriam sanados os desequilíbrios remanescentes, sob o pretexto de preservar o setor, a ANEEL compeliu as distribuidoras a renunciar a

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

pretensões que, porventura, assegurariam o equilíbrio de seus contratos caso não houvesse RTE posterior.

Agora, iniciada a 2ª fase da CONSULTA PÚBLICA, a pretensão da ANEEL de incluir novos requisitos para pleitos de RTE instala risco de, por terem visado a salvaguardar o setor, as distribuidoras acabarem assumindo com exclusividade todo o prejuízo (ou grande parte dele) decorrente de medidas adotadas pela ANEEL para enfrentamento da COVID.

No limite, a conduta caracteriza abuso de poder, afinal,

(...) na construção e execução dos contratos administrativos importa sim, o respeito ao *alter*, o prestígio à *res publica* e à regra essencial da lealdade nas relações sociais. Atos abusivos ou desviantes, públicos ou privados, não tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro – sobretudo em sede de licitações e contratações públicas.³⁵

61. Com efeito, o respeito à legalidade remete a ANEEL aos critérios legais delimitadores da competência normativa.

Por outro lado, premissas postas pela própria Agência na 1ª fase da Consulta Pública, ao criar a CONTA-COVID e permitir que, por meio de compromissos assumidos pelas distribuidoras, fossem amortecidos impactos das medidas de enfrentamento da COVID em todo o setor, igualmente vinculam o resultado da 2ª fase da CONSULTA PÚBLICA.

Neste sentido, as Notas técnicas 91/2020 e 14/2020 (acima referidas). Na primeira, reconheceu-se (já com estimativa) a

³⁵ EGON BOCKMANN MOREIRA; FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.113.

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

existência de prejuízos às distribuidoras em decorrência de medidas excepcionalíssimas de enfrentamento da COVID (queda de demanda e aumento de inadimplemento). E a segunda, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de distribuição diante daquelas perdas, pois alterada a base objetiva do negócio, as condições dos contratos, sob pena de comprometimento da prestação dos serviços.

O resultado da 2ª fase da CONSULTA PÚBLICA não poderá desconsiderar tais premissas, sob pena de resultar em ato que agrave ainda mais a situação das distribuidoras, qualificado com forte ilegalidade.

VI. *Conclusão e respostas aos quesitos*

62. Em vista do acima exposto, bem como do minucioso exame dos fatos e documentos trazidos, à luz da Constituição e legislação brasileiras, ofereço as seguintes respostas aos quesitos formulados:

- a) *A adoção, pela ANEEL, de medidas restritivas à suspensão de fornecimento de energia ao longo de cerca de 4 (quatro) meses, pela edição da REN 878, pode ser entendida como uma alteração unilateral do contrato de concessão, à luz do §4º do art. 9º da Lei nº 8.987?*

Sim. Estas medidas restritivas editada pela ANEEL alteraram expressamente cláusula contratual, complementar à lei, que estabelece *condição* dos contratos de distribuição. Tal alteração unilateral impactou negativamente a receita das distribuidoras, instalando desequilíbrio econômico-financeiro a ser concomitantemente recomposto, nos termos do art. 6º, § 3º, inc. II, c/c art. 9º, §4º, e art. 10 da Lei

8.987/1995 e das Cláusulas dos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO.

- b) *Possui o Ente regulador margem discricionária para estabelecer requisitos de admissibilidade para o exercício do direito de requerer a recomposição, a exemplo da necessidade de adesão a um novo modelo de contrato de concessão?*

Não. A competência da ANEEL para regulamentar o processo de análise de pleitos de revisão extraordinária está sujeita ao princípio da legalidade, sendo delimitada pelo art. 15, §1º, da Lei 9.427/1996; c/c arts. 9º, §4º, e 10 da Lei 8.987/1995, e Cláusulas Contratuais pertinentes. A análise dos pleitos não decorre de discricionariedade, mas do exame dos fatos à luz da lei e dos contratos.

- c) *Possui o Ente regulador margem discricionária para, amparado na teoria da base objetiva do negócio jurídico e na matriz de riscos do contrato, estabelecer de forma unilateral patamares mínimos de onerosidade, pautas regulatórias ou mesmo considerar a situação financeira global da empresa, independente das alterações na execução do contrato, como condicionantes à recomposição de prejuízos originados em evento de álea extraordinária, a exemplo da pandemia?*

Não. Nos termos legais e contratuais, a RTE visa a compensar desequilíbrio econômico-financeiro pontual dos Contratos de Concessão. Não se confunde com revisão periódica dos Contratos.

Seus requisitos são delimitados no art. 15, §1º da Lei 9.427/1996, sendo vinculantes e suficientes ao reequilíbrio dos CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, seja por medidas, imprevistas e excepcionalíssimas, que impliquem quebra da base objetiva dos Contratos (como redução de demanda), ou por alterações de suas condições, de forma unilateral, pela ANEEL. Trata-se da aplicação dos arts. 9º, §4º e 10 da Lei 8.987/1995.

- d) *Caso admitida a “discricionariedade regulatória” da ANEEL para disciplinar a recomposição econômico-financeira, seria lícito, à*

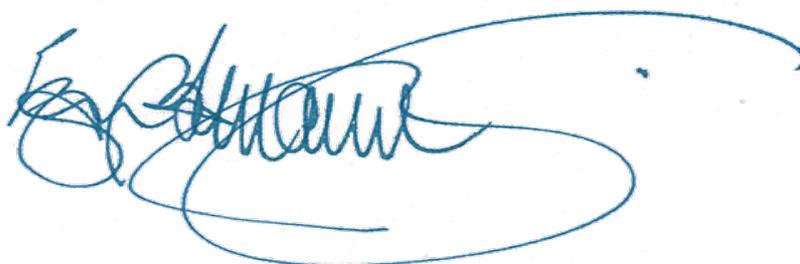
EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

luz do princípio da isonomia e do caráter vinculado da RTE (Lei nº 9.427, art. 15, §1º), o Regulador atribuir às distribuidoras, com base em riscos ordinários de mercado assumidos por estas, uma condição de reequilíbrio inferior àquela assegurada aos agentes de transmissão e geração (aos quais se assegurou a intangibilidade plena dos contratos)?

Não. À ANEEL, na condição de agência reguladora, cabe assegurar o equilíbrio sistêmico do setor elétrico. Assim, se deixar de implementar o reequilíbrio dos contratos de distribuição, ou se condicioná-los a requisitos não previstos em Lei, Contratos e regulamentos, estará violando o princípio da legalidade. Mais: será rompida a isonomia entre os agentes do setor, ao lado do corolário da boa fé objetiva, confiança legítima e segurança jurídica entre as partes, com risco de desequilíbrio sistêmico no setor elétrico e comprometimento da sustentabilidade das Concessões de distribuição.

É o parecer, s.m.j.

Curitiba, 30 de setembro de 2020



EGON BOCKMANN MOREIRA

Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor Visitante nos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito de Lisboa (2011); USP (2018) e FGV-RJ (2018)

Mestre e Doutor em Direito do Estado - Advogado, OAB/PR 14.376