



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J" CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF BRASIL - TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149E-MAIL: PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

PARECER n. 00109/2024/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48500.006872/2022-91

INTERESSADOS: COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ CEA

ASSUNTOS: Pedido de Reconsideração em face da REH ANEEL n. 3.313/2024.

EMENTA: Pedido de Reconsideração em face da REH n. 3.313/2024. Diferimento unilateral do resultado de revisão tarifária. Impossibilidade. Necessidade de concordância do concessionário para alteração de cláusulas definidoras da equação econômico-financeira da concessão de serviço público. Princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão de serviço público. Afastamento de regra contratual por suposta colisão com princípios jurídicos de índole constitucional. Necessidade de eventual ponderação conferir mais peso ao princípio contrário ao que fundamenta regra a ser afastada, mas também de superar os chamados princípios formais, que asseguram a confiança no cumprimento das regras postas, em prol da segurança jurídica. Razões utilizadas para afastamento da regra que, na visão da Procuradoria, não apresentam robustez suficiente. Parecer pelo provimento do pedido de reconsideração.

Por meio do Memorando n. Nº 25/2024–DIR/ANEEL, a Diretora Agnes Maria de Aragão da Costa formula consulta a essa Procuradoria a respeito dos aspectos jurídicos contidos no Pedido de Reconsideração interposto pela Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) em face da Resolução Homologatória ANEEL n. 3.313/2024.

I – DA CONSULTA

1. A consulta foi formulada à Procuradoria nos seguintes termos:

1. Trata-se do Pedido de Reconsideração interposto pela Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA)¹, em face da Resolução Homologatória nº 3.313/2024, que aprovou o resultado da Revisão Tarifária Extraordinária (RTE) da Recorrente.
2. A referida RTE consta das disposições transitórias do Contrato de Concessão nº 01/2021- ANEEL, que prevê a possibilidade de realização, no período entre a data de assinatura do Contrato e a primeira revisão tarifária ordinária, a pedido da concessionária, de uma RTE para avaliação completa da Base de Remuneração Regulatória (BRR).
3. O voto condutor da decisão da diretoria colegiada foi no sentido de diferir integralmente o resultado da Revisão Tarifária da CEA calculado pela Superintendência de Gestão Tarifária e Regulação Econômica (STR) para o reajuste tarifário de 2024 da concessionária, a ser aplicado em 13 de dezembro de 2024, conduzindo a um efeito médio nas tarifas a ser percebido pelos consumidores de 0,00%.
4. Em seu Pedido de Reconsideração, a CEA apresentou ampla fundamentação jurídica, visando reverter a decisão consignada por meio da Resolução Homologatória nº 3.313/2024.
5. Em apertada síntese, a recorrente argumentou que “(i) a ANEEL não tem competência para fazer política redistributiva e expropriatória como pretendeu fazer por meio da Resolução Homologatória nº 3.313/2024”; (ii) a Resolução Homologatória nº 3.313/2024 viola os princípios e as regras que vinculam a Administração Pública ao edital; (iii) a Resolução Homologatória nº 3.313/2024 viola a garantia constitucional da CEA de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; (iv) a Resolução Homologatória nº 3.313/2024 viola os princípios da segurança jurídica, da modicidade tarifária e da isonomia; e (v) a Resolução Homologatória nº 3.313/2024 fundamenta-se em uma leitura apressada e descontextualizada das doutrinas acerca do princípio da juridicidade, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da técnica da ponderação dos interesses”.
6. Nesse sentido, visando subsidiar a análise, solicito a essa d. Procuradoria Federal avaliação sobre os pontos jurídicos do processo, entre os quais, proponho de forma não exaustiva, os seguintes quesitos a serem abordados:
(i) Tendo em vista as atribuições legais da Agência, constatada situação em que a regular aplicação do contrato de concessão poderia levar a aumento tarifário considerado expressivo, caberia à ANEEL tão somente aplicar os dispositivos contratuais ou poderia a Agência atuar como “mediadora, buscando um equilíbrio que preserve tanto a sustentabilidade financeira da distribuidora quanto a qualidade do serviço prestado, sem negligenciar o impacto social e econômico aos consumidores”? (ii) O Contrato de Concessão era um anexo ao Edital de Privatização e prevê a possibilidade de realização, no período entre a data de assinatura do Contrato e a primeira revisão tarifária ordinária, a pedido da concessionária, de uma RTE para avaliação completa da Base de Remuneração Regulatória – BRR, observados alguns critérios². Nesse sentido, a não aplicação direta e tempestiva da cláusula contratual³ que prevê a realização de uma RTE, caso cumpridos os requisitos, representaria violação a princípios e regras que vinculam a Administração Pública ao Edital? (iii) O reconhecimento da formação de um ativo regulatório, de

forma unilateral, no processo tarifário de 2024 da concessionária⁴ encontra respaldo no Contrato de Concessão e na regulação vigente? (iv) O diferimento integral e sem aquiescência da concessionária do resultado da Revisão Tarifária da CEA representa alteração unilateral do contrato de concessão, em detrimento da observância dos princípios da segurança jurídica, da modicidade tarifária e da isonomia ou encontra-se no poder normativo da Agência? (v) O "princípio da juridicidade administrativa", a "teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais" e a "teoria da ponderação de interesses e a noção do mínimo existencial" são necessários e suficientes para justificar/fundamentar a decisão da ANEEL consignada na Resolução Homologatória nº 3.313/2024?

2. É o relatório.

II – ANÁLISE

II. 1 Delimitação do tema controvertido.

3. Trata-se de consulta que, em linhas gerais, discute a possibilidade de a Aneel, de forma unilateral, deixar de aplicar o resultado da revisão tarifária extraordinária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021. Referida revisão extraordinária, nos termos do contrato, se daria em substituição ao processo de reajuste da distribuidora referente ao ano de 2023.

4. Consoante decisão proferida pela Diretoria colegiada da Aneel, o resultado da indigitada revisão tarifária foi diferido na íntegra para o reajuste tarifário de 2024, a ser aplicado a partir de 13 de dezembro do ano corrente.

5. Cuida-se, portanto, de uma decisão administrativa que determinou, de forma unilateral, o diferimento do resultado de uma revisão tarifária e contra a qual se insurgiu a CEA, distribuidora afetada, por meio da interposição de Pedido de Reconsideração.

6. Nesse contexto, a Diretora-relatora do Pedido de Reconsideração solicita análise das questões jurídicas suscitadas na referida peça de impugnação manejada pela distribuidora.

II. 2 Natureza da cláusula de revisão tarifária extraordinária.

7. De início, consigne-se que a corrente majoritária da doutrina administrativa encara o contrato de concessão de serviço público como uma espécie de contrato administrativo, embora apresente suas particularidades. Dentre estas, destacam-se o fato de a remuneração do contratado advir essencialmente das tarifas cobradas dos usuários do serviço – e não dos cofres públicos – e a longa duração da relação contratual, necessária para a amortização dos elevados investimentos realizados pelo concessionário na execução do objeto contratual. Justamente em razão dessa última característica é que o contrato de concessão, cuja vigência perdura décadas, deve ser flexível a fim de permitir a contínua atualidade e adaptação da prestação do serviço às cambiantes necessidades dos usuários e ao interesse público.

8. Sob essa perspectiva, BANDEIRA DE MELLO (2005, p. 668) define a concessão de serviço público nos seguintes termos:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização, e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de um contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, os resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

9. Como se pode extrair da definição do doutrinador, a parte verdadeiramente contratual da concessão do serviço público é a equação econômico-financeira que traduz a relação entre encargos e retribuições acordadas entre as partes, a qual deve ser preservada ao longo da execução do contrato.

10. Nesse diapasão, JUSTEN FILHO (2003, p. 383) apresenta uma diferenciação entre as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço e as cláusulas econômicas do contrato de concessão de serviço público, classificando essa que é divisor de águas para estabelecer os limites de poder de alteração unilateral das cláusulas contratuais pelo ente estatal. Com efeito, diz o doutrinador:

O poder reservado ao Estado de introduzir modificação unilateral do contrato não atinge as disposições relativas à remuneração, mas apenas as que dispõem acerca das condições de execução da avença. Por isso, é cabível distinguir duas categorias de cláusulas contratuais. Há aquelas que dispõem sobre o objeto contratual e as que disciplinam a remuneração devida ao contratado (...)

Essa é uma orientação jurídica pacífica e inquestionável. Nesse sentido, por exemplo, LAUBADERE, VENEZIA e GAUDEMET apontam que podem ser modificadas a qualquer tempo as cláusulas acerca de organização e funcionamento do serviço (condições de exploração, tarifas, situação do pessoal etc.). Já não podem ser mudadas unilateralmente as cláusulas acerca da duração do contrato e das vantagens financeiras aos concessionários (equação financeira do contrato).

11. Saliente-se que o ordenamento jurídico acolheu e positivou a impossibilidade de alteração unilateral de cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos. Com efeito, tanto na recém revogada Lei n. 8.666/93 (art. 58, §1º), quanto na atual Lei de Licitações (art. 104, §1º, da Lei 14.133/2021) há vedação expressa para alteração de cláusulas econômico – financeiras do contrato sem prévia concordância do contratado.

12. Vê-se, assim, que a possibilidade de afastar o disposto em uma cláusula econômico-financeira de um contrato de concessão de serviço público passa por analisar sua natureza jurídica. Se se tratar de cláusula de organização e funcionamento do serviço, a alteração unilateral se revela admissível. Caso a cláusula seja de natureza econômico-financeira, a alteração depende de prévia concordância do contratado.

13. No caso concreto, a cláusula que teria sido indevidamente afastada pela Diretoria da Aneel, segundo a alegação da CEA, é Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, que confere a prerrogativa à concessionária de solicitar revisão tarifária extraordinária com o escopo de reavaliar integralmente a Base de Remuneração Regulatória da concessão.

14. Por óbvio, uma cláusula que versa sobre revisão tarifária não pode ser classificada como cláusula regulamentar, de organização ou funcionamento de serviço. A cláusula em comento tem o propósito de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assegurando a devida remuneração para investimentos prudentes e custos operacionais eficientes.

15. Sabe-se que a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pode ocorrer de forma programada, a partir de fórmulas e parametrizações previstas em contrato, ou de forma não previamente planejada, com vistas a remediar os efeitos de eventos supervenientes e desestabilizadores da equação econômico-financeira originalmente pactuada. Nesse prisma, oportunas as observações de ALENCAR (2019, p. 36) acerca das atuações preventivas e remediativas destinadas ao reequilíbrio do contrato de concessão:

A atuação preventiva é verificada nos casos em que, por meio da aplicação de critérios ou fórmulas determinadas, previstos no próprio contrato, almeja-se a manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Presume-se que, com a periódica aplicação de tais critérios ou fórmulas, a equivalência material das prestações será mantida incólume no decorrer da execução contratual. É o que ocorre, exemplificativamente, na hipótese de aplicação de índices de reajuste destinados a neutralizar os efeitos decorrentes da inflação.

Por seu turno, a remediativa ocorre nas hipóteses em que o sinalagma econômico-financeiro do contrato for rompido em decorrência da materialização de determinados eventos supervenientes, que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a fim de que seja restabelecida a relação de equivalência material anterior.

16. A íntima relação dos mecanismos previstos em contrato de revisão tarifária com o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público é corroborada por disposições legais e pelo próprio contrato de concessão assinado pela distribuidora, ora recorrente. Confira-se:

Lei 8.987/95:

Art. 9^o A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

2^o Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Contrato n. 01/2021:

Subcláusula Primeira – A DISTRIBUIDORA reconhece que as tarifas vigentes na data da assinatura deste Contrato, em conjunto com as regras de Reposicionamento Tarifário são suficientes à adequada prestação do serviço e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Subcláusula Segunda – O Reposicionamento Tarifário consiste na decomposição da “Receita Requerida” em tarifas a serem cobradas dos usuários, e compreende os seguintes mecanismos previstos nesta cláusula: reajuste tarifário, revisão tarifária ordinária e revisão tarifária extraordinária.

17. Assentada a natureza econômico-financeira da Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, resta saber se, de fato, a decisão impugnada deu o devido cumprimento ao clausulado ou se, na prática, alterou unilateralmente o disposto no contrato.

18. Do cotejo da fundamentação da decisão que culminou na edição da REH n° 3.313/2024 com a Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, parece-nos que a insurgência da distribuidora merece ser acolhida.

19. Com efeito, a REH n. 3.313/2024, ao estabelecer reajuste com efeito zero, em desacordo com a instrução técnica que recomendava a aplicação de reposicionamento tarifário com efeito médio de 33,76% , negou plena eficácia à Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, em especial a cláusula que previa a aplicação da revisão em substituição ao reajuste de 2023.

20. Não obstante o resultado da aludida revisão tenha sido postergado para o processo tarifário a ser realizado no ano de

2024, mediante a constituição de um ativo regulatório a ser reconhecido no processo de reajuste do ano corrente, o fato é que não é isso o que decorre da aplicação da cláusula contratual. O diferimento promovido unilateralmente, ainda que pretenda resguardar a cobertura econômica para o reposicionamento tarifário que deveria, segundo os termos do contrato, ocorrer em dezembro de 2023, gera um efeito financeiro a ser suportado pelo agente de geração que não tem amparo legal ou contratual.

21. Como a solução do diferimento engendrada unilateralmente pela Aneel por meio da REH n. 3.313/2024 acarreta um efeito financeiro diferente ao que decorreria da aplicação da Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão, tal alteração depende, *ex vi* de expressa dicção legal, da concordância da contratada, o que não ocorreu no caso concreto.

22. Destarte, a despeito das melhores intenções da Aneel ao buscar uma solução que ponderasse os interesses da concessionária e dos usuários do serviço, não se pode impor ao contratado uma medida unilateral em substituição à disposição contratual. O contratado tem o direito subjetivo de exigir exatamente aquilo que foi acordado em contrato. Nesse sentido, traz-se em reforço a argumentação o entendimento de ALENCAR (2019, p. 53):

Nas hipóteses autorizadas pela lei para que esta garantia [do equilíbrio econômico-financeiro] incida, de forma a manter o sinalagma ou remediar eventuais desequilíbrios, **surgirá, em benefício da parte interessada, o direito subjetivo de obter a recomposição da equação econômico-financeira anterior, podendo, inclusive, valer-se de recurso à jurisdição estatal para que isso ocorra.**

23. Vale ressaltar que o momento definido em contrato para produção de efeitos da revisão tarifária compõe a equação econômico-financeira da concessão, como bem explana JUSTEN FILHO (2003, p. 387/8):

Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correlatividade. Essa noção se encontra na origem do instituto do equilíbrio econômico-financeiro (também denominado de equação econômico-financeira) do contrato administrativo. A expressão indica uma espécie de relação entre encargos e retribuições que o contrato administrativo gera para as partes. Significa que, em um contrato administrativo, os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto das retribuições, de molde a caracterizar uma equação – sob o prisma puramente formal.

Utilizam-se os vocábulos encargos e retribuições para esclarecer que se tomam em conta todos os ângulos jurídicos das prestações impostas às partes. Assim, **o equilíbrio econômico-financeiro abrange não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.** (sem grifos no original)

24. Por oportuno, consigne-se que a intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão de serviço público foi reconhecida nos seguintes pareceres desta Procuradoria: Parecer n. 0413/2012/PGE-ANEEL/PGF/AGU; Parecer n. 0048/2013/PGE-ANEEL/PGF/AGU; Parecer n. 0293/2013/PGE-ANEEL/PGF/AGU e Parecer n. 00536/2018/PFANEEL/PGF/AGU, *inter plures*.

25. Consideradas essas premissas fáticas e jurídicas, passamos ao exame individualizado de cada quesito formulado a esta Procuradoria:

II. 3 Resposta aos Quesitos da consulta

(i) Tendo em vista as atribuições legais da Agência, constatada situação em que a regular aplicação do contrato de concessão poderia levar a aumento tarifário considerado expressivo, caberia à ANEEL tão somente aplicar os dispositivos contratuais ou poderia a Agência atuar como “mediadora, buscando um equilíbrio que preserve tanto a sustentabilidade financeira da distribuidora quanto a qualidade do serviço prestado, sem negligenciar o impacto social e econômico aos consumidores”?

26. Cumpre ressaltar, de plano, que a mediação é método de solução **consensual de conflitos**. Com efeito, o papel do mediador não se confunde com a de um juiz ou árbitro que resolve litígios por meio de decisão exógena às partes, a partir da formação de livre convencimento acerca das posições defendidas por cada uma delas na contenda. O mediador, na verdade, é um terceiro que busca facilitar a obtenção de solução consensual entre as partes. A decisão aqui, portanto, se origina das próprias partes envolvidas na controvérsia, com o auxílio do mediador. Não é outra a conclusão que se pode extrair de nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que dispõe o art. 165, §3º, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 3º **O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.** (grifamos)

27. Na mediação, portanto, não se verifica a substituição da vontade das partes por decisão de terceiro.

28. Sob essa perspectiva, não há como se entender que a Aneel tenha atuado como mera mediadora ao editar a REH n. 3.313/2024 já que a solução engendrada por esse ato administrativo não contou com a adesão da CEA, uma das partes envolvidas no conflito. Em outras palavras, por se tratar de medida unilateral, não há que se falar que a Agência tenha atuado propriamente

como mediadora da contenda no caso concreto.

29. Não obstante, embora não tenha sido alcançada uma solução consensual no caso em exame, nada impede que a Aneel atue, como já fez em outros casos de diferimento tarifário, efetivamente como mediadora dos conflitos decorrentes dos interesses contrapostos de concessionários e usuários do serviço público, buscando obter soluções negociadas e livremente pactuadas.

(ii) O Contrato de Concessão era um anexo ao Edital de Privatização e prevê a possibilidade de realização, no período entre a data de assinatura do Contrato e a primeira revisão tarifária ordinária, a pedido da concessionária, de uma RTE para avaliação completa da Base de Remuneração Regulatória – BRR, observados alguns critérios². Nesse sentido, a não aplicação direta e tempestiva da cláusula contratual³ que prevê a realização de uma RTE, caso cumpridos os requisitos, representaria violação a princípios e regras que vinculam a Administração Pública ao Edital?

30. Conforme destacado acima, o contrato de concessão de serviço público é composto por cláusulas regulamentares e econômicas. As cláusulas regulamentares ou de serviço podem ser modificadas unilateralmente pelo Poder Concedente ou por quem lhe faça as vezes, assegurado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, caso a alteração implique a assunção de encargos adicionais pelo concessionário com impacto na equação econômico-financeira estabelecida no momento da formação do vínculo contratual. As cláusulas econômicas, a sua vez, por representarem a própria equação econômico-financeira estabelecida contratualmente, não podem ser modificadas sem a concordância do concessionário.

31. Consideradas as apontadas peculiaridades do regime jurídico do contrato de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica assinado pela CEA, cuja minuta integrou o edital de Leilão BNDES n. 01/2021 - CEA, somente poderia ser invocado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da hoje revogada Lei n. 8.666/93 e no art. 5º da Lei 14.133/2021, atual Lei de Licitações, para as chamadas cláusulas econômicas da avença.

32. Naturalmente, é em relação às cláusulas econômicas da minuta do contrato de concessão que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve incidir. Isso porque são essas cláusulas econômicas que possuem influência direta na formulação das propostas apresentadas no certame, na medida em que disciplinam como e quando os investimentos realizados pelo futuro concessionário serão amortizados e remunerados pela tarifa cobradas dos usuários.

33. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o não cumprimento de cláusula de natureza econômica do contrato de concessão de serviço público, cuja minuta integrou edital de licitação, enseja violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por frustrar as legítimas expectativas do licitante vencedor.

34. De todo o modo, ainda que o contrato de concessão do serviço de distribuição n. 01/2021 não tivesse sido originado de um procedimento licitatório, não se alteraria a conclusão acerca impossibilidade jurídica de diferimento unilateral do resultado da revisão tarifária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do indigitado contrato. Com efeito, a intangibilidade da equação econômica-financeira da concessão de serviço público é uma garantia que decorre do regime jurídico do instituto, não necessitando da proteção dos princípios que regem as licitações para ter plena eficácia.

35. Ressalte-se, mais uma vez, que apesar estar vinculada ao disposto na cláusula contratual de natureza econômica, a Administração pode pactuar com a contratada uma alteração, consoante interpretação *a contrario sensu* do art. 58, §1º da Lei n. 8.666/93, hoje reproduzido no art. 104, §1º, da Lei 14.133/2021.

(iii) O reconhecimento da formação de um ativo regulatório, de forma unilateral, no processo tarifário de 2024 da concessionária encontra respaldo no Contrato de Concessão e na regulação vigente?

36. Previamente à decisão que resultou na edição da REH n. 3.313/2024, não havia, no contrato de concessão ou na regulação vigente, previsão de formação de ativo regulatório como sucedâneo da aplicação da revisão tarifária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021.

37. Trata-se de mecanismo criado na própria deliberação da Diretoria colegiada com vistas a preservar, sob a perspectiva econômica, o resultado, diferido unilateralmente, da revisão tarifária extraordinária que deveria ocorrer em substituição ao reajuste tarifário do ano de 2023, conforme previsão da Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do contrato de concessão.

38. Embora a formação do ativo regulatório constitua o remédio vislumbrado pela Diretoria, na ocasião, para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, reitera-se que, por modificar o contido em cláusula que integra a própria equação econômico-financeira da relação concessionária, não cabe à Aneel impor de forma unilateral essa solução ao concessionário.

(iv) O diferimento integral e sem aquiescência da concessionária do resultado da Revisão Tarifária da CEA representa alteração unilateral do contrato de concessão, em detrimento da observância dos princípios da segurança jurídica, da modicidade tarifária e da isonomia ou encontra-se no poder normativo da Agência?

(v) O "princípio da juridicidade administrativa", a "teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais" e a "teoria da ponderação de interesses e a noção do mínimo existencial" são necessários e suficientes para justificar/fundamentar a decisão da ANEEL consignada na Resolução Homologatória nº 3.313/2024?

39. Em razão de ambos os quesitos versarem sobre a influência da aplicação dos princípios jurídicos sobre o processamento da revisão tarifária extraordinária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de

Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, passamos a formular resposta conjunta para os questionamentos.

40. Acerca da possibilidade de a Aneel ou mesmo o Poder Concedente alterar unilateralmente cláusulas econômicas do contrato de concessão, definidoras da equação econômico-financeira da avença, o tema já foi suficientemente explorado, à luz de comandos legais, doutrina e manifestações anteriores desta Procuradoria. A conclusão permanece: a Aneel não pode alterar unilateralmente tais cláusulas, aí se incluindo a cláusula que define os contornos de uma revisão tarifária, seja ela ordinária ou extraordinária. Nesse sentido, se a Aneel processa revisão extraordinária em desacordo com o que estipula o contrato de concessão, configura-se a alteração unilateral que não deve ser admitida.

41. Considerando que a revisão tarifária extraordinária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021 vincula as partes e que há, dada a natureza da cláusula em comento, expressa vedação legal à sua alteração unilateral (art. 58, §1º, da Lei n. 8.666/93, atual art. 104, §1º, da Lei n. 14.133/2021), resta saber se é possível juridicamente estabelecer exceção a essas regras por aplicação de princípios constitucionais, como fez a Diretoria da Aneel ao deliberar a revisão tarifária extraordinária da CEA, decisão ora questionada.

42. Para enfrentar essa matéria, é oportuno saber distinguir de que modo as regras e os princípios atuam na resolução de questões jurídicas.

43. A esse respeito, ALEXY (2008, p. 90/91), em obra clássica sobre o tema, ensina que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. **O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.**

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

44. Como se nota, para Alexy, as regras seriam normas cogentes e determinantes da conduta, imperativos definitivos, ao passo que os princípios seriam comandos de otimização. Segundo o autor, as regras criam direitos definitivos. Elas regulariam por si próprias sua aplicação, sem necessidade de mediação do intérprete. Por isso, não teria lugar aqui qualquer espécie de argumentação jurídica. Aplicar-se-ia unicamente uma técnica de subsunção que explicaria a incidência da regra.

45. Os princípios, por sua vez, não seriam imperativos, mas meramente orientadores. A aplicação do princípio demandaria uma argumentação jurídica, a qual se basearia em um discurso de aplicação de valores morais em processos de decisão pública. A técnica utilizada nesse caso não seria a de subsunção, mas a de ponderação.

46. DWORKIN (2002, p. 39), a sua vez, entende que a distinção entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Para ele, as regras se aplicam na base do tudo ou nada, isto é, se ela for válida e os fatos a que ela se refere se concretizam a consequência que ela estipula deve ser aceita; se não for válida em nada contribui para a decisão.

47. Já os princípios na concepção dworkiana não se destinam a estabelecer condições que tornam a aplicação necessária. Mesmo aqueles que mais se aproximam das regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” Eles apenas enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção mas [que ainda sim] necessita uma decisão particular.” (DWORKIN, 2002, p. 40/41) salienta ademais que “os princípios tem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso e importância”. Quando os princípios se sobrepõem aquele que prevalece tem de “levar em conta a força relativa de cada um”. (DWORKIN, 2002, p. 42)

48. Diante dessas explanações, o que se infere é que as regras são normas dotadas de maior grau de densidade normativa, por conterem em si mesmas a decisão a ser tomada quando o suposto fático, nelas previsto abstratamente, se concretiza. Os princípios possuem características diferentes. Eles apenas fornecem razões, argumentos para que o intérprete se incline a decidir em um determinado sentido.

49. Pontuadas as diferenças entre as regras e princípios, o aspecto relevante a por em evidência é que as regras, por criarem direitos definitivos ou estabelecerem *a priori* consequências jurídicas em face de determinado fato, conferem maior previsibilidade e segurança jurídica à resolução de questões de cunho jurídico. Nesse sentido, JUSTEN FILHO (2021, p. 96) ao comentar o art. 5º da Lei n. 14.133/2021 leciona:

Princípio e regra apresentam relevância equivalente para a construção da ordem jurídica. Mais ainda, a existência de regras se destina a ampliar a certeza e a segurança do Direito, assegurando uma solução dotada de maior margem de previsibilidade.

50. Em face desse cenário, cumpre indagar: a regra que regula determinado caso concreto e, portanto, apresenta as consequências jurídicas a serem adotadas uma vez preenchido seu suporte fático, pode ser afastada em virtude da eventual colisão com algum princípio, norma dotada de maior grau de generalidade e que não apresenta soluções definitivas para o processo decisório? Para ALEXY, trata-se de um hipótese plausível, especialmente quando a determinação contida na regra falha em face de alguma impossibilidade fática ou jurídica. Nesse caso, a regra perderia, para o caso, seu caráter definitivo, sendo que a introdução

dessa cláusula de exceção, segundo o doutrinador, "pode ocorrer em virtude de um princípio" (ALEXY, 2008, p. 104).

51. Todavia, mesmo Alexy reconhece que a superação de uma regra não envolve apenas dar maior peso ao princípio contrário ao princípio que fundamenta a regra. É preciso superar também os chamados princípios formais, isto é, aqueles que conferem previsibilidade e segurança jurídica à atuação dos operadores do Direito. Confira-se:

Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras - é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (ALEXY, 2008, p. 105)

52. Como se pode perceber, a relativização de uma regra, por meio da criação de uma cláusula de exceção fundada em princípios, envolve não só a ponderação dos princípios diretamente relacionados à matéria tratada na regra, mas também dos princípios que visam preservar a confiança nas instituições, em especial o de que as soluções determinadas pelas regras postas por autoridades legitimadas devem ser fielmente cumpridas. A superação de uma regra válida juridicamente, portanto, deve constituir situação excepcionalíssima, que somente se coloca em casos extremos, capazes de justificar essa instabilidade institucional.

53. Com a vênia de eventual entendimento contrário, não nos parece estar configurada a situação excepcionalíssima no caso concreto.

54. Ressalte-se que a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão funda-se nas garantias constitucionais do direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Carta Magna) e manutenção das condições da proposta nas contratações públicas (art. 37, XXI, da CRFB/88) que merecem a devida proteção nas relações travadas com o Poder Público. Na medida em que a Lei de Licitações veda a alteração de cláusulas econômicas sem o consentimento do contratado, tem-se uma ponderação efetuada pelo legislador entre os princípios que protegem os direitos de cunho patrimonial do contratado e os princípios que regem a atuação da Administração Pública na gestão contratual. Nesse sentido, o legislador deliberadamente assegurou as legítimas expectativas econômicas do contratado como contrapeso ao poder de alteração unilateral conferido à Administração em relação às chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço. Não quer nos parecer que remanesça ainda espaço ao gestor do contrato para refazer *a posteriori* a ponderação realizada pelo legislador.

55. Além disso, o contrato de concessão, no caso concreto, é fruto de um procedimento licitatório em que o clausulado relativo à revisão tarifária extraordinária desempenhou um papel de relevo, quicá fundamental, para agregar valor ao objeto licitado. Os problemas enfrentados ao longo do tempo naquela área de concessão são notórios e inclusive levaram a Aneel a recomendar a caducidade da concessão no passado. A previsão de uma revisão tarifária extraordinária para reavaliar integralmente a Base de Remuneração Regulatória deve ser encarada como um incentivo econômico introduzido no instrumento convocatório para aumentar a competitividade na licitação. Não parece razoável que a Administração possa unilateralmente, *a posteriori*, introduzir alterações no modo de usufruto desse benefício.

56. De outra banda, há que se levar em conta outro princípio constitucional que é essencial ao desenvolvimento saudável de qualquer setor regulado: o do respeito às situações jurídicas consolidadas, traduzido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Note-se que a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada vincula inclusive o legislador. Por redobradas razões deve vincular também o Administrador Público, na medida em que este deve obediência à lei, por força do princípio da legalidade. Assim, se o contratado preenche todos os requisitos para o gozo de uma vantagem que lhe foi atribuída por uma cláusula contratual, cuja validade não se discute, o reconhecimento do direito subjetivo do contratado se impõe.

57. A fiel execução das cláusulas econômicas do contrato de concessão é, aliás, uma prática administrativa consolidada na Agência, o que confere aos agentes econômicos plena previsibilidade da conduta administrativa, contribuindo para a construção de um ambiente favorável à realização dos investimentos. Não se pode olvidar que o projeto concessionário é baseado no pressuposto de que os recursos financeiros necessários à viabilização da prestação do serviço público serão aportados essencialmente pelo parceiro privado. Esse é o normal. A relação jurídica concessionária se estende por décadas precisamente para permitir que os elevados investimentos realizados pelo contratado sejam amortizados e remunerados de forma diluída na tarifa cobrada dos usuários.

58. Até a edição da REH n. 3.313/2024, ora questionada, os concessionários não tinham motivos para acreditar que as regras estipuladas em contrato para preservação do equilíbrio econômico-financeiro seriam modificáveis por iniciativa da Aneel, sem prévio acordo. O precedente apontado na decisão impugnada, também questionável, se refere à situação de um prestador de serviço à época designado, em regime precário, e sem um contrato formalmente assinado.

59. Do mesmo modo, não é usual que a Aneel se utilize de ferramentas próprias da jurisdição constitucional para exercer o múnus legal de gerir o contrato de concessão (art. 3º, IV, da Lei n. 9.427/96). Embora bem intencionada a iniciativa de proteger usuários vulneráveis economicamente, utilizando-se como fundamento princípios constitucionais, isso não pode se dar em detrimento dos legítimos interesses econômicos do concessionário garantidos pelo contrato. O papel da Agência não nos parece ser esse. O que cabe precipuamente à Aneel é zelar para que o contrato de concessão seja fielmente executado pelas partes, tal como foi convencionado. Não é outra a conclusão que se extrai das competências da Agência, regulamentadas pelo Decreto n. 2.335/1997. Confira-se:

art. 4º À ANEEL compete:

(...)

X - atuar, **na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle dos preços e tarifas**, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços;

(...)

XV - **cumprir e fazer cumprir** as disposições regulamentares do serviço e **as cláusulas dos contratos de concessão** ou de permissão e do ato da autorização; (grifamos)

60. A observância pela Aneel das cláusulas contratuais, portanto, vai além da simples retórica. É um valor positivado no ato que regulamenta a constituição da Agência.

61. Na medida em que se cria a possibilidade de que as cláusulas econômicas não sejam aplicadas conforme originalmente estabelecidas no contrato de concessão, a previsibilidade e segurança jurídica dão lugar à incerteza, o que pode alimentar um ambiente de aversão ao risco no setor e/ou aumentar prêmio de risco exigido para contratar com o Poder Concedente. Nenhum desses dois cenários favorece, ao fim e ao cabo, o usuário do serviço. Deixar de aplicar revisão tarifária a que o concessionário tem direito a pretexto de favorecer modicidade tarifária pode levar a resultado diametralmente oposto. O aparente benefício criado no curto prazo cobrará o seu preço no longo prazo.

62. O modelo de Agências Reguladoras independentes foi concebido para assegurar que o processo decisório da regulação fosse eminentemente técnico e imune a pressões políticas. A aplicação das regras estabelecidas, com soluções pré-determinadas, protege o regulador de ter que fazer escolhas que não são de sua competência e que retiram a previsibilidade, essencial para a criação de ambiente saudável de negócios. Afastar as regras estabelecidas em favor da aplicação de princípios, normas com alto grau de abstração e de generalidade, constitui um elemento desestabilizador, que inevitavelmente atrai as tensões políticas associadas às questões de valor moral inerentes à estrutura deontológica dos princípios.

63. A frustração das justas expectativas dos concessionários quanto ao cumprimento fiel das cláusulas econômicas dos contratos de concessão acaba por enfraquecer a própria Agência Reguladora. Nesse sentido, sobreleva em importância as reflexões de JORDÃO e RIBEIRO (2017, p. 199):

Uma das razões para a criação das agências reguladoras consistia em dar mais estabilidade aos setores regulados. A ideia era a de que a concessão de poderes regulatórios a entidades técnicas, isoladas de influências políticas, favoreceria a previsibilidade, criando ambiente propício para o aporte de investimentos. **Como desbaratar este projeto? Assegurando que a estabilidade e a segurança jurídica sejam comprometidas nos setores regulados pela atuação da própria agência. A forma mais óbvia para fazê-lo é frustrar o cumprimento dos contratos, em especial em relação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e realização dos reajustes tarifários.**

64. Nesse sentido, é prudente e oportuno que a Agência volte suas atenções para a diretriz de atuação que consta do art. 3º, V, do Anexo I, do Decreto n. 2.335/1997:

Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

(...)

V - **criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham asseguradas a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato;** (grifamos)

65. Dado todo esse contexto, não há como acompanhar o entendimento da Diretoria de que o diferimento unilateral atende ao princípio da juridicidade administrativa. Para chegar a essa conclusão seria necessário superar (i) a natureza contratual estrito senso da cláusula de revisão tarifária extraordinária, (ii) a vedação legal de alteração unilateral de cláusulas econômicas do contrato contida na Lei de Licitações, (iii) a garantia constitucional de respeito ao direito adquirido e (iv) o princípio da segurança jurídica que preza pela estabilidade e previsibilidade das relações entre os agentes econômicos e o Poder público. Em que pese as razões alinhavadas no voto condutor que resultou na edição da REH n. 3.313/2004, elas não parecem fortes o suficiente, a nosso juízo, para tornar lícito o diferimento do revisão tarifária extraordinária de forma unilateral.

66. Sobre a utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, consigne-se que, nos termos do voto condutor, ela "se refere à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas." Ocorre que a discussão gira em torno da aplicação de uma cláusula contida em contrato de concessão de serviço público, contrato administrativo e que tem a União, representada pela Aneel, como uma das partes. Com a devida vênia, ainda que se possa propugnar que os usuários do serviço integram a relação concessionária, não há como se afastar a presença do Estado dessa relação. Tanto isso é verdade que, para que as novas tarifas sejam praticadas pela CEA é preciso haver um ato formal da Aneel homologando o resultado do processo tarifário, nos termos do art. 15, IV, da Lei n. 9.427/96. Por esses motivos, a invocação da teoria nos parece deslocada do contexto de sua formulação.

67. Quanto à teoria da ponderação de interesses, trata-se de técnica decisória que visa solucionar, no caso concreto, colisão de princípios antagônicos. Por ser uma técnica, não há como se afirmar se ela é necessária ou suficiente para qualquer tipo de resultado. Trata-se de uma abordagem argumentativa do voto condutor, a qual deve ser respeitada. O ponto é que, mesmo sob a perspectiva adotada no voto condutor, esta Procuradoria entende que o resultado não levaria à conclusão de que seria possível juridicamente diferimento unilateral do resultado de uma revisão tarifária extraordinária, pelos motivos e razões já declinados.

68. A noção do mínimo existencial, a sua vez, é um conceito atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente como fundamento de nossa República. Traduz-se no conjunto de condições materiais e imateriais indispensáveis para que o indivíduo possa viver com dignidade, desfrutando dos direitos e liberdades fundamentais. A forma como se dá concretude a esse princípio no caso concreto, no entanto, depende, a nosso juízo, da mediação do legislador e dos órgãos e entidades responsáveis pela formulação de políticas públicas. Não cabe à Agência reguladora formular política tarifária. Isso é matéria de reserva legal, por força do disposto no art. 175, parágrafo único, III, da CRFB/88.

69. Se, eventualmente, a expressão monetária da tarifa põe em xeque o acesso ao serviço público de distribuição de energia, cabe aos formuladores da política tarifária encontrar a solução. Não se pode jogar sobre os ombros do concessionário o ônus de a tarifa de equilíbrio, regularmente calculada nos termos do contrato, não poder ser suportada pelos usuários do serviço. Se é esse o caso, o melhor a fazer é que o titular do serviço público, no caso a União, não transfira a responsabilidade de prestação do referido serviço ao particular, prestando-o de forma direta. Nessa hipótese, poderia financiar total ou parcialmente a prestação do serviço com recursos orçamentários.

70. Cumpre ressaltar que há políticas inclusivas, instituídas nos termos da lei, que visam garantir o acesso dos usuários vulneráveis economicamente ao serviço de distribuição de energia elétrica. Como exemplo, tem-se a Tarifa Social de Energia Elétrica, criada pela Lei n. 10438/2002 e complementada pela Lei n. 12.212/2010. Trata-se de caso exitoso de política pública que prestigia os interesses de parcelas menos favorecidas da população sem sacrificar os interesses econômicos dos concessionários de serviço público.

71. Ao invocar a noção de mínimo existencial para postergar a produção de efeitos de revisão tarifária extraordinária, a Aneel adentra em terreno que não lhe cabe, isto é, o de instituidora de política tarifária para os usuários do serviço menos favorecidos. E, justamente, por não ter sido moldada institucionalmente para formulação de política pública, pode errar ou adotar medida que se revele desproporcional. O caso concreto apresenta indícios de desproporcionalidade. Com efeito, para ser proporcional, a postergação do reposicionamento tarifário deveria segregar criteriosamente os usuários que teriam o mínimo existencial afetado pela implementação da revisão tarifária daqueles que poderiam suportar o acréscimo tarifário. Ao concluir que o reposicionamento tarifário deveria ser nulo, tomando como premissa a noção do mínimo existencial, a decisão administrativa acabou por tratar os usuários do serviço no estado do Amapá como uma massa homogênea de pessoas em situação de vulnerabilidade. Essa não nos parece ser uma situação plausível. O *discrímen* era necessário, a fim de tratar desigualmente os desiguais, garantindo-se, por conseguinte, a observância do princípio da isonomia.

72. De se notar que, após a publicação da REH n. 3.313/2024 foi editada a Medida Provisória n. 1212, de 09 de abril de 2024, que permitiu a utilização de recursos de P&D e Programa de Eficiência Energética, bem como de recursos a serem aportados pela concessionária signatária do Contrato de Concessão n. 007/2004, nos termos do art. 7º da Lei n. 14.182/2021, para a modicidade tarifária. Por meio da Portaria n. 75/2024/GM/MME, o Poder Concedente resolveu que:

Art. 1º Os recursos de que trata o § 2º do art. 5º-B da Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.212, de 9 de abril de 2024, não destinados à Conta de Desenvolvimento Energético, deverão ser revertidos em benefício da modicidade tarifária nos processos tarifários das concessionárias de distribuição conduzidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel

73. Como se vê, os formuladores de política tarifária já criaram meios para que os impactos da revisão tarifária extraordinária da CEA sejam mitigados, sem afetar o direito da concessionária de ver preservado equilíbrio econômico-financeiro nos termos do contrato. Essa é a solução que reputamos ser, ponto de vista jurídico, a mais viável, ainda que seu resultado não seja equivalente ao reposicionamento tarifário zero determinado pela REH n. 3.313/2024.

74. É aconselhável que a Aneel se curve à solução encontrada pelos formuladores de política tarifária. Insistir na tese de que a análise de indicadores socioeconômicos dos usuários da área de concessão pode levar à não aplicação dos resultados dos processos tarifários previstos em contrato cria precedente que rompe com a jurisprudência administrativa e, nessa medida, pode se tornar perigoso e difícil de sustentar no futuro. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, com forte concentração de renda. A presença de consumidores vulneráveis economicamente é verificada em praticamente todas as regiões do país. Segundo as regras de hermenêutica jurídica, onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*). Em outros termos, onde há o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*). Nesse contexto, a Aneel pode se ver na situação de, para manter a coerência, ter de afastar a aplicação de novas revisões ou reajustes tarifários de concessionárias que apresentem complexidade socioeconômica da população atendida semelhante à da CEA. O ambiente de insegurança e incerteza, portanto, poderia afetar todo o segmento de distribuição.

75. Isso sem contar na eventual exploração do precedente administrativo em juízo. Diuturnamente, os resultados de processos tarifários homologados pela Aneel são questionados judicialmente. Dentre os costumeiros argumentos, figura o de que o aumento percentual da tarifa supera os índices inflacionários, comprometendo a capacidade de pagamento dos usuários. Em que pese a judicialização, a Aneel vem obtendo êxito em sustentar que os mecanismos contratuais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro devem ser respeitados, em face do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão, e do caráter vinculado à lei e ao contrato da competência da Aneel para homologar os processos de reposicionamento tarifário. Essa tese, até o momento, vem sendo acolhida pelas instâncias jurisdicionais ordinárias e pelos Tribunais Superiores. Não se tem notícia de processo de reposicionamento tarifário que tenha sido obstaculizado de forma prolongada no Poder Judiciário.

76. Na medida em que se relativiza a aplicação de cláusulas de revisão e reajuste tarifários, por iniciativa da própria Agência reguladora, corre-se o risco de jogar por terra todo o trabalho de convencimento exercido ao longo dos anos para que o Poder Judiciário não intervenha nos resultados de processos tarifários homologados pela Aneel. Abrir-se-ia um flanco argumentativo de difícil contraposição, porquanto baseado em técnica de ponderação de interesses, que envolve avaliações subjetivas.

77. Vale ressaltar que, especificamente ao caso em tela, a Aneel ajuizou Pedido de Suspensão de Liminar, para garantir o processamento da revisão tarifária extraordinária da CEA, segundo o disposto no Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021. Na ocasião, a Aneel alegou em juízo que:

(...)o processamento da revisão tarifária extraordinária constitui garantia contratual de suma importância, a qual foi explicitamente prevista no âmbito do processo licitatório.

(...)

A decisão que suspendeu o procedimento de RTE criteriosamente promovido pela ANEEL, além de contrariar os comandos legais, impacta de maneira negativa no cumprimento dos contratos firmados, colocando em risco a continuidade e atualidade da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, como veremos a seguir.

(...)

Como dito, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se dá pelo cumprimento das condições fixadas no ajuste, ou seja, é justamente o processamento dos reajustes ou revisões tarifários, segundo a metodologia prescrita nos contratos de concessão, que assegura o seu equilíbrio econômico-financeiro. É o que se colhe do art. 10 da Lei nº 8.987/95:

(...)

Do exposto até aqui, fica evidente que a decisão ora impugnada acarreta severo impacto ao regular desempenho da atividade administrativa ao subtrair da ANEEL a atribuição de promover Revisão Tarifária Extraordinária do Contrato de Concessão nº 01/2021 de acordo com os ditames legais, sem que tenha se perpetrado qualquer ilegalidade na sua condução.

(...)

O desequilíbrio econômico-financeiro causado pela suspensão de procedimento de apuração de revisão tarifária também tem o potencial de prejudicar a adequada prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, na medida em que põe em risco a continuidade dos investimentos necessários à prestação de um serviço que, como bem observado pela liminar deferida, é essencial para os consumidores. Ressalta-se que no processo tarifário em curso, estão sendo fiscalizados e validados pela ANEEL os investimentos realizados na concessão da CEA nos últimos cinco anos.

Dessa forma, a suspensão do processo tarifário também traz riscos para a segurança jurídica do setor elétrico, ao afastar os investidores receosos de não obterem uma remuneração adequada. Por conseguinte, a instalação de um ambiente de insegurança jurídica causado pela suspensão de um ato que foi atribuído à ANEEL por lei também contribuiu para o aumento da percepção do Risco-Brasil, com efeitos que podem atingir a economia nacional com um todo, com grave lesão à ordem econômica.

A não aplicação dos índices contratuais de atualização das tarifas da Equatorial Amapá atenta contra o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e aumenta o risco de inadimplência intrasetorial, pois reduz a capacidade de a concessionária cumprir com os contratos firmados com os serviços à montante, quais sejam, contratos de geração e de transmissão de energia, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro também desses geradores e transmissores.

Vê-se, assim, que a manutenção da decisão concessiva da liminar causa grave lesão à ordem administrativa e à economia pública não só pelo fato de o Poder Judiciário ter se sobreposto à Agência, ditando nova política para o setor elétrico em detrimento da competência conferida por lei à ANEEL, mas principalmente por causar sérios prejuízos à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com o Poder Concedente, afetando, conseqüentemente, a continuidade e qualidade do fornecimento de energia na área de concessão da Equatorial AP, bem como por representar risco de desequilíbrio do setor elétrico como um todo

78. Da leitura dos trechos da Medida de contracautela ajuizada pela Agência para garantir o regular processamento da revisão tarifária extraordinária, resta evidenciada a defesa do cumprimento das cláusulas contratuais que visam à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Note-se que a Aneel alegou grave lesão à ordem administrativa e à economia pública caso não fosse revertida a decisão liminar que impedia o processamento da RTE da CEA. Há uma evidente contradição entre as alegações da Aneel em juízo e os fundamentos utilizados para diferir unilateralmente o regular processamento da revisão tarifária extraordinária. A Aneel pode vir a ser confrontada com suas próprias alegações em juízo, caso a CEA venha a questionar judicialmente o diferimento unilateral consubstanciado na REH n. 3.313/2004, o que pode acarretar danos à imagem e reputação da Agência perante o Poder Judiciário. Esses impactos reputacionais negativos não devem ser negligenciados.

III– CONCLUSÃO

79. Do exposto, a Procuradoria opina pelo conhecimento e provimento do Pedido de Reconsideração, a fim de que seja regularmente processada a revisão tarifária extraordinária prevista na Subcláusula Segunda da Cláusula Décima Nona do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição n. 01/2021, homologando-se os resultados obtidos na instrução técnica.

À consideração superior.

Brasília, 12 de julho de 2024.

EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO
PROCURADOR FEDERAL
SUBPROCURADOR-GERAL

MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE ENERGIA

PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR ADJUNTO DE CONTENCIOSO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48500006872202291 e da chave de acesso d80bab57



Documento assinado eletronicamente por MARCELO ESCALANTE GONÇALVES, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1524011145 e chave de acesso d80bab57 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO ESCALANTE GONÇALVES, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 15-07-2024 15:51. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1524011145 e chave de acesso d80bab57 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PEDRO HENRIQUE PEIXOTO LEAL, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 12-07-2024 18:54. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1524011145 e chave de acesso d80bab57 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 12-07-2024 18:24. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
