

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA
BACHARELADO EM DIREITO

THIAGO DA SILVA SAMPAIO

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA
ELÉTRICA NA PANDEMIA DA COVID-19: EFEITOS NO SETOR ELÉTRICO E ATOS
REGULATÓRIOS

SÃO BORJA
2022

THIAGO DA SILVA SAMPAIO

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NA PANDEMIA DA COVID-19: EFEITOS NO SETOR ELÉTRICO E ATOS REGULATÓRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao bacharelado em Direito da Universidade Federal do Pampa, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Bernardino Colvero

São Borja
2022

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do
Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais) .

Sampaio, Thiago da Silva

A regulação do setor elétrico na pandemia da Covid-19: a Conta-Covid e o equilíbrio
econômico-financeiro das distribuidoras de energia elétrica

/ Thiago da Silva Sampaio.

S192r 54 p.

Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação)-- Universidade Federal do Pampa, DIREITO,
2022.

"Orientação: Ronaldo Bernardino Colvero".

1. Direito da Regulação. 2. Equilíbrio Econômico-Financeiro. 3. Regulação. I. Título.

THIAGO DA SILVA SAMPAIO

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NA PANDEMIA DA COVID-19: EFEITOS NO SETOR ELÉTRICO E ATOS REGULATÓRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal do Pampa, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em: 17 de agosto de 2022.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Ronaldo Bernardino Colvero
Orientador
UNIPAMPA

Prof. Dr. Alexandre Petry
UNIPAMPA

Profa. Dra. Rebecca Bianca de Melo Magalhães Brasileiro
UNIPAMPA



Assinado eletronicamente por **RONALDO BERNARDINO COLVERO, PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR**, em 14/02/2023, às 16:45, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.



Assinado eletronicamente por **Rebecca Bianca de Melo Magalhães Brasileiro, Usuário Externo**, em 14/02/2023, às 16:56, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.



Assinado eletronicamente por **ALEXANDRE TORRES PETRY, PROFESSOR MAGISTERIO SUPERIOR - SUBSTITUTO**, em 14/02/2023, às 16:58, conforme horário oficial de Brasília, de acordo com as normativas legais aplicáveis.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.unipampa.edu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1057213** e o código CRC **7BD4E9FE**.

RESUMO

A pandemia da Covid-19 foi a maior crise sanitária dos últimos anos. No Brasil, já são quase 700 mil óbitos devido a Covid-19. Em vários setores, os efeitos da pandemia serão sentidos por anos. No setor elétrico, as medidas de distanciamento social que implantaram ações como, por exemplo, o teletrabalho, levaram a uma queda vertiginosa do consumo de energia elétrica. Aliado a isso, o desaquecimento da economia reduziu o consumo da indústria e o empobrecimento da população ampliou o número de inadimplentes. O cenário trágico requisitou ações da Aneel, sobretudo, quanto a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A Teoria do Equilíbrio Econômico-financeiro dos contratos administrativos sustenta que o interesse público passa pela justa remuneração do contratado. Logo quando fato extraordinário gerar custos inesperados e desvantagens ao concessionário deverá haver a repactuação do contrato. Os contratos de concessão do setor elétrico possuem cláusulas de reajuste e revisão. Com a pandemia fez-se necessário novos mecanismos legais para a reconstrução do equilíbrio econômico-financeiro. Aqui analisamos as ações efetivadas pela Aneel durante a pandemia que possibilitaram a restauração do equilíbrio econômico-financeiro das distribuidoras de energia elétrica. Entre as medidas da Aneel destaca-se a Conta-Covid. A Conta-Covid foi um mecanismo que possibilitou solidez fiscal para as concessionárias, impediu a solvência e a interrupção do serviço público.

Palavras-chave: Aneel; equilíbrio econômico-financeiro; Covid-19; Conta-Covid; Direito da Regulação.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic was the biggest health crisis in recent years. In Brazil, due to Covid-19, there are almost 700 thousand deaths. The effects of the pandemic will reverberate for years. In the electricity sector, the control measures had a direct impact. The need for social distancing created actions such as, for example, teleworking, which generated a vertiginous drop in electricity consumption. Allied to this, the slowdown in the economy reduced industrial consumption and the impoverishment of the population increased the number of defaulters. The tragic scenario required Aneel's actions, above all, regarding the maintenance of the economic-financial balance of the contracts. The Theory of Economic-Financial Equilibrium of administrative contracts maintains that the public interest passes through the fair remuneration of the contractor. When an extraordinary event generates unexpected costs and disadvantages for the concessionaire, the contract must be renegotiated. In the electricity sector, concession contracts have readjustment and review clauses. With the pandemic, new legal mechanisms were necessary for the reconstruction of the economic-financial balance. Here we analyze the actions carried out by Aneel during the pandemic that made it possible to restore the economic and financial balance of electric energy distributors. Among Aneel's measures, the Conta-Covid stands out. Conta-Covid was a mechanism that enabled fiscal solidity for concessionaires, prevented solvency and interruption of public service.

Keywords: Aneel; Economic-financial balance; Covid-19; Conta-Covid; Regulation Law.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Reforma da regulação do setor elétrico	25
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Percentual de inadimplência dos consumidores residenciais (03/2020).....	54
Tabela 2 – Valor repassado para as concessionárias	69

LISTA DE SIGLAS

ABRADEE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica

AIR - Análise de Impacto Regulatório

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CDE - Conta de Desenvolvimento Energético

CDI - Certidão de Depósito Interbancário

CFURH - Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos

Cosip - Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública

Covid-19 - Coronavirus Disease 2019

DEC - Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora

DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica

EPE - Empresa de Pesquisa Energética

ESS - Encargos de Serviços do Sistema

FEC - Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora

FER - Frequência Equivalente de Reclamação

FMI - Fundo Monetário Internacional

FNDCT - Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

GMSE - Gabinete de Monitoramento da Situação Elétrica

Iab - Indicador de Abandono do Atendimento Telefônico

IASC - Índice Aneel de Satisfação do Consumidor

ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

ICO - Indicador de Chamadas Ocupadas no Atendimento Telefônico

IGP-M - Índice Geral de Preços – Mercado

INS - Índice de Nível de Serviço do Atendimento Telefônico

MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MME - Ministério de Minas e Energia

MP - Medida Provisória

ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico

PCH - Pequenas Centrais Hidrelétricas

PDRAE - Plano Diretor da Reforma do Estado

PEE - Programa de Eficiência Energética

PIE - Produtores Independentes de Energia Elétrica

PGMU - Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público

PND - Programa Nacional de Desestatização

Proinfa - Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica

Proret - Procedimentos de Regulação Tarifária

P&D - Pesquisa e Desenvolvimento

RGR - Reserva Global de Reversão

RTE - Revisão Tarifária Extraordinária

STFC - Serviço Telefônico Fixo Comutado

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TFSEE - Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica

SUMÁRIO

Introdução.....	13
Capítulo 1 – A Regulação Econômica no Brasil	17
1. Agências Reguladoras no Brasil.....	19
2. O poder normativo das agências reguladoras brasileiras	22
Capítulo 2 - Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.....	27
1. O risco e o retorno no contrato administrativo.....	29
2. Evolução do equilíbrio econômico-financeiro no Brasil	37
Capítulo 3 – A pandemia e o equilíbrio econômico-financeiro no setor elétrico brasileiro	41
1. Política regulatória tarifária.....	43
2. A Conta-Covid e o equilíbrio econômico-financeiro	53
Considerações Finais.....	61
Bibliografia.....	64

Introdução

A pandemia de Covid-19 provocou, em uma escala global, profundos impactos sociais e econômicos. No Brasil, em 2020, foram registrados mais de 200 mil óbitos relacionados à Covid-19. Os efeitos da pandemia serão sentidos por décadas. No campo econômico, a pandemia gerou uma retração jamais vista aliada ao aumento da taxa de desemprego e inflação. A redução da mobilidade e o fechamento de algumas atividades econômicas fizeram com que os efeitos fossem mais perceptíveis em alguns setores específicos como transportes, alimentação, atividades culturais e automobilístico. A queda vertiginosa na produção e no consumo atingiu em cheio o setor elétrico. Aqui analisamos os impactos da pandemia sobre o setor elétrico e como a ideia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos impulsionou as medidas adotadas para reduzir os efeitos sobre as concessionárias e consumidores.

Com o país em crise sanitária e econômica surgiram alguns dilemas para os tomadores de decisão. Entre eles estava a manutenção ou não das medidas de prevenção ao vírus, sobretudo quanto ao retorno de algumas atividades. Em outras palavras, salvar vidas ou salvar empresas. No setor elétrico, o dilema se deu entre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das empresas do setor e a manutenção do mínimo existencial para os cidadãos/consumidores.

De um lado temos o equilíbrio econômico-financeiro – a possibilidade de que as concessionárias recebam o que está previsto no contrato – de outro temos o acesso à energia elétrica, enquadrado no mínimo existencial com que, devido à crise econômica, muitos perderam a condição de arcar. Para equacionar essa questão temos a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que atua em meio aos interesses do governo, do mercado e do cidadão/ cliente.

Nesse cenário, analisamos o embasamento legal que alicerçou o conjunto de medidas desencadeadas pela ANEEL, durante a pandemia, com vistas a enfrentar a crise do setor que ela regula. Assim, pontuamos o poder normativo da agência reguladora e a sua capacidade técnica de intervir no setor. A questão principal está em compreender como a agência, a partir da noção do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cria normas infralegais que vinculam a administração pública.

A redução de faturamento, associada ao desaquecimento da economia e ao aumento da inadimplência, fez com que as distribuidoras buscassem a agência reguladora. Conforme disciplina o art. 6 do Decreto 10.350 de 2020 – decreto editado durante a pandemia –, “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”.

Para tentar minorar os impactos da pandemia sobre o setor elétrico, o Ministério de Minas e Energia – MME e a Aneel instituíram ambientes para gerir a crise e planejar ações paliativas. O MME formou o Comitê Setorial de Crise, enquanto a Aneel, por meio da Portaria nº 6.335, de 8 de abril de 2020, instituiu o Gabinete de Monitoramento da Situação Elétrica – GMSE.

O GMSE/ANEEL mapeou o efeito da pandemia para as distribuidoras e identificou que havia uma tendência de redução do consumo de energia elétrica, crescimento da inadimplência e aumento das perdas técnicas e não-técnicas. A partir daí, em 8 de abril de 2020, por meio do Ofício Circular nº 1/2020-DIR/ANEEL, a Aneel solicitou que as distribuidoras repassassem diariamente informações sobre o mercado de energia elétrica.

Tais dados foram consolidados e cruzados com informações do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Com base na sistematização de variáveis do setor, a GMSE-ANEEL emitiu a Nota Técnica nº 01/2020-GMSE/ANEEL traçando um conjunto de medidas que deveriam ser efetivadas pelo setor para superar a crise.

Entre as medidas extraordinárias, destacou-se o impedimento de as distribuidoras suspenderem o fornecimento de energia elétrica daqueles com até noventa dias de atraso no pagamento da fatura. Além disso, a Aneel suspendeu os reajustes tarifários que estavam previstos para ocorrer entre abril e junho de 2020; houve interrupção do repasse da receita tarifária adicional; e ocorreram mudanças nas cotas mensais da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE¹.

¹ Essas mudanças afetaram principalmente as distribuidoras dos seguintes Estados: Alagoas, Bahia, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, São Paulo, Rio Grande do Norte e Sergipe. Tais distribuidoras estavam no período de reajuste tarifário.

A Aneel, para proporcionar aumento da capitalização das distribuidoras, tomou outra medida providencial. Por meio do Despacho nº 986, a Aneel concedeu a antecipação dos recursos provenientes do Encargos de Serviço de Sistema – ESS. No total, as distribuidoras receberam próximo a R\$ 1,5 bilhão.

Em abril de 2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 950/2020². A MP trouxe medidas a serem adotadas pelo setor elétrico durante a pandemia. O primeiro ponto foi a isenção do pagamento da tarifa social de energia elétrica³. Aqueles com consumo mensal de até 220 kWh ficaram isentos do pagamento por três meses. O Ministério de Minas e Energia apontou que a isenção beneficiaria nove milhões de famílias, sendo R\$ 44 mensais por família. O custo estimado total foi de R\$ 390 milhões por mês, que resultaria em R\$ 1,2 bilhão durante os três meses em que a medida estivesse em vigor. Para cobrir o custo de R\$ 1,2 bilhão, o Tesouro Nacional injetou próximo a R\$ 1 bilhão na Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e definiu que o restante viria de recursos da CDE do ano de 2020.

No entanto, a principal medida da MP estava na criação de base legal que autorizasse operações de crédito voltadas a socorrer as distribuidoras de energia elétrica. Isto é, a estruturação de uma linha de crédito gerida pela CDE que seria liquidada pelos consumidores a partir de um encargo exclusivo. Em síntese, um empréstimo financeiro para as distribuidoras a ser pago pelos consumidores com a justificativa de que se tratava de uma medida de proteção aos usuários, pois eles não precisariam arcar com o reajuste tarifário durante a pandemia. Essa ação foi denominada de Conta-Covid.

Esse estudo justifica-se por analisar a base legal para o estabelecimento da Conta-Covid, que é um tema contemporâneo e que impacta diretamente a população brasileira. No primeiro capítulo analisamos o ambiente regulatório brasileiro. Em 1995, com o objetivo de ampliar a governança e de mitigar os seus efeitos políticos sobre a execução dos serviços públicos, é pensada uma reforma administrativa. A ideia era aperfeiçoar a capacidade de planejar políticas públicas eficientes e aprimorar a execução. Nesse Estado gerencial, ao passo que se busca ampliar a autonomia dos gestores, reduz-se o tamanho da máquina administrativa, e aí entram em cena as agências reguladoras (SAMPAIO, 2015).

A criação de uma agência reguladora envolve a transferência de poder do governo para autarquias que deverão atuar entre o mercado, a sociedade civil e o governo. Teoricamente, as

² Como não chegou a ser votada pelo Congresso Nacional, a MP perdeu a eficácia.

³ A Tarifa Social de Energia Elétrica é um benefício concedido ao consumidor de baixa renda. O desconto varia em uma faixa de 10 a 65% no valor da tarifa de energia elétrica.

agências não defendem interesses de nenhum dos atores do seu setor, como também não representam a política governamental. O processo de regulação levanta questionamentos sobre quem regula o regulador e sobre a captura. A captura acontece quando a agência perde autonomia e passa a defender interesses de determinados setores. Como conciliar a proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias com a autonomia da agência?

No capítulo 2 abordamos a trajetória da teoria do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. A defesa do equilíbrio econômico-financeiro se sustenta na ideia de que os serviços públicos precisam ser mantidos com uma justa remuneração. Por último, no capítulo 3, discutimos como o equilíbrio econômico-financeiro é tratado no setor elétrico e como, durante a pandemia, deu base para a construção de políticas regulatórias.

Capítulo 1 – A Regulação Econômica no Brasil

No século XX, o Brasil apresentou três grandes transformações na administração pública. Após a proclamação da República, o Estado brasileiro não mantinha uma clara noção sobre a ideia de cidadania e de separação entre o público e o privado. No período da República Velha, a administração pública brasileira era marcadamente patrimonialista, e predominavam as relações clientelísticas. Com o Estado Novo, a administração pública passa por um segundo estágio, há o entendimento da necessidade de estabelecer controles burocráticos legais. A partir daí busca-se fortalecer o papel do Estado e superar as amarras patrimonialistas.

Durante a década de 1990, o Brasil experimentou uma profunda transformação na administração pública com as denominadas reformas gerenciais. Tais reformas iniciaram nos países anglo-saxões (Austrália, Estados Unidos, Reino Unido e Nova Zelândia) e foram transmitidas como solução para os países em desenvolvimento.

O modelo trazido para a América Latina tinha inspiração nas reformas gerenciais concebidas na Inglaterra, sob o governo de Margaret Thatcher. Na Inglaterra, durante a década de 1980, o Estado foi reduzido com uma série de privatizações nas áreas de energia e telecomunicações. O redesenho do Estado passava pelo fortalecimento das instituições e abertura para a atuação do mercado em atividades antes tidas como estritamente estatais.

A urgência de tais medidas se deu devido às sucessivas crises econômicas que abalaram o mundo nas décadas de 1970 e 1980. Durante esse período, o Estado havia perdido a capacidade de ser indutor do desenvolvimento como proposto pelo modelo keynesiano. Estagnado em uma crise fiscal, o Estado encontrou como saída o enxugamento da máquina pública, que passava pela utilização da lógica do mercado na esfera estatal.

O novo gerencialismo público – como tais medidas ficaram conhecidas – foi adotado em diversos países por desejo dos seus governantes ou imposto como condição para a obtenção de socorro de organismos como o Fundo Monetário Internacional - FMI. No debate público estava pacificado que as amarras burocráticas haviam criado o cenário para a crise econômica. A solução era simples: menos Estado e mais mercado.

No Brasil, o caminho para novo gerencialismo público começou a ser trilhado no governo de Fernando Collor de Mello. Durante o Governo Collor, por exemplo, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização – PND, que atingia inicialmente a privatização de 68

empresas. O Plano Collor, política econômica do governo, tinha como base privatizações e abertura do país para o mercado externo.

No entanto, um plano de reforma do Estado brasileiro com metas e objetivos delimitados foi apresentado apenas no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. Em 1995, surge o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, comandado por Bresser Pereira, com o intuito de estabelecer as bases da reforma gerencial. O MARE estabeleceu o Plano Diretor da Reforma do Estado - PDRAE com foco em uma reestruturação do Estado que possibilitasse governança. Para tal seria necessário implementar um ajuste fiscal, reformas econômicas voltadas ao mercado, reforma da previdência social, reforma administrativa diminuindo direitos dos servidores públicos e redução das áreas de atuação do Estado.

O ponto central da reforma gerencial estava em compreender o Estado como dotado de instituições rígidas que emperravam o desenvolvimento econômico. Assim, a reforma visava dotar o Estado de uma praticidade vista apenas no mercado, isto é, a lógica do mercado deveria predominar na esfera estatal.

Diante disso, era necessário buscar a eficiência transferindo atividades para o mercado ou redefinindo a forma de intervenção estatal. Conforme o PDRAE, em determinados setores, o Estado deveria atuar em complemento ao mercado e não diretamente na produção de bens e serviços. Caberia privatizar aquilo que não fosse essencial e, quando necessário, terceirizar a atuação. Por sua vez, as áreas em que houvesse um monopólio natural do Estado, como, por exemplo, a fiscalização, cobrança de tributos e elaboração de políticas públicas continuariam mantidas pela administração pública.

A reforma gerencial tinha a pretensão de reestruturar a administração pública e implantar uma nova cultura ao introduzir práticas de gestão que supervalorizavam a eficiência e que buscavam requalificar o cidadão como um cliente. Segundo Pollitt e Bouckaert (2004), a reforma gerencial combinava quatro “emes” que sintetizavam a essência do gerencialismo: manutenção; modernização; mercadização e minimização da administração pública. Os quatro “emes” foram propostos para dotar o Estado de eficiência e possibilitar governança aos governos. No entanto, foram traçados longe do contexto dos países em desenvolvimento, onde havia grande parcela da sociedade dependente de políticas sociais. Para esse público, a minimização (enxugamento da máquina pública) significava deixar de ter acesso a serviços essenciais.

Na busca pela eficiência e na ação pautada pela satisfação do cidadão, que agora deveria ser tratado como cliente, três novas instituições despontaram: as secretarias formuladoras de políticas; as agências executivas e as agências reguladoras. As secretarias formuladoras de políticas públicas ficariam encarregadas pela construção e planejamento das políticas públicas, enquanto a execução seria transferida para as agências executivas, que atuariam na articulação entre os entes federativos e órgãos públicos. Por sua vez, os setores privatizados passariam a ter controle e fiscalização de autarquias independentes do governo, as agências reguladoras.

Como dito, o modelo gerencial, ao provocar um novo modelo de Estado, trouxe mudanças institucionais que se pautavam, sobretudo, pela ideia de eficiência⁴. Por eficiência entendia-se trazer a lógica do mercado para a administração pública. Em um primeiro momento, o Estado passaria a execução de serviços públicos para a iniciativa privada. Tal medida, orientada pela Lei de Concessões – Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995a), visava à concessão de serviços como luz e telefonia. Como segundo ato, o Estado assumiria o papel de ente regulador das relações econômicas. Conforme o Art. 29, inciso I, da Lei das Concessões, caberia ao Estado, como poder concedente, “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação” (BRASIL, 1995a). Para esse fim, em 1996 é criada a primeira agência reguladora, a Aneel.

1. Agências Reguladoras no Brasil

A reforma administrativa dos anos 1990 envolveu o Brasil em um processo intenso de *agenciificação*. Após a reforma, o próprio termo agência ganhou ampla dimensão no direito administrativo brasileiro. Agência é uma tradução direta do termo americano *agency*. Nos Estados Unidos, a *agency* é qualquer instância de poder, principalmente, do Poder Executivo⁵. Podemos falar que o direito administrativo norte-americano é o direito voltado à análise das agências (CUÉLLAR, 2002).

⁴ É nesse período que, por meio da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, a eficiência passa a constar como princípio da administração pública.

⁵ Exceção feita ao Congresso e aos Tribunais.

A *agency* se origina da delegação de poder do *principal* (o povo) e, por esse motivo, a fonte de controle das *agencies* está na sociedade civil. Já no Brasil, as *agencies* são vistas muito mais como elemento do governo, logo, encontram-se distantes de um controle externo feito pela população. Isto torna imperioso que se tenha uma compreensão sobre a competência normativa dessas agências, o alcance da sua ação e o limite do seu poder regulador.

As *agencies* podem ser classificadas em reguladoras (*regulatory agency*) e não reguladoras (*non regulatory agency*). Por meio de delegação legislativa, cabe às agências reguladoras a competência normativa para limitar ações, restringindo liberdades ou criando direitos. Por sua vez, as agências não reguladoras cumprem, principalmente, o papel de gerenciar fundos ou de executá-los exercendo planejamento ou políticas.

No modelo norte-americano, as Agências Reguladoras são dotadas de capacidade executiva para fiscalizar o mercado; função legislativa para normatizar e restringir a atuação do mercado e competência sancionadora para impor penalidades administrativas aos regulados. As ARs, como dito anteriormente, são *agencies*, logo, neutras às imposições do processo político. Elas são órgãos do Estado e não do governo.

Vale ressaltar que, no direito brasileiro, antes da reforma administrativa, já existiam organizações dotadas de certa independência perante o poder executivo como, por exemplo, as universidades públicas cujos dirigentes cumprem mandato fixo. No tocante à capacidade regulatória, o Brasil já possuía “agências” com tal fim: esse é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Conforme Di Pietro (2010, p. 457), “agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”. Elas são autarquias especiais com finalidade específica estabelecida por lei (Princípio da Especialidade), o que limita ação de cada agência a um setor determinado ⁶.

Como já dito, à medida que serviços públicos foram privatizados surgiram as agências reguladoras. Como regulação entende-se a capacidade de organizar, controlar e fiscalizar a

⁶ Conforme o Art. 2º da Lei 13848/2019, o Brasil conta com as seguintes Agências Reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e Agência Nacional de Mineração (ANM) (BRASIL, 2019).

atividade econômica exercendo poder de polícia. Porém, nem todas preenchem completamente tais requisitos. Podemos separar as ARs brasileiras em dois grupos: o primeiro é composto pelas ARs voltadas à fiscalização cuja ação está amparada em um poder de polícia. Este é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que tem a missão de, entre outras coisas, interditar, impedir a fabricação, importação ou venda de produtos e equipamentos que possam gerar riscos à saúde da população. O segundo grupo é formado pelas agências reguladoras, cuja finalidade é a de estabelecer controle sobre setores que foram concedidos à iniciativa privada⁷. É nesse grupo que se enquadram a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

As Agências Reguladoras são autarquias de regime especial. A base das autarquias é o autogoverno ou autoadministração voltada para uma capacidade específica. Conforme o Art. 5º, inciso I, do Decreto Lei nº 200/67, considera-se “autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e **receita próprios**, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. As ARs têm o caráter de regime especial, o que lhes confere maior autonomia na sua administração e no processo de tomada de decisão.

De acordo com o Art. 3º da Lei nº 13848/19, essa natureza especial “é caracterizada pela **ausência de tutela** ou de **subordinação hierárquica**, pela **autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira** e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”. A legislação confere às ARs a possibilidade de distanciamento das políticas governamentais. Nesse cenário de independência administrativa, as ARs já foram apontadas como uma espécie de quarto poder (NUNES, 2007). Elas atuam (ou deveriam atuar) como órgão do Estado e não do governo. Como órgão do Estado, as ARs teriam uma agenda descolada da agenda governamental. Se o governo, formado por representantes eleitos pelo povo, teoricamente, representa os interesses coletivos, as ARs não possuem a mesma missão.

⁷ É importante ressaltar que no ambiente regulatório há a convivência entre concessionárias públicas e privadas.

2. O poder normativo das agências reguladoras brasileiras

Com a criação das agências reguladoras foi preciso introduzir elementos normativos que dotassem essas autarquias de competência e instrumentos operativos para possibilitar a regulação do setor sem a interferência de terceiros. Como dito anteriormente, as agências reguladoras são autarquias com personalidade jurídica de direito público e, por possuírem um conjunto de prerrogativas, são conhecidas como autarquias especiais. Tais prerrogativas visam preservar a capacidade de atuação sem interferência do governo (poder concedente) e do mercado (concessionárias).

Assim, as agências reguladoras, como autarquias especiais, possuem principalmente autonomia político-administrativa e autonomia financeira. Cabe a elas decidir a partir de embasamentos técnicos sem qualquer vinculação com a política governamental do momento ou apelo da opinião pública (BARROSO, 2002). A principal base para isso está na forma como os seus dirigentes são investidos no cargo e a estabilidade que lhes alcança pelo período da duração do mandato. Os dirigentes não possuem cargo *ad nutum*, o que impede que sejam demitidos a partir do desejo do governante. Além disso, o mandato dos dirigentes não coincide com o mandato do presidente, ou seja, a mudança de governo não significa uma alteração abrupta nas diretorias das agências reguladoras.

A Constituição Federal (art. 52, III) abre a possibilidade para a legislação estabelecer que a nomeação para determinados titulares de cargos públicos aconteça após anuência do Senado Federal. Esse é o caso das Agências Reguladoras, que exige prévia sabatina do Senado. Já os estados podem possuir legislação específica que determine sabatina dos dirigentes das agências reguladoras estaduais pelas assembleias legislativas. Por outro lado, é inconstitucional a destituição do cargo vinculada à decisão do Senado Federal ou assembleias legislativas (Conforme ADI nº 1.949).

Conforme o art. 6º c/c art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, os dirigentes possuem mandato de cinco anos, vedada a recondução, e perderão o mandato em caso de: “renúncia; condenação judicial transitada em julgado; condenação em processo administrativo disciplinar⁸; receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério,

⁸ O Processo Administrativo Disciplinar irá determinar a destituição em casos de faltas graves, ou seja, aquelas que dão vazão à demissão do servidor público.

havendo compatibilidade de horários; participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese; atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; exercer atividade sindical; exercer atividade político-partidária; estar em situação de conflito de interesse”.

Os impedimentos impostos aos dirigentes visam blindar a reguladora do aliciamento por parte das concessionárias ou a utilização do cargo com fim político-partidário. Nesse contexto, o cargo de dirigente de agência reguladora é pouco atrativo para políticos profissionais. Porém, geralmente, para serem indicados, os dirigentes contam com apoio político e estão alinhados com o governo que faz a indicação (SAMPAIO, 2015).

Para garantir a autonomia das agências, as decisões que elas tomam não são submetidas ao crivo de órgão superior ou da Presidência da República. Isso significa que não há a possibilidade de recurso administrativo hierárquico acerca do posicionamento das agências. As decisões poderão ser contestadas no âmbito judicial, mas não serão reexaminadas na esfera administrativa por órgão externo.

Como já dito, as Agências Reguladoras são dotadas de autonomia que se consubstancia na capacidade de legislar sobre o setor que regulam. A autonomia garante que a política regulatória seja uma política de Estado e não de governo. No entanto, a ação da agência reguladora, em instituir normas infralegais, poderá entrar em colisão com a competência do Legislativo em legislar.

Assim, as agências reguladoras, ao contrariarem interesses políticos ou de grupos econômicos, poderão sofrer represália legislativa. Isto é, o poder legislativo poderá estabelecer leis que amarrem as ações das agências reguladoras ou, até mesmo, limitar a sua competência. Nesses casos, é preciso invocar o princípio da reserva de administração. Conforme Canotilho (2002, pág. 733), “por reserva de administração entende-se um núcleo funcional da administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”.

O princípio da reserva da administração se assenta na separação dos poderes ao preservar atribuições, sobretudo, do Executivo, que não poderão ser usurpadas por outros poderes. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela inconstitucionalidade de leis que

visam criar políticas que não competem ao Legislativo⁹. A competência administrativa das agências reguladoras não poderá ser revista pelo Legislativo sob o risco de criar instabilidade e imprevisão à política regulatória.

O Legislativo não está autorizado a rever os atos administrativos das agências reguladoras; por esse motivo, não pode criar leis com o pretexto de revogar atos já efetivados pelas agências. A separação dos poderes deve ser preservada; logo, as decisões das agências reguladoras precisam ser respeitadas pelo Legislativo. Assim, “embora caiba ao Poder Legislativo editar lei criando a agência reguladora e prevendo as suas competências normativas, uma vez concluído isso, não cabe ao referido órgão, de forma pontual e específica, alterar a normatização feita pela agência reguladora” (ARIGONY, 2019, pág. 213).

Os atos normativos das agências reguladoras são orientados pelo princípio da legalidade. Eles surgem por meio de uma autorização legal que, como já dito, não deverá ser sustada pelo Legislativo. Por outro lado, é preciso salientar que a lei é genérica, sem detalhar cada medida que poderá ser executada pela agência. O corriqueiro é que a lei traga reservas específicas e limitações pontuais (SUNDFELD, 2012). A agência reguladora teria restrição para regular caso o objeto da regulação estivesse vinculado à necessidade de existência de lei, pois os atos normativos das agências são infralegais.

No tocante ao setor elétrico, a reforma estabelecida pela Lei 10.848 de 2004 é exemplificativa quanto aos embates travados entre a agência e o Governo Federal. Apesar de a Lei 9.427 de 1996 definir que “a Agência Nacional de Energia Elétrica - 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”, os limites de atuação da agência e do governo não eram muito bem delimitados, e isso gerava desgastes constantes entre os atores. Após a Crise do Apagão de 2001 e início de um novo governo, foi sentida a necessidade de repensar o setor elétrico e, conseqüentemente, o papel da Aneel. Com o Governo Lula, as Agências Reguladoras são apresentadas como herança maldita do Governo FHC. Conforme Serafim:

O grande questionamento, por parte do novo governo, se dava em torno da definição das funções específicas destas agências e das relações entre estas e os ministérios, além da prestação de contas e controle das agências. O governo pretendia limitar as ações regulatórias exclusivamente a fiscalização dos serviços, concentrando no Executivo as iniciativas de planejamento e

⁹ Esse é o caso da ADI 969, ADI 3343, ADI 3075, ADI 2364 e RE 427.554.

formulação de políticas públicas, considerando o acúmulo destas funções uma distorção no funcionamento das agências (SERAFIM, 2007, pág. 108).

No caso específico da Aneel, creditava-se à agência baixo controle social que permitia um espaço maior para as concessionárias em detrimento dos consumidores. Em resumo, o discurso do governo era de que medidas deveriam ser implementadas para fortalecer a agência para evitar a captura pelo mercado. Como efeito, em 2004, a estrutura de competências da Aneel foi alterada (Quadro 1).

Quadro 1 – Reforma da regulação do setor elétrico

Competência da Aneel até 2004	Competência da Aneel após 2004
Regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação	O Poder Concedente agora delega para a Aneel
Extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato	A Aneel passou a atuar como órgão consultivo
Declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis	Transferida para o Poder Concedente
Declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis	Transferida para o Poder Concedente
Promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público	Promover, mediante delegação , com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios.
Celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica	Gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica

Fonte: Pesquisa direta.

Na prática, a reformulação teve como finalidade propiciar maior controle ao Governo Federal, que via com ceticismo a atuação das agências reguladoras. A partir de 2004, a atuação da Aneel ganha um novo contexto, visto que a agência passou a contar com uma estrutura de controle social mais sólida com constantes audiências e consultas públicas. Além disso, com quadro de competência delimitado, o papel da agência passou a ser de interlocutor entre os atores sem a incumbência de formular a política setorial.

As medidas adotadas pela Aneel passaram a ser delineadas a partir de princípios inteligíveis. Conforme Arigony (2019), tais princípios permitem que, diante de uma lei genérica, a administração pública cumpra o seu papel e normatize aquilo que está sob sua competência. No caso das agências reguladoras, essa medida visa resguardar uma atuação técnica sem a necessidade de politizar o processo de tomada de decisão (OLIVEIRA, 2015). Assim,

todas as agências reguladoras possuem competências baseadas nos princípios inteligíveis, isto é, em normas de baixa densidade normativa, muitas vezes meramente habilitadoras de competência, devendo essas entidades exercer as competências legalmente outorgadas nas respectivas leis (ARIGONY, 2019, pág. 216).

Com a chancela da lei, a atuação das agências visa proporcionar normas e regulamentos alinhados ao contexto conjuntural. Na pandemia da Covid-19, como veremos mais adiante, essa capacidade de intervenção da Aneel ficou nítida e resultou em medidas que minoraram os efeitos da pandemia sobre o setor elétrico.

Capítulo 2 - Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Apesar de o poder público ter a faculdade de unilateralmente alterar cláusulas contratuais consideradas regulamentares, ele não está autorizado a modificar unilateralmente aquelas que envolvam a remuneração e os encargos do contratado. Há garantias específicas de manutenção e preservação da equação financeira contidas no contrato.

A Teoria do Equilíbrio Econômico-financeiro dos contratos administrativos parte do pressuposto de que para a preservação do interesse público é necessário manter a justa remuneração pela execução dos serviços públicos. Em outras palavras, visa à manutenção do equilíbrio entre custos e vantagens observados no momento da celebração do contrato.

Nos contratos administrativos há uma relação entre partes nutrida pela boa-fé e pela segurança dos negócios jurídicos. Logo, o equilíbrio econômico-financeiro tem o condão de preservar os ônus e os bônus superando qualquer alteração unilateral. As obrigações recíprocas serão restabelecidas para evitar encargos aquém daqueles acordados, ou seja, mantém-se a equivalência honesta¹⁰.

A primeira descrição do princípio do equilíbrio econômico-financeiro está no julgamento, pelo Conselho de Estado francês, do caso da “Compagnie Générale Française de Tramways”. Em 1910, nesse caso emblemático, o Conselho, a partir do entendimento da *puissance publique*, analisou a possibilidade de, em nome do interesse público, a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos de concessão¹¹.

Tais alterações quando concedidas deveriam versar sobre a execução do serviço restringindo-se a adequações necessárias na preservação do interesse público. Não cabem mudanças no objeto e aumento de encargos sem a devida compensação financeira. Assim, é assegurado ao particular a manutenção dos benefícios econômicos previstos para a execução do serviço público.

¹⁰ A previsibilidade de uma equivalência honesta surge em decisão do Conselho de Estado francês de 1910.

¹¹ No início do século XX, em meio ao avanço da eletricidade, a cidade de Deville-lès-Rouen buscou alterar a iluminação pública do município do gás para a eletricidade. O primeiro passo foi procurar a concessionária Compagnie Nouvelle du Gaz, detentora do monopólio da iluminação, para que alterasse o sistema de iluminação pública. Por prever custos e, conseqüentemente, prejuízos financeiros, a Concessionária se recusou a seguir os apelos da prefeitura. Como efeito, a prefeitura rompeu o contrato e concedeu o serviço para outra concessionária. O Conselho de Estado, chamado a decidir o litígio entre a concessionária e a prefeitura, assegurou o direito de a administração pública rever unilateralmente cláusulas contratuais.

Na mesma tendência, em 1916, aconteceu o julgado da "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", onde a Teoria da Imprevisão foi aplicada na regulação dos contratos administrativos¹². A ideia era a de que os contratos de concessão obrigavam as partes até a sua expiração; geravam deveres e obrigações para a concessionária e para o poder concedente. Por outro lado, subsistindo a imprevisão com uma carga extremamente onerosa para uma das partes, caberia a readequação do contrato.

Para a jurisprudência francesa, por imprevisão, entendia-se o surgimento de fatores não presumíveis no momento da celebração do contrato que quebram, sobretudo, o equilíbrio econômico-financeiro. Tais fatores são momentâneos, circunstanciais e alheios à vontade das partes. Já os fatos que demonstrassem ser cíclicos ou perenes deveriam ser considerados peremptórios à manutenção do contrato.

Indo além, no caso da "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", o Conselho de Estado francês deliberou que a interrupção da atividade com redução do lucro presumível não seria fator determinante para um rearranjo contratual. A imprevisão não orbita sobre lucros presumíveis, e sim, sobre danos excessivos. Diante disso, é cabível a repactuação apenas quando houver carga excessiva limitante à continuidade do serviço público.

Para a repactuação, há ainda que considerar pré-requisitos como a carga excessiva advir de mudanças unilaterais provocadas pelo Poder Público ou ela surgir de fenômenos alheios ao contrato, sem relação com a ação ou omissão do contratante ou contratado. Por exemplo, não dependem de manutenções preventivas a cargo do contratado ou de repasses que deveriam ser realizados pelo contratante.

A *puissance publique*, isto é, a preeminência do Estado sobre a ação dos administrados, cria, no âmbito do contrato administrativo, a possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração Pública (MELLO, 2019). No entanto, quando essas mudanças gerarem encargos deverão ser seguidas por mecanismos compensatórios para a manutenção da boa-fé. Não é admitido que por erro ou qualquer outro artifício uma parte leve vantagem indevida (LIMA, 2007).

O poder público não pode se imiscuir de obrigações enquanto a concessionária arca com custos extravagantes. Cabe aí, para a manutenção do serviço público como moto-contínuo, a readequação do contrato para a superação de incidentes transitórios. Tal readequação é para

¹² <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1916-03-30/59928>

causas transitórias e com o único objetivo de manutenção do serviço público. Para obstáculos insuperáveis deverá ser repensado um novo contrato. Esse entendimento da jurisprudência francesa orientou a compreensão contemporânea do equilíbrio econômico-financeiro.

1. O risco e o retorno no contrato administrativo

Na prestação dos serviços, a ação da concessionária é pontuada por retornos equivalentes àqueles obtidos nas atividades do mercado. Por agir em nome do Estado, a base de cálculo do retorno financeiro é composta por uma margem pequena acima do custo da empreitada. Com esse fundamento, a rentabilidade obtida nos períodos de bonança, geralmente, não garante a manutenção dos serviços por longos períodos de recessão econômica. Há aí a necessidade de restabelecimento da condição de execução do contrato por meio do equilíbrio econômico-financeiro.

Em cada atividade concedida para a iniciativa privada existirão particularidades específicas com requisitos necessários para a manutenção do serviço público. Por exemplo, o rigor em uma concessão não será o mesmo para uma parceria público-privada. Na concessão comum, a concessionária explora um serviço e daí retira o devido retorno econômico. Nessa atividade, maior parte do risco recai sobre a concessionária, cabendo ao Estado arcar com custos eventuais na defesa do interesse público. Já na parceria público-privada a simbiose entre o particular e a administração pública trazem ao Estado maior responsabilidade com eventuais riscos inesperados e prejuízos na execução do serviço.

Na concessão comum, as alterações unilaterais – fato do príncipe – que ensejam custos para a continuidade do serviço não são fator determinante para concessão de rearranjos contratuais. Isto porque um novo ônus pode vir acompanhado de outra compensação material. É o caso, por exemplo, do Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público - PGMU que institui as metas para a progressiva universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC¹³.

Para originar compensação é obrigatório observar o caso concreto no contexto, longe disso é mera especulação. Conforme Câmara (2009), por essa particularidade a ideia de

¹³ O Decreto nº 10.610, de 27 de setembro de 2021, ao definir o PGMU, estabeleceu a expansão da cobertura 4G com a redução do Telefone de Uso Público – TUP, conhecidos, vulgarmente, como Orelhões. Com isso, o custo para a implantação de infraestrutura voltada à expansão é diluído com o desencargo do TUP.

equilíbrio econômico-financeiro é vaga e indeterminada. Não há uma fórmula ou padrão para determinar o equilíbrio econômico-financeiro. As cláusulas contratuais não abrangem a totalidade de cenários que podem sugerir o desequilíbrio e nem o delimitam.

Apesar dessa indeterminação, alguns pontos precisam ser considerados como, por exemplo: a quantia a ser dispendida pela concessão; custos decorrentes – passivos trabalhistas, manutenção da infraestrutura recebida, encargos tributários; duração da concessão; variáveis macroeconômicas – inflação e variação cambial¹⁴; receita prioritária e secundária¹⁵; entre outros que compõem o total de ônus e ônus do operador. A partir desses parâmetros é possível trilhar uma base para concepção do equilíbrio econômico-financeiro. O núcleo principal será a preservação do interesse público com a devida manutenção do serviço e a sua prestação de forma adequada¹⁶.

Para a concessionária, o risco inerente à atividade que ela irá desempenhar traz a necessidade de detalhar todos os possíveis ônus e indicar quando e como deverá ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro. O risco natural do investimento não desobriga a administração pública de eventuais repactuações. Há aí um embate entre os dois atores (concessionário e Estado) diante de uma necessidade de pactuar a base necessária para a prestação do serviço de forma adequada.

No desenho do plano de concessão é considerada a viabilidade técnica, econômica e ambiental. Nesse estágio, considera-se a modelagem econômico-financeira que está atrelada a uma projeção da demanda¹⁷. É, portanto, uma análise que antecede a licitação com o intuito de antever cenários. Ocorre que com o lapso temporal para a assinatura do contrato, a volatilidade do mercado poderá ensejar rearranjos¹⁸. Não há que se falar em equilíbrio econômico-financeiro, e sim, em um contrato que contemple o novo cenário.

¹⁴ As concessões são calculadas a longo prazo e em Real, mas muitas concessionárias calculam os investimentos e potenciais retornos em Dólar ou Euro.

¹⁵ Por exemplo, na concessão de um aeroporto a receita prioritária é reflexo da taxa de embarque de cada passageiro; por sua vez, o aeroporto opera com receitas secundárias provenientes da licença para instalação de lojas, restaurantes, estacionamentos, entre outras.

¹⁶ Conforme o § 1º do Art. 6º da Lei nº 8.987/1995 “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (Brasil, 1995).

¹⁷ Nos ditames da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, todo o arcabouço da análise de viabilidade estará contemplado nos princípios gerais e diretrizes específicas da concessão e constarão no edital de desestatização (BRASIL, 1997).

¹⁸ De acordo com a Lei 10.192/2001, o lapso temporal inferior a um ano não enseja a obrigatoriedade de reajuste (BRASIL, 2001).

Uma vez celebrado o contrato, qualquer modificação unilateral que gere aumento de encargo resultará no dever de o poder público restabelecer as condições pactuadas (TÁCITO, 1997). O contrato é fonte de obrigações e ampara a concessionária contra arbitrariedades impostas pela administração pública. As concessões de serviços públicos orientam-se pelo respeito aos contratos como um acordo vinculante entre as partes.

Essa manifestação de vontades deve ser preservada com todo o rigor necessário. A alteração é a excepcionalidade e sempre com respeito ao interesse público na continuidade da prestação dos serviços. É nessa seara que se enquadra o equilíbrio econômico-financeiro, pois restabelecê-lo é reaver o estágio inicial da celebração do contrato. Se não há mais o equilíbrio econômico-financeiro, não existem os elementos que deram base ao contrato entre as partes.

Vale destacar que não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro quando a concessionária desrespeita as cláusulas contratuais e cria para si mais encargos do que vantagens. A má-gestão ou ineficiência da concessionária deve ser combatida e não convalidada com um rearranjo contratual. O concessionário tem o dever de zelar pelo acordo pactuado e isto implica até mesmo na impossibilidade de ele gerar mais ônus para si.

O contrato deverá ser repactuado na existência de áleas extraordinárias cuja essência reside na imprevisibilidade. A repactuação poderá ser exigida quando ato unilateral da administração pública criar obstáculos à execução do contrato sem prever compensações ou quando fatores desconhecidos no momento da celebração do contrato dificultarem a sua execução. Em resumo, o concessionário deverá arcar com os custos da sua má gestão, enquanto a administração pública ficará encarregada de ajustar o contrato na presença de riscos imprevisíveis.

Assim, a concessão, como qualquer outra atividade econômica, apresenta riscos para ambas as partes que devem ser constantemente analisados visando à efetiva manutenção do serviço público. É possível dividir os riscos em ordinários e extraordinários com consequências tanto para concessionárias quanto para o poder concedente.

Os riscos ordinários são previsíveis e, por serem inerentes à atividade da concessão, não necessariamente deverão constar no contrato. O concessionário atua pela administração pública com o objetivo de obter lucros, ele explora uma atividade empresarial. Naturalmente, a má gestão dessa atividade poderá significar prejuízos. Não cabe ao Estado se responsabilizar pelas falhas de gestão do concessionário. Como pressuposto de todo e qualquer negócio, o risco ordinário é natural do empreendimento.

O particular assume o compromisso de manter o serviço público com os bônus e eventuais ônus. Para a execução do serviço, ele garantirá meios adequados de controle, fiscalização e transparência orientados pela boa-fé administrativa. Isso significa que a concessionária não irá se imiscuir da responsabilidade de proteger o patrimônio público e orientar o correto uso das instalações públicas (FREITAS, 2017). Nos casos em que a exploração do serviço público ocorre com imprudência, imperícia ou ineficiência não há que se falar em repactuação. Há aí uma carga que não deverá ser transferida para o poder concedente e tampouco para o cidadão. Como o lucro acima do esperado não é compartilhado com o público, o prejuízo decorrente da ação da concessionária não deverá ser dividido com o Estado (JUSTEN FILHO, 2003).

Há a necessidade de fiscalização para que os prejuízos não sejam repassados exclusivamente aos consumidores. No setor elétrico, por exemplo, são frequentes os casos de furto de energia e furto de cabos. A concessionária de energia elétrica compra da distribuidora uma quantidade de energia e calcula o seu retorno financeiro com base no consumo. O furto de energia gera um desequilíbrio nesse cálculo. Para não ficar em prejuízo, algumas concessionárias costumavam diluir o custo dos furtos entre os consumidores.

Os riscos ordinários inerentes à atividade econômica não poderão ser utilizados para alterar as cláusulas contratuais. Conforme disciplina a Lei 8.987/95, a concessão se efetiva por conta e risco daquele que atua em nome do Estado. Com a celebração do contrato, estão determinados os mecanismos de controle e garantias financeiras vinculadas a uma justa remuneração (BRASIL, 1995a).

No entanto, quando causa superveniente gerar obstáculos à manutenção da concessão, caberá à administração manter a resultante de custos e benefícios que estão previstos no contrato. Tais causas supervenientes ou áleas extraordinárias estão divididas em administrativas e econômicas.

A imprevisibilidade que dificulta a prestação do serviço, altera ou impede o funcionamento das atividades da concessionária, representa riscos extraordinários. Tais riscos, previstos nas áleas administrativas e econômicas, devem ser sopesados para identificar falhas e aperfeiçoar as futuras concessões.

A álea administrativa diz respeito à alteração de benefícios do concessionário a partir de uma interferência da administração pública. Por ter gerado o desequilíbrio e para a garantia

da continuidade do serviço público, a administração deverá avaliar a recomposição financeira sem transferir a responsabilidade para os consumidores.

Por sua vez, a álea extraordinária vincula-se à cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão. Isto é, como fatores extraordinários alteraram as bases contratuais, abre-se a possibilidade de revisão contratual para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Não cabe, com a justificativa do risco imprevisível, interromper o serviço público ou criar custos excessivos aos consumidores. Diante disso, a concessionária, em razão de variáveis incalculáveis, como, por exemplo, crises econômicas, pandemias, estiagens, guerras e outras, pode invocar a cláusula *rebus sic stantibus* para reajustar o contrato.

A Lei das Concessões Públicas – 8.987/1995, em seu Art. 9º § 3º, traz uma hipótese de rearranjo devido ao fato do príncipe. O referido parágrafo aduz que:

ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, **implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso**” (BRASIL, 1995a).

Porém, é preciso salientar que caso a mudança gere benefício à concessionária, a revisão contratual será feita para reduzir o valor da tarifa.

Com relação ao fato do príncipe, alguns pontos precisam ser esclarecidos. A ação administrativa que desencadeará o rearranjo contratual é aquela que contraria diretamente o que está estabelecido no contrato ou é qualquer uma que gere obstáculos ou prejuízos à concessionária? Conforme Tácito (2005), no Brasil, considera-se que qualquer ação da administração pública que gere danos ao concessionário possibilitará ajustes nos termos contratuais. Para tanto, basta que a ação tenha sido efetivada pelo poder público que seja o concedente, ou seja, o fato do príncipe não poderá ser alegado quando, por exemplo, o município crie embaraços em uma concessão da União. Por outro lado, nada impede que a concessionária, amparada pela Teoria da Imprevisão, busque justa reparação. Conforme Di Pietro:

no direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão (DI PIETRO, 2010, p. 341).

Como dito, o fato do príncipe abrange ações que indiretamente tenham gerado externalidades negativas à concessionária. Porém, o poder concedente, em alguns casos, poderá

adotar medidas que contrariam as condições estabelecidas no contrato ou se omitir para efetivar aquilo que foi acordado. Isto ocorre, por exemplo, quando a concessão para ser implementada necessita de regulamentações ou de uma legislação específica. Nesse caso, a inação do poder concedente frustra o pacto que permitiria a concessão, e aí teremos, a partir da teoria do fato da administração, a possibilidade de um rearranjo contratual.

O fato da administração se relaciona ao conjunto de atividades necessárias à devida efetivação da concessão. É a contrapartida do poder público que apenas ele poderá suprir ou que, sua ausência, crie dificuldades para o contratado. Assim, “compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar o seu desequilíbrio econômico” (DI PIETRO, 2010, p. 367). Em resumo, o fato da administração é a ação ou inação que provoca suspensão ou impede a execução do contrato, enquanto o fato do príncipe engloba medidas administrativas não vinculadas ao contrato, mas, por serem estranhas ao cenário prévio, criam embaraços à manutenção da concessão.

Estabelecido o fato da administração há justificativa plausível para o não cumprimento do contrato e a não aplicabilidade de sanções administrativas. Aliado a isso vem a necessidade de reparação dos eventuais prejuízos ocasionados à concessionária. A Lei 8.987/1995 dispõe no § 4º do Art. 9º que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (BRASIL, 1995a). Na hipótese de alteração unilateral do contrato que gere dificuldades para a concessionária será necessária a recomposição do quadro inicial. No entanto, não há previsão de qualquer rearranjo quando a alteração unilateral promova benefícios à concessionária.

Algumas mudanças poderão ocorrer independentemente da vontade da administração pública. Por exemplo, a estiagem poderá encarecer o custo da energia elétrica, fatores externos poderão dificultar a construção de uma linha de transmissão, etc. Porém, poderá o poder concedente recorrer à alegativa de força maior para se desobrigar a cumprir as cláusulas contratuais? Para responder essa indagação será necessário analisar a diferença entre fato da administração e força maior.

Por força maior entende-se a variável que surge após a celebração do contrato independentemente da vontade das partes (imprevisível e inevitável) e que impede a manutenção do acordo como havia sido convencionado. Nesse caso, a Lei 14.133/2021, em seu

art. 137, inciso V, disciplina que “constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: (...) V - caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato” (BRASIL, 2021). Isto é, havendo algo novo que impeça a administração de cumprir o contrato poderá dar-se aí causa para extinção do contrato sem ressarcimentos à concessionária por se tratar de risco inerente à atividade empresarial. No entanto, deverá ser comprovado que o risco, no momento em que o contrato fora estabelecido, era imprevisível e inevitável. Já o fato da administração não deverá ter relação com caso fortuito ou força maior, e sim, partir de uma ação ou inação direcionada objetivamente a dificultar o exercício da concessão. Se o administrador, para evitar ou dificultar a execução do contrato, estabelecer um fato da administração e apresentá-lo como decorrente de caso fortuito, estará recorrendo em improbidade administrativa.

Um ponto importante para destacar é quanto à possibilidade de, a partir da *exceptio non adimpleti contractus*, a concessionária interromper o serviço e rescindir unilateralmente o contrato. O contrato administrativo, como qualquer outro, cria obrigações a todos, porém, com o diferencial de definir questões públicas que extrapolam governos. Tais questões não se amoldam a interesses políticos momentâneos e sim ao interesse público. Como o contrato administrativo vincula-se à proteção do interesse público, não poderá o particular rescindi-lo por sua vontade espontânea.

A rescisão do contrato deverá ser feita pela via administrativa ou judicial¹⁹. O contratado poderá alegar que a manutenção do interesse público exigirá esforços que ele não poderá suportar. Nesse ínterim, até que a rescisão contratual seja deferida, a concessionária deverá manter a execução das atividades contratadas.

Além da álea administrativa, temos, entre as áleas extraordinárias, a álea econômica. Tal álea abrange fatos imprevistos e inevitáveis, alheios à vontade do contratante e do contratado, que tornam a execução do contrato uma ameaça para a existência do contratado. Isto é, nesse novo cenário, a concessionária estará em desequilíbrio ou desvantagem arcando com uma carga não pactuada que poderá até levá-la à falência.

¹⁹ Conforme o art. 138 da Lei 14.133/2021 o contrato administrativo poderá ser extinto pela administração, consensualmente, por decisão arbitral ou por decisão judicial (BRASIL, 2021).

Por se tratar de acontecimentos extraordinários e imprevistos, aplica-se a teoria da imprevisão²⁰. O entendimento é de que o contratante não pode obter vantagem sobre o contratado com fato posterior que gere desequilíbrio contratual. O pacto deve ser preservado desde que não crie prejuízos que não poderiam ser previstos. Assim, quando os encargos extrapolarem o previsto haverá um desequilíbrio que exigirá repactuação.

No Direito Administrativo brasileiro, tal repactuação é acatada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Como observa Medauar (2020, p. 219), “se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também”. Há pacificado o entendimento de que a alteração unilateral do contrato deverá manter observância ao direito dos contratados. No entanto, Di Pietro (2010, p. 378) destaca que a repactuação “é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração”.

Para que o contrato seja revisto deve ser considerado o interesse público, e devem ser observados os seguintes requisitos: necessidade de que no momento da celebração não haja a possibilidade de conhecimento sobre evento futuro que possa alterar as bases contratuais; uma vez surgindo tal evento, é preciso analisar se ele não foi desencadeado por ato ou omissão de uma das partes; se não há meio adequado a ser empregado com o intuito de mitigar os efeitos do elemento imprevisto e, por último, cabe identificar o impacto do evento para a continuidade da prestação do serviço público.

O contrato não deverá ser revisto se o fato for de fácil previsão, isto é, não preencher o requisito da extraordinariedade, ou quando suas consequências forem brandas. Não cabe à administração reajustar o contrato apenas para reverter um prejuízo momentâneo do contratado. Vale também observar a boa-fé, pois a teoria da imprevisão não será utilizada para corrigir falhas do contratado.

Cabe destacar que a álea econômica não pode ser confundida com a força maior. Tanto a álea econômica quanto a força maior tratam-se de fato inevitável e imprevisível pelas partes. No entanto, a álea econômica cria apenas um impedimento econômico, enquanto a força maior impossibilita a continuidade do contrato. Na existência da álea econômica, para a restauração da viabilidade econômica, há a aplicação da teoria da imprevisibilidade que permite rearranjo

²⁰ A teoria da imprevisão se baseia na afirmação de que: "contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur" [os contratos que têm trato sucessivo ou dependência do futuro entendem-se condicionados pela manutenção do atual estado das coisas]. Resumida na cláusula rebus sic stantibus, o entendimento é de que o contrato deve reger pela boa-fé e preservação daquilo que foi acordado.

contratual; por outro lado, a força maior abre espaço para que o contrato seja rescindido por uma das partes.

2. Evolução do equilíbrio econômico-financeiro no Brasil

Como dito anteriormente, a base do princípio do equilíbrio econômico-financeiro reside no direito administrativo francês. No século XX, o seu desenvolvimento tinha a perspectiva de aliar um Estado forte (marca do direito administrativo francês) com um liberalismo incipiente. Em suma, o objetivo era manter o autoritarismo estatal *pari passu* à necessidade de respeitar direitos dos particulares.

Esse instituto é importado para o Brasil em um cenário diverso daquele existente na França²¹. Dois pontos distinguem os dois países: a motivação estatal em encampar algumas atividades e o interesse dos particulares em desenvolver determinados serviços. Na França, as concessionárias locais alimentaram a construção de uma nova relação entre os agentes públicos e privados. No Brasil, por sua vez, a instabilidade política e a fragilidade das instituições locais geraram um cenário de incertezas para os investidores.

Para possibilitar a concessão dos serviços públicos era preciso criar garantias de que contratos seriam respeitados, principalmente, quanto aos retornos econômicos e à proteção do patrimônio do investidor. Por esse motivo, no Brasil, o início da atuação do particular no lugar do Estado se deu através de capital externo. Os investidores estrangeiros possuíam maior poder de barganha quanto à proteção dos investimentos e identificavam maior viabilidade nas ações a serem executadas. Assim, é por meio de investimentos diretos ou terceirizados (empréstimos) que há a massificação de concessões, sobretudo, em setores estratégicos como estradas de ferro, produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Para absorver o aporte externo, algumas estratégias foram desenhadas. Entre elas, desonerar as concessionárias de tributos de importação, flexibilizar desapropriações e

²¹ As bases doutrinárias do direito administrativo brasileiro encontram-se amparadas no direito administrativo francês.

estabelecer margem mínima de retorno financeiro. Assim, com o intuito de possibilitar rentabilidade, um dos critérios foi a aplicação de juros entre 5% e 7% e mais subvenções temporárias. Em 1852, com a finalidade de estimular a construção de estradas de ferro, o Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852, concedia, por prazo que não poderia exceder noventa anos, a autorização para a construção de estradas de ferro (BRASIL, 1852). Nessa empreitada, o governo garantiria para a concessionária juros de até 5% sobre o capital empregado. Desse modo, estava consignada a previsão de uma margem mínima de retorno vinculada ao total do investimento.

Nas concessões do setor de energia elétrica e gás, o embrião do equilíbrio econômico-financeiro aparecia por meio das cláusulas-ouro. A cláusula-ouro atrelava o valor devido à cotação do ouro. Tal medida tinha o condão de proteger as concessionárias contra as oscilações cambiais. Ela possibilitava que os investimentos estrangeiros não fossem subitamente depreciados²².

Vale ressaltar que a cláusula-ouro era o padrão observado em diversas nações. O padrão-ouro consistia em vincular o valor da moeda ao ouro. A cada emissão de moeda subentendia-se que havia uma quantia de ouro equivalente. Esse padrão começa a cair com a Primeira Guerra Mundial e sucumbe com a Crise de 1929. No Brasil, a Revolução de 1930, em nome da soberania nacional, ao alterar as bases políticas da República Velha, criou medidas econômicas que extinguiram os vínculos monetários e contratuais com o ouro.

O governo lançou o papel moeda de curso forçado e proibiu que os bancos nacionais ofertassem contas correntes em moedas estrangeiras. Para piorar, a Constituição de 1934 proibiu a continuidade dos contratos de concessão com garantia de juros. A partir de tais medidas, as concessionárias de serviços públicos perderam a rentabilidade que obtinham. Com baixa rentabilidade, as concessionárias reduziram os investimentos e aos poucos abandonaram as concessões que, por sua vez, foram encampadas pelo governo.

Para mitigar os efeitos decorrentes dessas inovações, a Constituição de 1934, em seu art. 137, instituiu a revisão contínua do valor das tarifas como meio para alcançar retribuição adequada às concessionárias (BRASIL, 1934). Com o mesmo objetivo, a Constituição de 1937 sustenta que “a lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos

²² Na República Velha, o princípio da "Cláusula Ouro" se expandiu como base dos negócios. O Código Civil de 1916, no art. 947, § 1º dispunha que "é, porém, lícito às partes estipular ["o pagamento em dinheiro"] que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira".

explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços” (BRASIL, 1937). Nesse entendimento, o cálculo da tarifa deveria considerar o retorno sobre o capital investido e a necessidade de expansão dos serviços prestados. Esse mesmo entendimento estava presente na Constituição de 1946 (BRASIL, 1946).

Já a Constituição de 1967, sobretudo com a reforma de 1969, ampliou a compreensão sobre o papel da tarifa (BRASIL, 1967). Manteve-se o entendimento de que a tarifa teria como finalidade possibilitar retorno adequado do capital investido e, também, deveria contribuir para a expansão dos serviços. As alterações constitucionais de 1969 trouxeram ainda a ideia de que o cálculo tarifário deveria englobar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

No tocante ao equilíbrio econômico-financeiro, a Constituição de 1988 marca um retrocesso. Enquanto a Constituição de 1967 apresentava claramente a defesa da necessidade de um equilíbrio econômico-financeiro, a Constituição de 1988 se limitou a delegar à lei ordinária a regulamentação do regime de concessão, especificamente, acerca dos contratos, política tarifária, ininterrupção e serviço adequado (BRASIL, 1988).

Como dito anteriormente, a Constituição de 1988, especificamente no Art. 175, dispõe que lei ordinária deverá disciplinar as concessões públicas²³ (BRASIL, 1988). Com a reforma administrativa de 1995, há a necessidade de uma melhor orientação e maior previsibilidade sobre o regime de concessão. Nesse contexto, a Lei nº 8.987/1995 no § 2º do Art. 9º traz que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (BRASIL, 1995a). Em suma, a tarifa estaria vinculada a regras de previsão previstas na Lei nº 8.987/1995, no edital e no contrato de concessão.

A Reforma Administrativa de 1995 precisava atrair investidores externos e internos e, para tanto, tinha como principal obstáculo garantir que os negócios seriam respeitados. Com toda a insegurança jurídica que rondou esse tipo de investimento nas últimas décadas, foi necessário estabelecer alguns mecanismos para incentivar as concessões e proporcionar

²³ A CF 1988, no seu artigo 37 XXI, sustenta que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com **cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988). A partir da leitura deste inciso, depreende-se a compreensão de que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro está amparado pela Constituição. Entende-se que “para serem mantidas as efetivas condições da proposta (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial” (MELLO, 2019, pág. 619).

retornos razoáveis ao capital investido. Assim, surgem as agências reguladoras como autarquias com a função de fiscalizar o cumprimento dos contratos e atuar pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Com as agências reguladoras, os contratos ficam blindados de interferências do governo.

Atualmente, no âmbito do setor elétrico, os contratos trazem cláusulas específicas de reajuste tarifário com uma política tarifária que respeita o cronograma de reajuste dentro do cálculo previamente definido, como também, em caso da necessidade de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro, há a previsão legal e contratual de revisão que é protegida e fiscalizada pela Aneel.

Capítulo 3 – A pandemia e o equilíbrio econômico-financeiro no setor elétrico brasileiro

Com a pandemia da Covid-19 e o seu impacto na economia, a discussão sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos do setor elétrico tornou-se providencial. Devido às características do setor elétrico, que o tornam essencial à população, e às medidas a serem cumpridas pelas concessionárias, faz-se necessário analisar como o equilíbrio do contrato tem sido abordado e incorporado pelos agentes do setor.

O setor elétrico envolve três atores fundamentais: geradores, transmissores e distribuidores. Cada um ocupa um papel distinto: os geradores produzem a energia, que é repassada aos distribuidores através de empresas transmissoras. Na ponta final, o consumidor mantém relação mais próxima com as concessionárias distribuidoras. Como já mencionado, para regulamentar a ação desses atores temos as agências reguladoras. No caso específico do setor elétrico essa função cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

A Aneel tem a missão de regular o setor como órgão do Estado. Isto é, ela não representa o interesse do governo, como também não é mecanismo de defesa dos consumidores. A Aneel, autarquia federal de regime especial, foi criada em 1997, em substituição ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE. Como autarquia, a Agência possui autonomia financeira com base em encargos setoriais.

Além da regulação do setor elétrico, a Aneel apresenta como objetivos: promoção da concorrência justa e equilibrada entre as concessionárias; vinculação das concessionárias a metas de eficiência que prezem pela proteção do meio ambiente; abertura de mecanismos de diálogo com consumidores; e promoção da participação da sociedade civil²⁴.

Como parte da autonomia da Agência, há a independência das suas decisões que passam pelo crivo do Legislativo, Executivo e Judiciário apenas como controle externo. Além disso, os dirigentes não são ocupantes de cargos *ad nutum*, isto é, após a nomeação eles não poderão ser demitidos por vontade do Presidente da República. Boa parte do controle do processo de tomada de decisão da agência se dá através da participação dos regulados e sociedade civil. Vale salientar que a agência não é órgão do governo e, portanto, não efetiva política governamental²⁵.

²⁴ A Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, orienta que o poder concedente deve criar meios para ampliar o diálogo com a sociedade civil. Conforme preceitua o artigo 29, § XII, o poder concedente deve “estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço” (BRASIL, 1995a).

²⁵ O controle social está amparado pela Lei n.º 9.427/1996 que instituiu a Aneel (Brasil, 1996).

A Aneel atua em meio aos conflitos e interesses das concessionárias, governo e sociedade civil. As concessionárias são titulares de serviço público delegado através de licitação do tipo concorrência ou diálogo competitivo. Elas são de três tipos: geradoras, distribuidoras e transmissoras de energia. As geradoras vão desde grandes geradoras, Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCH, aos Produtores Independentes de Energia Elétrica - PIE. As transmissoras são responsáveis pela infraestrutura que leva a energia dos produtores às distribuidoras. Por sua vez, as distribuidoras atuam em um monopólio natural entregando a energia elétrica ao consumidor final.

A agência reguladora não faz a defesa de interesses das concessionárias ou dos consumidores, ela cria políticas regulatórias para o setor que está sob sua regulação. Na regulação do setor elétrico, a Aneel tem a competência de fiscalizar a execução do contrato de concessão e, conseqüentemente, proteger o equilíbrio econômico-financeiro. A agência busca preservar as concessionárias de cargas além daquelas definidas em contrato. O particular agindo pelo Estado não deve ser onerado por políticas governamentais equivocadas ou pela má gestão do setor público.

Para as geradoras, os contratos de concessão apresentam duração de 35 anos, e, para distribuidoras e transmissoras, o prazo do contrato é de 30 anos. A Lei 9.074 de 1995 estabelece que as concessões poderão ser prorrogadas por meio de requerimento que comprove a adequação das concessionárias às normas vigentes (BRASIL, 1995b). A Medida Provisória 579, de 11/09/2012, convertida na Lei 12.783 de 2013, apresentou um conjunto de regras sobre a renovação das concessões no setor elétrico (BRASIL, 2013). Tal MP definiu que a prorrogação seria permitida, a critério do poder concedente, uma única vez pelo prazo de 30 anos²⁶.

O Decreto 8.461 de 2015 regulamentou o procedimento de prorrogação das concessões das distribuidoras (BRASIL, 2015). Caberá ao Ministério de Minas e Energia estabelecer os termos contratuais da prorrogação. As concessões que, por algum motivo, não venham a ser prorrogadas serão licitadas por até trinta anos.

Como os contratos são de longo prazo, alguns imprevistos poderão aparecer tornando difícil a prestação do serviço público. A Aneel atuará para revisar os contratos e readequá-los ao contexto momentâneo. Nesse ambiente de interesses difusos é importante observar a atuação

²⁶ A MP 579 provocou uma série de renovações antecipadas que, conforme a Aneel, provocaram um aumento na tarifa de energia elétrica 20% acima da inflação.

da agência na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, principalmente quando este afeta questões como o interesse dos consumidores, o consumo de energia como parte do mínimo existencial, questões ambientais e a concorrência entre os atores.

1. Política regulatória tarifária

Para compreender a política regulatória tarifária é importante fazer a distinção entre reajuste de revisão. Reajuste é utilizado para atualização, dentro de um cronograma pré-estabelecido, do valor da tarifa. Para essa medida, busca-se uma mera correção entre o custo dos insumos e o valor cobrado ao consumidor. Assim, o reajuste estará especificado no processo licitatório e fará parte do contrato administrativo celebrado entre a concessionária e o poder concedente²⁷. Vale destacar que a atuação do órgão regulador prioriza uma política adequada de estímulo à universalização do acesso à energia elétrica que ainda esbarra no custo da tarifa para o consumidor residencial²⁸.

A Lei 14.133/2021 no Art. 6º LVIII apresenta o reajuste como “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que **deve retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais” (BRASIL, 2021). Isto é, o reajuste não deverá ser adotado como meio de ampliar o lucro da concessionária, mas sim, como meio de garantia de execução do contrato sem percalços.

O contrato administrativo sem cláusula de reajuste é um contrato passível de anulação pelo contratado sem qualquer penalidade administrativa. Essa concepção é compartilhada por Joel de Menezes Niebuhr e Marçal Justen Filho, que compreendem a ausência de previsão de

²⁷ A Constituição Federal de 1988, no Art. 37, inciso XXI, dispõe que: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988). É preciso analisar a proposta como preponderante na pactuação. A ausência de cláusula contratual disciplinando o reajuste contraria a C.F. e torna o contrato administrativo um ato imperfeito que deverá ser rescindido ou convalidado com saneamento dos seus vícios.

²⁸ O alto custo da tarifa resulta em inadimplência e furtos de energia. Ao fim e ao cabo, o prejuízo com furtos é repassado para consumidores adimplentes, o que torna a tarifa mais cara (TOLMASQUIM, 2011).

reajuste no edital como ensejadora de anulação por ilegalidade (NIEBUHR, 2011; JUSTEN FILHO, 2016). Conforme a Lei 14.133/2021, obrigatoriamente o edital deverá constar o índice de reajuste (BRASIL, 2021). Tal índice deve manter vínculo com os preços praticados sobre os insumos que impactam diretamente o contrato. Não é permitido utilizar a variação de um mercado não condizente com o cenário local.

A periodicidade do reajuste a ser adotada é a anual, ou seja, após 12 meses deverá ser concedido o reajuste com base em índices que traduzam a elevação de preços de suprimentos do setor²⁹. Caso a administração retarde o reajuste, ela deverá pagar retroativo para a empresa contratada. O atraso no reajuste gera enriquecimento sem causa para a administração pública ou consumidores e danos diretos à concessionária. Não pode a concessionária arcar com a ineficiência do poder concedente e muito menos os gestores poderão utilizá-la com fins político-eleitorais.

O reajuste está previsto no contrato e vinculado a variáveis que, de certa forma, são previsíveis. Por sua vez, a revisão tem como base a restauração do equilíbrio econômico-financeiro perdido a partir de fatos imprevisíveis ou incontroláveis. Enquanto a revisão deverá estar prevista no edital licitatório, o reajuste não necessariamente precisa vir expresso em cláusula contratual.

Conforme o art. 29, inciso V, da Lei 8.987/1995, compete ao poder concedente “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato” (BRASIL, 1995a). Ao traçar a diferenciação entre reajuste e revisão, a Lei 8.987/1995 esclarece que o reajuste será homologado, pois as bases de cálculo já fazem parte de uma política tarifária que vincula a administração. Por sua vez, a revisão será efetivada a partir de análise rigorosa sobre como o equilíbrio econômico-financeiro deverá ser reestabelecido.

No setor elétrico, os contratos de concessão partem da ideia do regime de Tarifas por Preço (price-cap). Tais contratos foram desenhados em um quadro lógico institucional-regulatório que representa o resultado de décadas de refinamento da teoria regulatória. Assim,

²⁹ O reajuste deverá ser formalizado por meio de aditivo contratual ou termo de apostilamento.

a ideia é ampliar a busca pela eficiência entregando um serviço melhor e mais adequado ao consumidor³⁰.

Como o setor elétrico, no âmbito da distribuição é composto por um monopólio natural, isto é, não há margem para o consumidor escolher a concessionária, o regime de Tarifas por Preços supre as limitações regulatórias que uma livre concorrência não apresentaria. A Tarifa por Preço pressupõe ganho de eficiência ao manter um teto tarifário (estabelecido pelo órgão regulador) vinculado à inflação e variáveis de produtividade. Para a concessionária obter um maior retorno, precisará rever os seus procedimentos.

Na Tarifa por Preço, a margem de retorno é definida no ato da contratação considerando as circunstâncias do momento da licitação. É considerada sempre a manutenção do serviço público com uma qualidade razoável e ganho financeiro atrativo para a concessionária (SAPPINGTON; WEISMAN, 2010). Nessa equação, a concessionária não poderá diminuir custos em detrimento da qualidade do serviço.

A Tarifa por Preço é estímulo para a eficiência, mas não pode significar uma autorização para um serviço de baixa qualidade. Diante disso, a Aneel atua como ente regulador para promover não apenas um serviço eficiente, mas que tenha qualidade e que possibilite a manutenção do contrato a longo prazo. Conforme Jamasb e Pollitt (2000), para que as concessionárias não se prendam a uma busca desenfreada pelo lucro, a agência reguladora cumpre o importante papel de determinar metas que mantenham o contrato alinhado à perspectiva estatal. As metas deverão ser compostas de indicadores com variáveis que orientem o controle e a fiscalização contratual. É importante que o indicador consolide características particulares de cada operador e que ao mesmo tempo colabore para mapear deficiências e sirva como mecanismos de comparação entre os agentes.

Com base nisso, o órgão regulador tem a Tarifa por Preço como um gatilho para melhores serviços e fiscalização contratual. Se a concessionária se adequa às metas estabelecidas, ela terá a possibilidade de ampliar o valor da tarifa. Como a Tarifa por Preço vincula o valor da tarifa ao desempenho das concessionárias, é necessário que o cálculo utilizado pela agência reguladora seja estável e discutido entre as partes, devendo sempre prever metas possíveis de serem atingidas.

³⁰ A distribuidora possui dois meios de compensação financeira. O principal meio ainda é a tarifa paga pelos consumidores; no entanto, uma fonte secundária que cresce a cada ano é a utilização da rede por produtores individuais.

Nesse modelo, a regulação exercida pela Aneel pode ser considerada como uma regulação por incentivo, já que não há necessariamente relação entre a remuneração prevista e o custo da produção ou distribuição de energia. O que há é um ciclo tarifário inicial que oferece à concessionária a possibilidade de controle maior sobre o que receberá e, após esse intervalo, ciclos tarifários que buscam a revisão da tarifa com o intuito da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Pela execução do serviço público há um pagamento de natureza não tributária destinado a ressarcir o Estado ou quem ele delega. O “preço público” ou “tarifa” é o pagamento realizado pelo usuário ao prestador do serviço público³¹. A tarifa não é um tributo e está vinculada ao contrato de adesão que vincula o usuário ao prestador do serviço público. É importante ressaltar que, caso a concessionária fosse remunerada, exclusivamente, pela administração pública, não poderia se falar em concessão de serviço público. A concessão requer a tarifa ou qualquer contraprestação pecuniária sem a participação direta do Estado.

Conforme a Lei 8.987/1995, a concessão requer que a pessoa jurídica ou consórcio de empresas tenha a capacidade de manter a execução do serviço público por sua conta e risco (BRASIL, 1995a). Por sua conta e risco, entende-se que o particular manterá a empreitada sem a intervenção da administração pública. Caso houvesse controle e contraprestação pecuniária por parte da administração pública, tratar-se-ia de uma terceirização.

A Constituição de 1988 não definiu como deveria ser estabelecida a política tarifária, reservando essa ação para Lei Complementar (BRASIL, 1988). Por sua vez, a Constituição de 1967 estabelecia que a tarifa teria como meta a justa remuneração, melhoramento e expansão dos serviços (BRASIL, 1967). Além disso, estaria vinculada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previsto no contrato.

Em conformidade com a Constituição de 1967, a jurisprudência considera que a política tarifária a ser adotada deve assegurar a continuidade do serviço público com a sua contínua ampliação, modernização e eficiência do serviço prestado. Para tanto, para preservar o

³¹ A “tarifa” não deve ser confundida com a “taxa”. Esta última é um tributo que se caracteriza como obrigação compulsória. Vale ainda destacar que pessoas de direito privado não estão autorizadas a exigir tributos pelos serviços que realizam, logo, não poderão recolher taxas. Com base nisso, as concessionárias não podem ser remuneradas por meio de taxas. A regra é que as concessionárias sejam recompensadas diretamente pelo usuário por meio de tarifas. Entretanto, algumas concessões permitem a substituição da tarifa por outra forma de financiamento. Por exemplo, a maior parte das concessionárias de rádio ou de televisão é remunerada pelos anunciantes e não pelo ouvinte ou telespectador.

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ela deve incorporar mecanismos periódicos de reajuste dos valores praticados.

A Lei 8.987/1995 apresenta um capítulo sobre a política tarifária, mas não delimita como e quando as revisões tarifárias serão adotadas. O Art. 9º § 2º da Lei 8.987/1995 sustenta que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (BRASIL, 1995a). Ou seja, caberá a cada contrato de concessão apresentar como se dará o reajuste tarifário.

Como o contrato vincula as partes, não poderá a concessionária, em ato unilateral, dispor dos reajustes. Isto porque a tarifa é inerente à ideia de serviço público contínuo, adequado e eficiente. Por outro lado, o valor da tarifa não pode ser elevado de uma forma que limite o acesso dos cidadãos ao serviço público. É preciso casar a “modicidade das tarifas” (prevista no Art. 6º, § 1º da Lei 8.987/1995) com retorno justo sobre o capital investido afastando o lucro exorbitante (BRASIL, 1995a). O investidor é livre para buscar uma margem elevada de lucro em outras atividades econômicas. Segundo Schirato (2013, p. 153), é preciso que haja proporcionalidade “entre a prestação dos serviços e os custos necessários para tanto, de forma que a definição de tarifa módica deve ser o menor custo possível para permitir a cobertura integral de todos os custos incorridos com a prestação do serviço público”.

Conforme o Art. 11 da Lei 8.987/1995, o edital de licitação poderá prever “a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995a). As outras receitas das concessionárias estão ligadas a atividades acessórias próprias e atividades acessórias complementares.

Atividades acessórias próprias são prestadas diretamente pela concessionária e estão sujeitas a fiscalização. Por exemplo, a concessionária poderá estabelecer convênios para arrecadar valores por meio da conta de energia elétrica, cobrar por propagandas na fatura ou no site da companhia de energia; alugar imóveis ou estruturas. No caso das distribuidoras de energia elétrica, há ainda a permissão de cobrança pelo compartilhamento da infraestrutura. Isto permite, por exemplo, que as concessionárias exijam pagamentos pelos equipamentos colocados em postes da rede elétrica. Os preços cobrados pela utilização da infraestrutura devem ser negociados livremente entre os agentes garantindo a isonomia³².

³² Para evitar desequilíbrio entre as grandes e pequenas provedoras de Internet, a Aneel fixou em R\$ 4,39 o valor de referência por ponto de fixação nos postes.

Por sua vez, as atividades acessórias complementares são aquelas não reguladas que podem ser prestadas por empresas terceirizadas como, por exemplo: projeto, instalação e manutenção de estruturas elétricas; subestações de energia; projetos de eficiência energética; pontos de recarga de veículos elétricos; serviços de comunicação de dados³³; cursos e consultorias. Vale destacar que o valor recebido pelas distribuidoras com as atividades acessórias entrará na análise do equilíbrio econômico-financeiro.

Como já dito, a Lei 8.987/1995 prevê que se mantenha controle sobre a tarifa praticando reajustes periódicos (BRASIL, 1995a). Não há menção à margem de retorno das concessionárias, o que faz com que os ganhos obtidos com sublocação de equipamentos ou infraestrutura não representem benefícios diretos para a população. Ou seja, as concessionárias encontram receitas que impactam positivamente nos seus lucros, mas mantêm a tarifa alinhada a reajustes periódicos com base, sobretudo, na inflação³⁴.

A revisão e o reajuste tarifário, conforme estabelecido nos contratos de concessão, são os procedimentos utilizados para garantir que os lucros não sejam exorbitantes ou que as tarifas não sejam insuficientes para a manutenção do serviço público. O reajuste é uma medida de atualização dos preços que visa a adequar as tarifas aos custos de operação das distribuidoras. Já a revisão tarifária tem o propósito de manter o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias. O reajuste é feito anualmente, concedido a cada doze meses a partir da data em que ocorreu a assinatura do contrato de concessão, enquanto a revisão poderá ocorrer por meio da revisão periódica ou da revisão extraordinária.

O reajuste anual está presente nos contratos de concessão como forma de realinhar o custo da energia aos valores pagos pelos consumidores. As concessionárias não estão autorizadas a alterar tais cláusulas unilateralmente estabelecendo novas regras sobre o cálculo tarifário e o cronograma do reajuste.

O contrato define expressamente como se dará o reajuste anual que deve sempre considerar a variação nos custos não-gerenciáveis (Parcela A). Custos não-gerenciáveis são aqueles vinculados à geração, transmissão de energia e pagamento de obrigações setoriais. A

³³ As distribuidoras de energia podem utilizar a sua rede para prover Internet a partir da tecnologia Power Line Communication (PLC). No Brasil, a Copel (distribuidora do Paraná) foi a primeira a utilizar a sua rede para fornecer Internet diretamente aos consumidores. Há a possibilidade de as concessionárias apenas fornecerem a estrutura para que outras empresas operem o serviço de dados.

³⁴ A atuação da Aneel deve partir da premissa de que regula um serviço público primordial para a população e que, portanto, tal serviço precisa manter tarifas módicas ou estabelecer políticas que permitam o acesso à energia elétrica até mesmo àqueles que não podem pagar por este serviço.

distribuidora é uma intermediária entre a geradora e o consumidor final. Para tanto, ela firma contratos de compra de energia e de transmissão dessa energia sempre considerando a estimativa de consumo. A Parcela A é responsável por 75% da receita das concessionárias.

Por sua vez, os custos gerenciáveis (Parcela B) são aqueles sobre os quais a distribuidora possui controle, como, por exemplo, emissão de boletos, manutenção de centrais de atendimento, manutenção da rede, etc. A Parcela B corresponde a aproximadamente 25% da receita da distribuidora. A atualização dos custos gerenciáveis considera sempre o Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M)³⁵.

Ao estipular os custos, a Aneel parte de uma Empresa de Referência hipotética cuja atuação se dá com eficiência e que mantém investimentos condizentes com a sua carteira de clientes. No momento que a distribuidora tem ganhos além do esperado pela Empresa de Referência aplica-se o Fator X. O Fator X funciona como deflator do IGP-M, pois considera que o ganho de produtividade deve acompanhar o valor da tarifa. Em resumo, quanto maior for o ganho de produtividade menor será o impacto do IGP-M sobre a Parcela B.

Na composição da tarifa há ainda o peso dos encargos e tributos que, atualmente, correspondem a mais de 40% do custo da conta de energia³⁶. Os encargos setoriais representam o custo da fiscalização, operacionalização e regulação do setor elétrico. Se por um lado, a concessão visa a eficiência, por outro lado, a manutenção do setor elétrico tem gerado custos que recaem diretamente sobre os consumidores.

Os principais encargos do setor elétrico são: CFURH – Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos³⁷; CDE – Conta de Desenvolvimento Energético³⁸; RGR – Reserva Global de Reversão³⁹; TFSEE – Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica⁴⁰; ESS – Encargos de Serviços do Sistema⁴¹; ONS – Custos do Operador Nacional do

³⁵ O IGP-M é utilizado para identificar a variação de preços e monitorar o aumento da inflação. O IGP-M é calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e considera um conjunto de itens de consumo.

³⁶ Conforme o Instituto Acende Brasil, em 2019, 47,3% da arrecadação das empresas que compõem o setor elétrico destinaram-se ao pagamento de impostos (36,5% da arrecadação) e encargos setoriais (10,8% da arrecadação).

³⁷ As usinas hidrelétricas utilizam vasta área territorial de alguns municípios. Como medida compensatória, em 1989, foi criada a CFURH.

³⁸ ACDE é parte da política de diversificação da matriz energética brasileira. O objetivo é dar capacidade de concorrência para fontes como a energia solar e eólica.

³⁹ A RGR foi instituída em 1957 com o objetivo de ser um fundo voltado a possibilitar a ampliação e modernização da infraestrutura elétrica que, naquele momento, era quase toda estatal.

⁴⁰ Em 1996, para que a Aneel tivesse autonomia financeira foi criada a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE.

⁴¹ ESS é um encargo voltado para aperfeiçoamento do sistema elétrico. Ele foi criado em 1998 e é repassado para a CCEE.

Sistema⁴²; Proinfa – Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica⁴³; P&D – Pesquisa e Desenvolvimento; PEE – Programa de Eficiência Energética; EPE – Empresa de Pesquisa Energética; FNDCT – Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Com relação aos tributos, o consumidor arca direta ou indiretamente com: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS; Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública - Cosip; PIS/PASEP e COFINS.

Como dito anteriormente, a revisão é o meio de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. Para que seja repostado o equilíbrio econômico-financeiro, a Aneel emite pareceres que, por sua vez, darão base a resoluções com medidas que deverão ser adotadas no processo de revisão das tarifas. Na discussão sobre a tarifa mais adequada para cada concessionária, a Aneel realiza audiências públicas com os consumidores⁴⁴ para, somente após esse procedimento, instituir a resolução que autoriza o reajuste. Nessa política tarifária, a Aneel procura não inviabilizar a captação investimentos, principalmente, aqueles que significam melhoria da qualidade do serviço e ampliação da rede⁴⁵.

O contrato de concessão apresenta duas modalidades de revisão, a Revisão Tarifária Extraordinária – RTE e a Revisão Periódica. A Revisão Tarifária Extraordinária é disciplinada pelo Submódulo 2.9 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, que indica que a RTE poderá ser solicitada pela concessionária ou ser efetivada *ex officio* pela Aneel quando ocorrer algum evento extraordinário que desfaça o equilíbrio econômico-financeiro. Além

⁴² O Operador Nacional do Sistema Elétrico é uma entidade de direito privado sem fins lucrativos. Para o seu funcionamento, cobra dos associados uma taxa que visa à manutenção das atividades de coordenação do setor elétrico.

⁴³ O Proinfa foi criado em 2002, com a meta de estimular a geração de energia limpa. Naquele momento, a produção de energia eólica e solar era insignificante. Apesar de novas tecnologias e do crescimento das fontes renováveis na matriz energética brasileira, o encargo ainda se mantém.

⁴⁴ As audiências públicas estão entre os mecanismos de controle da Aneel. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, disciplina como se efetivará o controle social das agências reguladoras brasileiras. Em seu art. 4º sustenta que “antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo”. Determina que “são objetos de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado” e possibilita às “associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o respectivo processo e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar, observadas as disponibilidades orçamentárias e os limites e requisitos fixados em regulamento, com as despesas decorrentes” (BRASIL, 2000).

⁴⁵ A ampliação da rede tem sido encarada como política governamental e, muitas vezes, é encampada pelo Estado.

disso, a RTE também poderá ser utilizada quando o poder concedente criar, alterar ou extinguir tributos ou encargos legais com impactos significativos sobre as concessionárias.

Para solicitar a revisão extraordinária será preciso demonstrar o efeito que o evento extraordinário produz sobre as receitas da concessionária. Conforme o Submódulo 2.9, o pedido deverá conter: o fato que originou o desequilíbrio; o vínculo do fato com a perda de equilíbrio econômico-financeiro; as medidas adotadas pela distribuidora com o intuito de reduzir os impactos e equacionar o suposto desequilíbrio econômico-financeiro. A RTE não deverá ser utilizada para arcar com falhas da distribuidora ou correções que correspondem ao Reajuste Anual. Para manter a transparência, os pedidos não serão considerados como confidenciais ou sigilosos.

O rito da RTE estabelece que as solicitações não deverão ser acolhidas quando, decorrentes de desequilíbrio na Parcela B, sejam realizadas em até seis meses antes da Revisão Tarifária ou, nos casos provenientes da Parcela A, encaminhadas com quatro meses da data da Revisão Tarifária.

Cabe à Aneel analisar a procedência do pedido e autorizar ou não a abertura do processo de revisão. A Aneel poderá iniciar a revisão tarifária extraordinária quando houver repercussão geral. Nos últimos dez anos, foram instaurados poucos processos de RTE. Em 2013, ocorreu a revisão decorrente dos efeitos da Lei 12.783/2013, que proporcionou uma redução de aproximadamente 20% no valor da tarifa de energia (BRASIL, 2013). Em 2015, aconteceu outro processo de revisão. Dessa vez para atualizar os valores da Parcela B, o que resultou em um aumento de mais de 20%.

Por último, a cada cinco anos a Aneel estabelece a Revisão Periódica⁴⁶. Em comum com a Tarifária Extraordinária, a Revisão Periódica busca restaurar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias. Essa modalidade está presente nos contratos de concessão e permite a redefinição do cálculo do Reposicionamento Tarifário - RT e do Fator X.

O Reposicionamento Tarifário é o mecanismo que coloca a tarifa em linha com o equilíbrio econômico-financeiro. Ele leva em consideração a receita requerida, outras receitas e a receita verificada. A receita requerida deve cobrir as despesas de custos gerenciáveis e não-gerenciáveis como compra de energia e encargos setoriais. Basicamente, a receita requerida é

⁴⁶ A revisão tarifária periódica faz parte do Módulo 2 do Proret.

resultante do somatório da Parcela A com a Parcela B (Custos de Administração, Operação e Manutenção).

O Fator X considera os ganhos de produtividade com a distribuição (Pd), satisfação do cliente e atendimento aos padrões de qualidade da Aneel (Q) e a variação dos custos operacionais (T). O componente Pd leva em consideração a produtividade em comparação à média do setor. A componente Q é formada por indicadores de continuidade de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – DEC, Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – FEC e indicadores comerciais. Os indicadores DEC e FEC correspondem a 70% da componente Q. Tais indicadores são obtidos a partir de interrupções de fornecimento que duram mais de três minutos. As distribuidoras sistematizam essas informações e repassam-nas para a Aneel, que gera séries históricas com recorte mensal, trimestral e anual. Os outros 30% são formados pelos seguintes indicadores comerciais: Frequência Equivalente de Reclamação – FER⁴⁷; Índice Aneel de Satisfação do Consumidor - IASC⁴⁸; Índice de Nível de Serviço do Atendimento Telefônico – INS; Indicador de Abandono do Atendimento Telefônico – IAb⁴⁹ e Indicador de Chamadas Ocupadas no Atendimento Telefônico – ICO⁵⁰.

Como dito anteriormente, no setor elétrico, a Revisão Tarifária Extraordinária – RTE e a Revisão Periódica são os mecanismos de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. Porém, durante a pandemia da Covid-19 foram instituídos mecanismos específicos para correção do desequilíbrio econômico-financeiro. Para tanto seria necessário que os fatos geradores estivessem correlacionados à pandemia de Covid-19.

Como a pandemia já havia ampliado o número de inadimplentes, a Aneel definiu que a RTE da Covid-19 não deveria gerar efeitos imediatos, pois o aumento da tarifa aprofundaria a crise e recairia diretamente na inflação. Tais efeitos seriam considerados apenas nos processos de reajustes tarifários do pós-pandemia corrigidos pela Taxa Selic. As concessionárias deveriam comprovar, sobretudo, a redução do consumo e o aumento da inadimplência. Além disso, outro ponto importante é a receita irrecuperável que deveria ser extraída do histórico de

⁴⁷ A Frequência Equivalente de Reclamação representa o conjunto de reclamações a cada mil unidades consumidoras.

⁴⁸ O IASC é resultante de uma pesquisa de opinião pública com consumidores das distribuidoras de energia elétrica onde é aferida a satisfação com o serviço prestado.

⁴⁹ Conforme a Resolução Normativa Aneel 414/2010, o IAb é “a razão entre o total de chamadas abandonadas em tempo superior a 30 (trinta) segundos e a soma entre o total de chamadas atendidas e o total de chamadas abandonadas em tempo superior a 30 (trinta) segundos, em termos percentuais”.

⁵⁰ O Índice de Chamadas Ocupadas é a proporção entre chamadas ocupadas e chamadas oferecidas.

faturamento dos anos anteriores. Para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, o agravamento da pandemia obrigou à adoção de medidas mais enérgicas e urgentes. Com isso, a articulação dos atores do setor elétrico deu base para o surgimento da Conta-Covid.

2. A Conta-Covid e o equilíbrio econômico-financeiro

Com a pandemia da Covid-19, o setor elétrico sofreu impactos econômicos relevantes que exigiram esforços governamentais para a manutenção de investimentos e redução do risco de solvência (ANEEL, 2020). Muito desse impacto decorreu da redução do consumo, sobretudo, dos energointensivos⁵¹ e alterações unilaterais nos contratos de concessão.

A pandemia trouxe consigo desaquecimento da economia, com a redução do consumo de bens, e mudanças significativas no mercado de trabalho com aumento da adoção do home-office. Isto significou queda no consumo de energia elétrica de setores como a indústria e aumento do consumo residencial (IEA, 2020a). Conforme a Revisão Global de Energia (IEA, 2020b), o período pandêmico promoveu a maior retração do setor elétrico já vista no atual século.

No Brasil, a maior redução aconteceu em maio de 2020 (-13,5% comparado com o mesmo período de 2019). No ano de 2020, o setor comercial teve queda no consumo superior a 10%, o industrial retraiu 1,1%. Por outro lado, o consumo residencial cresceu 4,1%. No total, em 2020, o setor fechou em queda de -1,6% (EPE, 2020).

A queda no consumo de energia mostra como a pandemia impactou a atividade econômica. Com a redução do consumo de bens, houve diminuição da atividade industrial e, conseqüente, menor demanda por energia⁵² (RODRIGUES; LOSEKANN, 2020). É importante ressaltar que a pandemia repercutiu de forma diferente no consumo das regiões. As regiões mais industrializadas foram as mais impactadas. Já a região Nordeste, pelo padrão de consumo ser

⁵¹ Os energointensivos são os grandes consumidores de energia como, por exemplo, empresas do setor de metalurgia, celulose, siderurgia e cimento.

⁵² É possível, portanto, utilizar a produção energética como base para dimensionar o impacto da pandemia da Covid-19 no âmbito econômico (CHEN et al., 2007).

predominantemente residencial, apresentou redução menos acentuada (RODRIGUES; LOSEKANN, 2020).

Em meio à crise econômica gerada pela pandemia, recrudescceu a inadimplência dos consumidores residenciais. Conforme a Tabela 1, em março de 2020, quase 30% dos consumidores residenciais das principais distribuidoras estavam inadimplentes. Devido à elevada taxa de consumidores que não conseguiam pagar a tarifa de energia, a Aneel determinou que, até 31 de julho de 2020, as concessionárias não deveriam interromper o fornecimento de energia elétrica de determinados grupos de consumidores inadimplentes.

Tabela 1 – Percentual de inadimplência dos consumidores residenciais (03/2020)

Grupo Consumidor	RGE-SUL	CEMIG	COPEL	CEEE	LIGHT	Eletropaulo
Residencial	28,71%	29,13%	29,23%	26,96%	25,82%	27,03%
Industrial	7,04%	5,03%	15,84%	12,65%	9,59%	11,96%
Comercial	14,39%	18,70%	18,57%	18,64%	18,41%	11,30%
Rural	22,48%	34,12%	17,43%	22,56%	18,50%	14,55%
Poder Público	27,59%	21,05%	12,84%	25,19%	44,96%	15,51%
Iluminação Pública	8,80%	2,43%	1,96%	34,80%	29,20%	4,25%
Serviço Público	5,85%	11,03%	5,32%	12,45%	2,80%	7,41%

Fonte: Pesquisa direta.

Em 24 de março de 2020, a Aneel editou a Resolução Normativa N° 878 com medidas que deveriam ser implementadas para a manutenção do serviço público de distribuição de energia elétrica. Tal resolução estabeleceu que ficasse vedada a suspensão do serviço por inadimplemento de unidade consumidoras onde residissem pessoas que necessitassem de energia elétrica para a manutenção de equipamentos vitais à saúde, famílias de baixa renda, residencial rural, onde houvesse a suspensão da emissão da fatura e onde não existissem locais disponíveis para o pagamento da fatura⁵³.

Com essa medida, a Aneel, a partir de um ato normativo secundário, desautorizou as concessionárias a seguirem o que estava estabelecido em contrato. Essa regra está expressa no contrato de adesão das distribuidoras, como, por exemplo, o contrato da RGE estabelece que: “a distribuidora pode suspender o fornecimento de energia elétrica, com aviso prévio ao

⁵³ A Resolução Normativa N° 878 deu lugar à Resolução Normativa N° 1000 de 7 de dezembro de 2021, que estabeleceu as regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica. Com a RN 1000/2021, as concessionárias foram autorizadas a interromper o fornecimento em todos os casos de inadimplência.

consumidor, quando for constatado: falta de pagamento da fatura ou do consumo de energia elétrica”.

O corte no fornecimento por inadimplemento é uma questão controversa. Na década de 1990, havia a compreensão de que a interrupção de serviço público essencial por débito do consumidor atentava contra a “dignidade da pessoa humana”. Além disso, o desligamento era tratado como situação vexatória que, portanto, deveria ser evitada. Como preceitua o Código de Defesa do Consumidor - CDC no Art. 42, “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça” (BRASIL, 1997).

Em 1995, a lei de concessão e permissão de prestação do serviço público (Lei 8.987/1995) criou a possibilidade de interrupção do serviço em caso de inadimplência (BRASIL, 1995a). Vale ressaltar que a Lei 8.987/1995 surge a partir da Reforma Gerencial de 1995 e, como demonstrado anteriormente, tal reforma reduzia o cidadão a cliente de serviços públicos. O cidadão é detentor de direitos, enquanto o cliente estabelece mera relação de consumo com a concessionária. Aquele que não pode pagar, não poderá ser cliente. Diante dessa lógica do mercado apresentada pela reforma gerencial, justifica-se a interrupção do serviço, pois o não pagamento gerava prejuízos que recaíam sobre terceiros, atentava contra o princípio da isonomia e gerava enriquecimento sem causa.

Acerca desse tema o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem o entendimento de que o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, por inadimplência do usuário, é permitido desde que seja precedido de notificação⁵⁴. Não caberá a interrupção no fornecimento de energia elétrica quando o corte afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário⁵⁵. Entende ainda o STJ que a concessionária não poderá interromper o fornecimento quando o

⁵⁴ Julgados: AgRg no AREsp 412822/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013; AgRg no REsp 1090405/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 04/05/2012; AgRg no Ag 1270130/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 19/08/2011; AREsp 473348/MG (decisão monocrática), Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2014, DJe 06/03/2014; AREsp 335531/PE (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em, 11/04/2014, DJe 25/04/2014; AREsp 452420/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em, 19/12/2013, DJe 05/02/2014; AREsp 149611/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro ARI PARGENDLER, julgado em 22/02/2013, DJe 26/02/2013; AREsp 88590/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 15/12/2011, DJe 16/12/2011.

⁵⁵ Julgados: AREsp 452420/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/12/2013, DJe 05/02/2014; REsp 853392/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 05/09/2007.

débito for irrisório por ensejar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁵⁶.

Em 2017, para pacificar a questão, a Lei 13.460/2017, que disciplina os direitos dos usuários dos serviços públicos, estabeleceu que o serviço pudesse ser desligado em caso de inadimplemento (BRASIL, 2017). Indo além, a Lei 14.015/2020 limitou os dias que a concessionária efetive a interrupção, não podendo mais acontecer na sexta-feira, sábado, domingo, feriados e dias que antecedem os feriados (BRASIL, 2020).

Assim, conforme a Resolução 414/2010 c/c Lei 14.015/2020, para realizar o desligamento, constatados dois meses de débito, a concessionária de energia deverá comunicar ao consumidor com 15 dias de antecedência quando haverá a interrupção e observar que esse serviço seja realizado apenas nos dias permitidos⁵⁷ (BRASIL, 2020). É importante esclarecer que não há limitação quanto ao horário.

Apesar de haver permissão legal para interrupção do fornecimento, durante a pandemia, a Aneel desautorizou que as distribuidoras executassem o corte para determinadas categorias de clientes. É sabido que as agências reguladoras estão sob a tutela da lei, adstritas ao princípio da legalidade. As agências não criam lei, e sim, atos infralegais⁵⁸. Logo, ao ampliar o rol de consumidores que não teriam a interrupção do fornecimento, a Aneel “legislou” contrariando a legislação.

De acordo com o Art. 35 da Lei 9.074/1995, “a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente **fica condicionada à previsão, em lei**, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (BRASIL, 1995b). Nesse sentido, ao conceder benefícios para os consumidores do setor elétrico, o poder concedente fica obrigado a identificar o impacto que tal ação terá sobre as concessionárias⁵⁹. Caso haja impacto negativo para as empresas do setor, o poder concedente deverá minorar a carga da política social

⁵⁶ Julgados: AREsp 452420/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/12/2013, DJe 05/02/2014; REsp 811690/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJe 19/06/2006.

⁵⁷ A ausência de aviso prévio torna a interrupção, podendo a concessionária responder por danos morais e materiais que venham a ser causados ao consumidor.

⁵⁸ Cabe ainda ressaltar que os atos infralegais da agência devem obediência às leis estaduais.

⁵⁹ É necessário que, conforme condiciona o parágrafo único do Art. 35 da Lei 9.074/1995, “a concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular” (BRASIL, 1995b).

implementada a partir da revisão contratual. O custo da ampliação de isentos, realizada na pandemia, saiu da CDE, isto é, recaiu indiretamente sobre os consumidores adimplentes.

Como dito anteriormente, a pandemia afetou diretamente o planejamento das distribuidoras que observaram a arrecadação cair devido à redução do consumo e ao aumento da inadimplência dos consumidores residenciais, o que obrigou as concessionárias a se articularem por uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Daí surgem medidas para mitigar os impactos da crise.

A Conta-Covid foi a principal ação para reduzir os efeitos da pandemia sobre o setor elétrico. A Conta-Covid é uma operação financeira planejada com o intuito de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias criada com a finalidade de equacionar as atividades das concessionárias com recursos voltados a sanar déficits e/ou antecipar receitas. Para viabilizá-la houve a edição de um conjunto de atos normativos que indicou novos deveres para concessionárias e consumidores. Em maio de 2020, houve a publicação do Decreto Presidencial 10.350/2020, que regulamentou a MP 950/2020. O Decreto 10.350/2020 dispôs sobre a captação de recursos com fins de cobrir déficits e antecipar receitas das concessionárias do setor elétrico.

Conforme disciplina o art. 6 do Decreto 10.350/2020, “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”. Diante disso, através da Carta ABRADDEE/B24.1.CT2020-0057, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE requisitou, com base no Art. 6º do Decreto nº 10.350/2020, que a Aneel regulamentasse os meios de revisão contratual com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

O entendimento dos agentes do setor era de que a pandemia havia criado um grave risco para a sustentabilidade do setor elétrico. O prolongamento da crise poderia gerar insolvência das empresas do setor, o que afetaria diretamente o Estado e a sociedade civil sem distinção entre consumidores ou não consumidores. Era necessária a criação de políticas regulatórias que contivessem o agravamento do cenário possibilitando a manutenção do pagamento da cadeia do setor elétrico e respeito aos contratos.

Assim, após oito dias da publicação do Decreto, com a finalidade de estruturar as regras do mecanismo financeiro constante no Decreto 10.350/2020, a Aneel abriu a Consulta Pública 35/2020. Apesar de a Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019) definir que a Consulta Pública, no âmbito da Aneel, tem prazo mínimo de 45 dias e de a Resolução Normativa 798/2017 exigir a Análise de Impacto Regulatório - AIR, considerando a urgência e a relevância do tema, a diretoria da Aneel optou pela dispensa do rito. Mesmo com curta duração, a Consulta Pública 35/2020 contou com 419 contribuições⁶⁰.

Do processo de discussão saiu a estrutura da Conta-Covid que, em resumo, tratou-se de um financiamento ao setor elétrico coordenado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES voltado a recriar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias⁶¹. A CCEE ficou encarregada pelo contrato com as instituições financeiras e pelo repasse de recursos. Tais contratos deveriam ser submetidos à Aneel para que a agência avaliasse se os termos estavam de acordo com o objetivo da Conta-Covid.

As seguintes instituições financeiras foram responsáveis por conceder os empréstimos: ABC Brasil; Alfa; Banco do Brasil; BNDES; BOCOM BBM; Bradesco BBI; BTG Pactual; CCB; Citibank; Credit Suisse; Itaú BBA; JP Morgan; Safra; Santander; SMBC e Votorantim⁶². A taxa de juros obtida foi de 2,8% ao ano no formato de Certidão de Depósito Interbancário - CDI⁶³. O montante depositado na Conta-Covid foi aplicado em investimentos financeiros. A CCEE cedeu, como garantia das operações de crédito, os direitos creditórios devidos pela CDE à Conta-Covid. A Aneel estabeleceu limites de empréstimo às concessionárias a partir do volume da redução de faturamento e arrecadação relacionado à pandemia. As concessionárias e o montante recebido constam no Anexo I.

⁶⁰ A Consulta Pública nº 35/2020 teve a contribuição das seguintes entidades: Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE; Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADDEE; Associação Nacional dos Consumidores de Energia – ANACE; Celesc Distribuição S.A – CELESC; Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG; Grupo CPFL Energia – CPFL; Energias do Brasil S.A. - GRUPO EDP; Enel Energia - GRUPO ENEL; Grupo Energisa; Grupo Equatorial Energia – EQUATORIAL; Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP; Grupo Oliveira Energia (Amazonas Energia e Roraima Energia) - GRUPO OLIVEIRA; Light Serviços de Eletricidade S/A – LIGHT e Neoenergia – NEOENERGIA.

⁶¹ Esse tipo de medida já havia ocorrido em 2014. Naquele ano, a falta de chuvas provocou a necessidade de acionar as termelétricas, o que ocasionou energia mais cara para as distribuidoras. Como o reajuste tarifário obedece a um cronograma estabelecido e como ainda não havia o sistema de bandeiras tarifárias, a Aneel criou a Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR. A partir do Decreto nº 8.221/2014 foi estabelecida a CONTA-ACR. Esta medida possibilitou empréstimos para as distribuidoras que ultrapassaram R\$ 21 bilhões. O empréstimo foi pago pelos consumidores através da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

⁶² As instituições financeiras receberam a autorização para, em caso de inadimplemento, debitar os valores diretamente das contas movimento das concessionárias.

⁶³ Importante destacar que a CDI varia diariamente e que, portanto, a taxa de juros não é fixa.

Para a amortização foi criado o encargo tarifário CDE-Covid. Por meio desse encargo, o valor captado pelas distribuidoras será diluído na conta de energia por até sessenta meses, ou seja, terá impacto para os consumidores até 2025⁶⁴. Em contrapartida, as distribuidoras ficaram impedidas de utilizar a pandemia como pretexto para se eximir das obrigações contraídas mediante Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica. As concessionárias só não renunciaram ao direito de discutir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ou Permissão.

Como dito anteriormente, a Conta-Covid foi regulamentada pela Resolução Normativa 885/2020 da Aneel. Conforme o Art. 3º da referida resolução, os recursos da Conta-Covid serão utilizados para:

I - efeitos financeiros da sobrecontratação; II - saldo em constituição da CVA; III - neutralidade dos encargos setoriais; IV - postergação, até 30 de junho de 2020, da aplicação dos resultados dos processos tarifários de distribuidoras homologados até essa data; V - saldo não amortizado da CVA reconhecida no processo tarifário anterior à publicação desta Resolução; VI - saldo não amortizado de diferimentos reconhecidos ou revertidos no processo tarifário anterior à publicação desta Resolução; e VII - antecipação do ativo regulatório relativo à Parcela B (Resolução Normativa 885/2020).

A Conta-Covid surgiu para solucionar processos específicos advindos da pandemia da Covid-19. Por esse motivo, não era o meio adequado para discutir questões estruturais do setor elétrico e, tampouco, produzir políticas públicas sem a anuência do poder concedente. Nesse contexto, no entendimento da Aneel, o impacto tarifário gerado pela crise deveria estimular ações do Ministério de Minas e Energia. Para a Aneel, os aumentos tarifários motivados por fatores estruturais mereciam a atenção do poder concedente, pois a agência não tem competência para criar política pública.

Cabe ao formulador de política pública apresentar soluções eficientes para os problemas públicos. Por sua vez, a agência reguladora atua para a implementação de tais políticas de forma técnica e objetiva. No caso do aumento tarifário, há a Tarifa Social de Energia que alcança os consumidores com menor poder aquisitivo. Além disso, os consumidores das regiões atendidas

⁶⁴ Em 2022, os primeiros efeitos da Conta-Covid começaram a aparecer nas propostas de reajuste das distribuidoras. Para os clientes da Light, por exemplo, o impacto ficou em 4,29%. Os próximos reajustes impulsionarão um ciclo inflacionário, pois o custo da Conta-Covid aumentará a tarifa de energia elétrica que, por sua vez, encarecerá diversos bens e serviços. Como destacamos anteriormente, o reajuste anual concedido às distribuidoras está atrelado à inflação. Logo, a inflação em alta decorrente da Conta-Covid estimulará a concessão de novos reajustes na tarifa de energia elétrica.

por termelétricas são atendidos pela Conta de Consumo de Combustíveis que reduz o custo da energia.

As concessionárias buscaram a criação da Conta-Covid como política regulatória voltada à promoção do equilíbrio econômico-financeiro. Por outro lado, pode ser vista como uma mera transferência do problema para a parte mais fraca, o consumidor, sem uma preocupação maior com ações paliativas. Para o consumidor residencial, a medida teve como efeito o retardamento do reajuste tarifário. Para as distribuidoras, possibilitou liquidez e redução dos prejuízos.

Considerações Finais

Os impactos da pandemia da Covid-19 ainda reverberam na sociedade brasileira. No caso do setor elétrico, as políticas implementadas para diminuir o número de casos tiveram como efeito colateral a redução substancial do consumo de energia elétrica, afetando a saúde financeira das distribuidoras de energia. Nesse estudo, analisamos como a Aneel, a partir da defesa do equilíbrio econômico-financeiro, lançou mão de medidas para socorrer as concessionárias de energia elétrica.

O equilíbrio econômico-financeiro pressupõe que, para a defesa do interesse público, é preciso manter a remuneração pactuada pela execução dos serviços públicos. Nos contratos administrativos há uma relação que envolve a administração pública e o particular orientada pela boa-fé e pela garantia de segurança dos negócios jurídicos. Essa relação tem entre os pressupostos o de que a administração pública não pode gerar ônus excessivo ao particular. Para preservar as obrigações recíprocas e evitar ônus demasiados, os contratos são regidos pela ideia de equilíbrio econômico-financeiro, e é isto que orienta as concessões no setor elétrico.

As concessões públicas têm de um lado o poder concedente (a administração pública) e, de outro lado, as concessionárias que executam serviços públicos pelo Estado. Essa relação é estabelecida e disciplinada por um contrato. No caso do setor elétrico, o controle e fiscalização desse contrato está a cargo da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel. A Aneel está entre as agências reguladoras criadas dentro do processo de agencificação nos anos 1990. Ela surgiu para regular o setor elétrico no momento em que as concessionárias estatais, sobretudo as estaduais, estavam sendo concedidas para a iniciativa privada.

Durante a pandemia da Covid-19, a Aneel exerceu papel fundamental na condução da crise que se abateu no setor elétrico. A pandemia da Covid-19 atingiu profundamente as concessionárias de energia elétrica. Em março de 2020, a pandemia da Covid-19 começa a se aprofundar no Brasil. A partir daí várias medidas sanitárias são implementadas com o intuito de reduzir a propagação do vírus. Ações como o distanciamento social e o teletrabalho geraram efeitos colaterais como o desaquecimento de alguns setores da economia. Em decorrência disso, o setor elétrico foi profundamente afetado com redução no consumo, que nos primeiros meses da pandemia superou a marca de 10%.

Além disso, a retração econômica provocada pela pandemia aumentou a inadimplência dos consumidores de energia elétrica. Com a redução da renda do trabalhador e aumento da

inadimplência, a Aneel determinou que as concessionárias não mais efetivassem o corte do fornecimento de energia para determinadas categorias de consumidores.

O baixo consumo provocou sobrecontratação e redução do retorno previsto pelas distribuidoras. Esse conjunto de fatores fortaleceu a necessidade de buscar o reequilíbrio econômico e financeiro dos agentes do setor elétrico.

A pandemia gerou uma preocupação muito grande quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. O sistema elétrico se apoia em contratos de longo prazo na geração, transmissão e distribuição considerando projeções de crescimento que envolvem maior acesso da população e maior atividade industrial. Assim, um evento como a Pandemia da Covid-19, que reduz abruptamente o consumo, abala todo o sistema elétrico.

Por meio do Decreto nº 10.350/2020, o poder concedente orientou a recomposição desses contratos pela Aneel. Como vimos, a revisão é o meio adequado para buscar a restauração do equilíbrio econômico-financeiro. No setor elétrico, cada contrato de concessão apresenta a Revisão Tarifária Extraordinária – RTE como o meio para suprir as falhas e desequilíbrios.

Com o avanço da pandemia, as distribuidoras apresentaram para a Aneel a necessidade de uma RTE que levasse em consideração a sobrecontratação e os prejuízos ligados à inadimplência. Isto foi sinalizado na Carta ABRADDEE/ B24.1.CT2020-0057. Como resposta, algumas ações foram desenvolvidas, sendo a principal medida que visava resguardar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias, a Conta Covid. Tal medida tratou-se de um empréstimo concedido às concessionárias sob a coordenação do BNDES. No total, foram repassados cerca de R\$ 15 bilhões com a justificativa de retardar o reajuste tarifário e criar liquidez ao setor.

Para efetivar a Conta Covid, a Aneel lançou mão de um conjunto de atos normativos que alteraram regras estabelecidas no setor elétrico, sobretudo, o procedimento de reajuste tarifário. Em suma, a Conta Covid foi um meio de antecipação de receitas para as concessionárias através de empréstimos. Com a captação desses recursos foi possível adiar possíveis reajustes que ampliariam ainda mais a inadimplência do consumidor residencial. Sem a Conta Covid, as concessionárias, alegando o equilíbrio econômico-financeiro, poderiam pleitear que os prejuízos fossem diluídos no reajuste tarifário anual.

O Procedimento de Regulação Tarifária foi alterado para incorporar os componentes TUSD-Covid, relativo à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e o TE-Covid como parte da

Tarifa de Energia. Caso o valor arrecado venha a ser insuficiente, haverá a possibilidade de ser implementado um encargo complementar. Os consumidores, por meio da TE-Covid, arcarão mensalmente até 2025 com o financiamento concedido às distribuidoras.

Há a previsibilidade de que, na existência de eventos como a pandemia da Covid-19, as concessionárias, no momento do reajuste anual, possam solicitar revisão extraordinária. O intuito da revisão extraordinária é o de preservar a manutenção do contrato restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Cabe à Aneel decidir se o pedido procede e conceder o reajuste.

No caso da Conta-Covid, a justificativa estava em que o empréstimo, concedido às distribuidoras, reduziria o impacto da pandemia que recaiu, principalmente, em itens vinculados ao dólar, custos decorrentes da contratação de energia prevista para o ano de 2020 e queda de arrecadação ligada a ações dos governos estaduais e Federal⁶⁵.

A intervenção regulatória da Aneel foi feita a partir de informações repassadas pelas concessionárias. Assim levou em consideração, principalmente, a inadimplência e a queda do consumo. Para o setor elétrico, o aumento da inadimplência e a redução do consumo provocada pela pandemia tiveram efeito em cascata fazendo com que o volume de energia contratado, dentro do planejado para 2020, acabasse sendo subutilizado.

⁶⁵ No Distrito Federal, por exemplo, a Lei 6.551/2020 determinou que, na vigência do estado de calamidade, ficasse vedada a interrupção do fornecimento de serviços essenciais como água e luz para o consumidor hipossuficiente que estivesse inadimplente (DISTRITO FEDERAL, 2021). No mesmo mês, abril de 2020, a Aneel determinou a suspensão do corte por inadimplência para os beneficiários da tarifa social.

Bibliografia

ANEEL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**. Disponível em <<https://www.aneel.gov.br/documents/656877/0/NT.pdf/901e12ed-ea7d-91a7-c805-e27b2508a2ce>> Acesso em 10 de junho de 2022.

ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

BOUCKAERT, Geert. **Public management reform: a comparative analysis**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso: 05 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso: 15 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso: 15 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso: 03 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 12 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 641 de 26 de junho de 1852**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl641-1852.htm>. Acesso: 30 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso: 15 de outubro de 2021a.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso: 15 de janeiro de 2022b.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm>. Acesso: 19 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso: 24 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm>. Acesso: 13 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm>. Acesso: 15 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112783.htm>. Acesso: 15 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.461, de 2 de junho de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8461.htm>. Acesso: 03 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm>. Acesso: 30 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso: 12 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.015, de 15 de junho de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14015.htm>. Acesso: 04 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso: 19 de novembro de 2021.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 6ª edição, 2002.

CHEN, Sheng-Tung; KUO, Hsiao-I.; CHEN, Chi-Chung. The relationship between GDP and electricity consumption in 10 Asian countries. **Energy policy**, v. 35, n. 4, p. 2611-2621, 2007.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 153-176, 2002.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 6.551, de 22 de abril de 2020**. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/0551952b6701413d8ba6682bc2f959da/Lei_6551_22_04_2020.html>. Acesso: 11 de novembro de 2021.

FREITAS, Rafael Vêras. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **R. de Dir. Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

EPE. **Boletim Trimestral do Consumo de Eletricidade**. 2020. Ano 1, Número 1, Edição de Maio. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dadosabertos/publicacoes/boletim-trimestral-de-consumo-de-eletricidade>> Acesso em 21 de janeiro de 2021.

IEA. Covid-19 impact on electricity. 2020a. Disponível em: <<https://www.iea.org/reports/covid-19-impact-on-electricity>> Acesso em 20 de janeiro de 2021.

IEA. COVID-19. **Exploring the impacts of the Covid-19 pandemic on global energy markets, energy resilience, and climate change**. 2020b. Disponível em:<<https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2020>> Acesso em 20 de janeiro 2021.

JAMASB, Tooraj; POLLITT, Michael. Benchmarking and regulation: international electricity experience. **Utilities policy**, v. 9, n. 3, p. 107-130, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, R. F. S. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual**: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Fórum, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Edson. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil**: inovação e continuidade no sistema político institucional. São Paulo: Editora Garamond, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public management reform**: A comparative analysis. Oxford: Oxford University Press, 2004.

RODRIGUES, N.; LOSEKANN, L. **Impactos da COVID-19 nas demandas de energia elétrica e suas implicações para o Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Brasil Energia, 2020.

SAMPAIO, Thiago. Fire alarms e Police patrols: o modelo agente-principal na Aneel. **Revista Política Hoje**, v. 25, n. 1, p. 177-195, 2015.

SAPPINGTON, David EM; WEISMAN, Dennis L. Price cap regulation: what have we learned from 25 years of experience in the telecommunications industry?. **Journal of Regulatory Economics**, v. 38, n. 3, p. 227-257, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 54, p. 149-168, 2013.

SERAFIM, Lizandra. **Controle social nas agências reguladoras brasileiras**: entre projetos políticos e modelo institucional—A ANEEL nos governos FHC e Lula (1995-2005). Dissertação (Mestrado em Ciência Política). IFCH-UNICAMP, Campinas, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio econômico financeiro nas concessões de serviços públicos. **Temas de Direito Público (estudo e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 199-255, 1997.

TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica-Tarifas-Equilíbrio financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 335-342, 2005.

TOLMASQUIM, M. T. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ, Synergia, pp. 92-107, 2011.

Anexo I

Tabela 2 – Valor repassado para as concessionárias

Concessionária	Valor (R\$)	Concessionária	Valor (R\$)
Cemig	1.404.174.596	ETO	36.560.044
Enel São Paulo	1.289.232.809	Coopera	24.475.114
Light	1.326.043.175	ELFSM	21.906.099
Copel-D	869.516.081	Dmed	17.357.932
CPFL Paulista	830.176.231	Certrel	16.500.000
Enel RJ	799.489.090	Ebo	13.157.771
Elektro	614.291.142	Sulgipe	11.925.295
Celesc	583.210.780	Creluz	7.975.736
Enel Goiás	530.357.301	ENF	6.963.398
Celpa	524.216.373	Ienergia	6.891.933
Coelba	499.606.644	Eletrocar	6.250.838
Celpe	454.718.530	Ceriluz	5.763.192
Enel Ceará	452.943.038	Chesp	5.579.548
EMT	377.984.576	Cegero	4.793.801
CEB	367.741.991	Cocel	3.742.414
EDP SP	354.288.089	Hidropan	3.673.118
Ceal	324.633.694	Cergal	3.012.844
Amazonas Energia	325.489.948	Demei	2.980.000
SEM	296.267.668	Uhenpal	2.664.103
Ceron	280.799.396	Cerci	2.410.766
CPFL Piratininga	249.063.804	Ceres	2.372.529
Cemar	245.221.851	Cedri	1.438.993
RGE	241.417.597	Ceral Anitápolis	1.078.551
CEEE-D	228.304.106	Eflul	874.120
EDP Espírito Santo	219.423.404	Muxenergia	774.806
Cepisa	199.435.824	Ceral Araruama	602.000
ESS	97.396.428		
Cosern	95.479.146		
EPB	86.991.793		
Eletroacre	66.323.692		
CPFL Santa Cruz	61.246.586		
Roraima Energia	60.303.115		
EMG	49.948.760		
ESE	46.994.669		
	(Cont.)		

Fonte: CEEE