



ABRADEE

**CONTRIBUIÇÃO AO PROCESSO DE  
CONSULTA PÚBLICA nº 024/2019**

**Estabelecimento de indicadores,  
critérios de eficiência e procedimentos  
para o acompanhamento da qualidade  
do serviço e da Gestão Econômico-  
Financeira das concessionárias de dis-  
tribuição de energia elétrica.**

Novembro de 2019

## Sumário

1. Prólogo	1
2. Considerações sob o Aspecto Jurídico	1
2.1 Princípio da segurança jurídica	3
2.2 Da vinculação da agência reguladora aos contratos de concessão	4
2.3 Limites à discricionariedade do regulador	6
2.4 Da suficiente fundamentação dos atos praticados pelo regulador	7
2.5 Ressalvas relativas à necessidade de interpretação adequada de regras potencialmente desconstitutivas de posições jurídicas preexistentes	8
2.6 Da infringência ao princípio da liberdade empresarial consagrado na livre iniciativa	8
3. Considerações sob o Aspecto Regulatório	9
3.1 Indicadores de continuidade	9
3.2 Indicadores sócio econômicos para as concessões prorrogadas	10
3.2.1 Métrica para sustentabilidade econômica e financeira	10
3.2.2 Confirmação da perda de sustentabilidade da concessão	11
3.2.3 Proposta de ajuste dos indicadores de eficiência econômico-financeira nos casos de existência de plano de resultados	11
3.2.4 Critérios de avaliação da possibilidade de abertura do processo de caducidade	11

## 1. Prólogo

A proposta de estabelecer a norma dos processos de extinção das concessões de distribuição é recepcionada com expectativa positiva entre os agentes, pois objetiva firmar procedimentos e, consequentemente, fortalecer a transparência e a segurança jurídica dos respectivos processos com prudente antecedência aos futuros e eventuais atos.

Isto posto, nossas contribuições específicas, apresentadas no próximo capítulo, versarão prioritariamente em quatro quesitos, a saber:

- i) Discernimento: especializar a norma aos distintos tipos de contrato de concessão vigentes:
  - i.a oriundos do processo de licitação, conforme Lei 8.987;
  - i.b) oriundos da prorrogação das concessões, conforme Lei 12.783; e
  - i.c) fruto de aditivos balizados pelo Despacho 2194/16 da Aneel).
- ii) Causalidade: considerar apenas o desempenho técnico da própria concessionária de distribuição para aferir a qualidade dos serviços prestados, retirando, dessa forma, os efeitos das ocorrências dos sistemas de transmissão e das ocorrências programadas para verificação dos indicadores de DEC e FEC, sem prejuízo das normas e procedimentos que tratam da compensação aos consumidores por eventuais transgressões desses indicadores. Ainda, avaliar se os limites regulatórios estabelecidos para os conjuntos elétricos da concessionária estão adequados, dado que, sabe-se que a metodologia não consegue apresentar limites aderentes em todos os casos;
- iii) Proporcionalidade: ratificar o prazo de 6 (seis) meses após o encerramento do ano fiscal para eventuais aportes de capital da concessionária objetivando restabelecimento dos indicadores de sustentabilidade econômico-financeiro. Medida alinhada com os princípios da segurança jurídica dos contratos e da sustentabilidade das concessões, pois mitiga o risco de violações do indicador provocadas por elementos não recorrentes que possam afetar o desempenho operacional e/ou financeiro; e
- iv) Razoabilidade: desconsiderar o “piso” para a taxa Selic, conforme item 55 da Nota Técnica 68/2019 – SRD-SRM-SFE-SFF/ANEEL haja vista constituir condição conservadora que, inclusive, pode inibir a captação de financiamento mais atrativos. Frisa-se que, em cenários de juros muito baixos, essa condição será capturada pela metodologia de definição da Parcela B, reduzindo, assim, o EBITDA e, portanto, restringindo naturalmente a capacidade de endividamento das concessionárias. Isso porque, tanto o WACC regulatório quanto a inflação que incide sobre a Parcela B a cada reajuste (ambos com impacto direto sobre o EBITDA das concessionárias) também estarão em patamares reduzidos em cenários de SELIC baixa, sendo que tais parâmetros não possuem piso para fins de aplicação regulatória.

Esperamos o acolhimento dessas contribuições que objetivam, em última análise, não só o aprimoramento do processo em si, mas principalmente para a maturidade e o pragmatismo dos atos normativos da ANEEL.

Além dos quatro pontos elencados acima, apresentamos a seguir mais as seguintes contribuições:

## 2. Considerações sob o aspecto jurídico

No âmbito da CP024/2019, foi emitida a Nota Técnica nº 0068/2019-SRD-SEM-SFE-SFF/ANEEL, a qual, por sua vez, menciona o Parecer nº 00298/2019/PFANEEL/PGF/AGU, da Procuradoria Federal, que conclui pela inexistência de óbice à aplicação da futura Resolução Normativa aos contratos em vigor anteriores à Lei nº 12.783/13 (cf. itens 29 a 48), tanto no que concerne aos indicadores operacionais de continuidade, como também nos indicadores de sustentabilidade financeira, sob o argumento de que se tratariam de cláusulas de natureza estatutária, passíveis de alteração unilateral pela Administração, a qual, em realidade, estaria por meio da futura REN apenas criando critérios objetivos de aferição.

No que tange ao estabelecimento de indicadores de desempenho operacional (mas, afirme-se, não às sanções decorrentes de sua inobservância, como adiante se verá), poderia assistir alguma dose de razão à Procuradoria, uma vez que tais limites poderiam ser fixados unilateralmente pelo Regulador. No entanto, se considerados os fins previstos na minuta de resolução normativa e as implicações sancionatórias, parece-nos que tal previsão não mereceria prevalecer, como ao final será concluído.

Já se observada a cláusula padrão de sustentabilidade econômico-financeira nos contratos novos (abaixo citada), nota-se que a mesma não teria, a rigor, um caráter meramente estatutário, visto que ela não se limita a um compromisso de equilíbrio financeiro, mas sim ao atingimento de **DETERMINADO PATAMAR** de sustentabilidade (este fixado de forma bilateral, em contrato) e com consectários adicionais aos previstos nos contratos sob a égide da Lei nº 9.074/95:

*“CLÁUSULA SÉTIMA – SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA*

*A DISTRIBUIDORA se compromete a preservar, durante toda a concessão, condição de sustentabilidade econômica e financeira na gestão dos seus custos e despesas, da solvência de endividamento, dos investimentos em reposição, melhoria e expansão, além da responsabilidade no pagamento de tributos e na distribuição de proventos.*

*Subcláusula Primeira – O descumprimento por parte da DISTRIBUIDORA dos Critérios de Eficiência com relação à Gestão Econômico-Financeira definidos no Anexo II implicará, sem prejuízo de outras ações fiscalizatórias:*

*I – a limitação de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio cujo valor, isoladamente ou em conjunto, supere 25% do lucro líquido diminuído ou acrescido pelos montantes destinados à reserva legal (art. 193 da Lei nº 6.404, de 1976) e à reserva para contingências (art. 195 da Lei nº 6.404, de 1976) e reversão desta última reserva formada em exercícios anteriores, até que os parâmetros regulatórios sejam restaurados e observáveis a partir das demonstrações contábeis regulatórias do ano civil subsequente entregues à ANEEL; e*

*II – a aceitação de um regime restritivo de contratos com partes relacionadas.  
(...)”<sup>1</sup>.*

Consoante se denota, a Cláusula inclusive traz 2 hipóteses sancionatórias que revelam claramente não se tratarem de regra meramente estatutária, a saber: (i) restrição na distribuição de dividendos; e (ii) limitações na contratação entre partes relacionadas. Dada essa característica punitiva, somada à noção de um patamar específico a ser atingido, parece-nos que a cláusula em questão teria natureza necessariamente bilateral. Note-se que as sanções, inclusive, aplicam-se ao não atingimento de indicadores de continuidade, como falamos anteriormente.

Ademais, a minuta de resolução normativa trazida pela supracitada Nota Técnica não apenas torna objetivos os critérios de sustentabilidade (os quais, repita-se, não foram acordados com os concessionários não abrangidos pela Lei nº 12.783/13), como determina a sua observância geral, inclusive às distribuidoras que já celebraram novos contratos de concessão, sob pena de sanção (conforme art. 2º c/c art. 6º, caput e §§ 1º e 5º da proposta de resolução, aplicável também à hipótese de indicadores operacionais).

Em outras palavras, aqueles concessionários que não contrataram tal obrigação, passariam a tê-la – a qual possuiria evidente natureza bilateral e, portanto, negocial, eis que invade a esfera da liberdade gerencial de cada empresa e atinge a distribuição de dividendos e a contratação intragrupo, alterando, por absoluto, a equação econômico-financeira do contrato de concessão, já que aumenta a onerosidade em relação àquela base anterior.

Em síntese, a ANEEL almeja trazer para regulamento – ou seja, aplicável a todas as distribuidoras de energia elétrica – as cláusulas de padrão de qualidade e sustentabilidade econômico-financeira inseridas quando das prorrogações das concessões tratadas pela Lei nº 12.783/13. Assim, as regras de qualidade

---

<sup>1</sup> Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 02/2019-ANEEL (Companhia Energética de Alagoas – CEAL).

e sustentabilidade econômico-financeira se aplicarão a todas as distribuidoras, independentemente de terem ou não assinado contrato ou aditivo específico.

Segundo entende-se, a proposta apresentada no âmbito da CP024/2019 atenta contra princípios basilares do Direito, pelas razões abaixo expostas.

## 2.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em primeiro lugar, identifica-se que os contratos firmados sob a égide da Lei nº 9.074/95, no momento de suas respectivas assinaturas e dentro das regras que fixavam as bases de direitos e deveres em dada circunstância e condição, concediam aos concessionários o direito/dever associado a uma partida e a uma contrapartida, que, juntas, formaram a base inicial do equilíbrio econômico-financeiro.

É com base e em atenção a este equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido que a concessionária irá prestar o serviço público durante o prazo de sua concessão. É, igualmente, sobre esta mesma base que a ANEEL irá fiscalizar a atividade de distribuição de energia elétrica. Em suma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato reflete uma condição de previsibilidade ao concessionário.

Alterar as bases econômicas, impondo de forma unilateral determinados patamares, sob pena de limitação de dividendos, ferirá as bases anteriores que levaram o acionista a acreditar naquelas bases iniciais e projeções. A alteração das bases econômicas definitivamente não se apresenta como uma questão meramente estatutária, mas, pelo contrário, afronta diretamente ao princípio da segurança jurídica, escorado, para o caso de contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, justamente no equilíbrio econômico-financeiro.

O pilar objetivo da segurança jurídica é designado como princípio da segurança jurídica *stricto sensu* ou, simplesmente, princípio da segurança jurídica. É direcionado ao passado e está ligada à ideia de proteção dos indivíduos contra a atuação retroativa do Estado, manifestando-se pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF, art. 5º, inciso XXXVI).

Já o pilar subjetivo da segurança jurídica é designado princípio da proteção à confiança. Esse, por sua vez, é direcionado ao futuro e está ligado à ideia de proteção da confiança que os indivíduos depositam, de boa-fé, na atuação do Estado, manifestando-se, no Direito Administrativo, por exemplo, pela convalidação, pela invalidação com eficácia *ex nunc* e pela decadência.

Conforme ensina Almiro do Couto e Silva<sup>2</sup>:

*“4. A segurança jurídica é entendida como um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (...) A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.*

A corroborar este entendimento, J. J. Gomes Canotilho leciona que:

*“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”.*

<sup>2</sup> MAFFINI, Rafael Da Cás. Princípio da Protecção Substantial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 45.

E mais à frente, complementa o mesmo autor:

*“As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica, dado que as decisões dos poderes públicos, uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas, quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica, que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.*

## 2.2 DA VINCULAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Todo contrato de concessão de serviço público encontra-se sujeito ao princípio da força obrigatória dos contratos, segundo o qual ele faz lei entre as partes (lex inter partes) e deve ser cumprido fielmente por elas (pacta sunt servanda).

Com efeito, Miguel S. Marienhoff<sup>3</sup> ensina que o primeiro direito de qualquer contratado é exigir que a Administração Pública cumpra suas obrigações contratuais, senão vejamos:

*“O primeiro direito do contratante consiste, e isso é evidente, em que a Administração Pública cumpra o contrato. Não há de esquecer-se que o contrato ‘administrativo’, como já afirmei anteriormente, não obstante esse carácter, segue sendo a ‘lei das partes’. É compreensível, então, que uma parte tenha o direito de exigir da outra o cumprimento daquilo que o contrato põe a seu cargo. Segue vigente, pois, o princípio ‘pacta sunt servanda’ (os contratos devem ser cumpridos)” (tradução livre)*

Em verdade, a vinculação do Poder Concedente aos contratos de concessão de serviço público é tão evidente que, não bastasse o seu assento constitucional (art. 37, inciso XXI), o próprio legislador ordinário tratou de positivá-la. De fato, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público), estabelece:

(i) em seu art. 1º, que as concessões de serviço público serão regidas pelas cláusulas dos indispensáveis contratos:

*“Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”.*

(ii) e, em seu art. 29, que o Poder Concedente tem o dever de cumprir as cláusulas dos contratos de concessão de serviço público:

*“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:*

*(...)*

*“VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão”.*

Por outro lado, a vinculação da ANEEL aos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica decorre:

(i) tanto da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que estabelece, em seu art. 3º, que é atribuição da ANEEL aquela prevista na Lei nº 8.987/95, art. 29, inciso VI:

<sup>3</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Contratos Administrativos: Teoría General, 3.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 450.

*“Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII, do art. 29, e no art. 30, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (...)”.*

(ii) quanto do Decreto nº 2.235, de 7 de outubro de 1997, que dispõe, em seu art. 4º, inciso XV, que a ANEEL tem o dever de cumprir as cláusulas dos contratos de concessão de serviço público:

*“Art. 4º Compete à ANEEL:*

*(...)*

*“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”.*

Não fosse o bastante, a própria Lei nº 8.987/95 estabelece em seu art. 10 que considerar-se-á mantido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, sempre que forem atendidas as condições dos contratos de concessão:

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

Embora se compreenda que não haveria direito adquirido à regime jurídico determinado, o caso em tela não trata de questionar o aludido regime, mas muito mais a quebra de uma das cláusulas essenciais do contrato de concessão, afetando diretamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Isto é, quando o concessionário contratou com a Administração, nas condições dantes previstas, a ele não era oponível regra quanto à destinação de seus dividendos, ou em que medida contratar com suas partes relacionadas, ainda mais a título de sanção.

Se assim não fosse, poder-se-ia considerar desnecessárias as disposições da Lei nº 12.783/13 e do Decreto nº 8.461/15 quanto à obrigatoriedade de atendimento de determinados patamares de sustentabilidade econômico-financeira, posto que a própria ANEEL poderia regulamentar a matéria. No mesmo sentido, também seria desnecessária a previsão expressa nos Contratos de Concessão prorrogados a partir de 2015.

Ou seja, a própria necessidade de comando legal e de sua reprodução nos novos Contratos de Concessão evidenciam que deveria ser aplicada a partir de então e sobre um grupo determinado de Distribuidoras.

Ainda em atenção ao princípio da segurança jurídica, vale destacar posicionamento do Tribunal de Contas da União no processo que tratou deste tema<sup>4</sup>:

*“9.8. determinar à Aneel, em atenção ao que prescrevem o art. 6º da Lei 8.987/1995 e o art. 7º da Lei 12.783/2013, que regulamente previamente à prorrogação de contratos, de forma a reduzir incertezas, aumentar previsibilidade e segurança jurídica, o seguinte:*

*9.8.1 os critérios que implicam na impossibilidade de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata a Cláusula 2ª, Subcláusula 8ª, da minuta de contrato submetida a audiência pública;*

*9.8.2 os parâmetros mínimos de sustentabilidade econômica e financeira de que trata a Cláusula 7ª, Subcláusula 1ª, da minuta de contrato submetida à audiência pública;*

*9.8.3 os parâmetros mínimos de governança e transparência de que trata a Cláusula 8ª, Subcláusula 1ª, da minuta de contrato submetida à audiência pública;*

*9.8.4 os descumprimentos que poderão limitar a participação do controlador e de seu grupo em novos empreendimentos do Setor Elétrico de que trata a Cláusula 13ª, Subcláusula 6ª da minuta de contrato submetida à audiência pública”.*

Como se vê, o próprio TCU destaca a necessidade de que os critérios em questão seriam aplicados na prorrogação da concessão e que deveriam ser definidos antes desta em atendimento ao princípio da segurança jurídica.

<sup>4</sup> ACÓRDÃO Nº 2253/2015 – TCU – Plenário

Numa outra leitura, se estes critérios deveriam ser definidos antes da prorrogação dos Contratos para aplicação nas concessões prorrogadas, entende-se não ser razoável que os mesmos sejam aplicados indistintamente a qualquer concessionária que não participou desta nova pactuação.

O mesmo entendimento se deu quanto à eventual processo de caducidade da concessão:

*“264. Ocorre que não está claramente estabelecido a partir de que momento considera-se patamar crítico a prestação inadequada do serviço. Assim, para assegurar que o descumprimento de parâmetros objetivos de qualidade ao longo de toda a vigência do contrato acarrete a abertura do processo de extinção da concessão, por força de determinação contratual, impositiva, sem margem para qualquer discricionariedade, recomenda-se a definição de critérios objetivos para início do processo de caducidade da concessão para o prazo total do contrato.*

(...)

#### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

*3. Não obstante, considerando que o novo modelo normativo e contratual que rege a prorrogação dos contratos de concessão por até trinta anos é mais rígido e estabelece critérios objetivos técnicos e financeiros para a decretação da caducidade da concessão, que poderá ocorrer já nos primeiros dois anos da prorrogação, é importante mitigar os riscos de judicialização, especialmente no que concerne aos valores dos ativos reversíveis não amortizados passíveis de indenizações”.*

Não pode a ANEEL pretender relativizar os contratos de concessão anteriores à Lei nº 12.783, para se manter aderente ao disposto no art. 10 da Lei nº 8.987/95, isto é, para se manter obediente às regras que determinam a observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em razão de a ANEEL precisar cumprir o que fora pactuado previamente é que o equilíbrio econômico-financeiro não pode ser alterado, como se pretende via CP024/2019.

### **2.3 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DO REGULADOR**

Ainda que se reconheça a possibilidade de que o Poder Concedente uniformize e crie regras idênticas quanto à caducidade para os contratos de concessão firmados sob a égide da Lei nº 9.074/95 e da Lei 12.783/13, importa explicitar os limites jurídicos à deliberação administrativa na respectiva matéria.

Com efeito, existem limites à tomada de decisão administrativa, consistentes em elementos que condicionam a discricionariedade na matéria, tais como as previsões contratuais existentes, a isonomia na praxe administrativa, a autovinculação da Administração a seus próprios atos e precedentes e a vedação ao exercício de prerrogativas contratuais.

Os atos regulamentares devem estar diretamente vinculados à finalidade da lei, bem como pelas exigências de adequação de motivo, razoabilidade e fundamentação da decisão. Qual seria a razão para se igualar regras de contratos que são distintos e que foram firmados sob a luz de diferentes marcos legais (onde as condições jurídicas, econômicas e sociais são diametralmente diversas entre um marco legal e outro)?

O **primeiro limite à discricionariedade do Poder Concedente** é a finalidade da lei, ou seja, aquilo que o Poder Concedente deve buscar ao aplicar a regra do contrato de concessão existente. Afinal, como ensina Ruy Cirne Lima<sup>5</sup>, administração é a atividade do que não é proprietário, de modo que, em administração, uma finalidade impessoal, imposta pela lei, é predominante, e não a vontade, o arbítrio do administrador. Em suma: relação de administração é a que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, in verbis:

*“O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma fi-*

<sup>5</sup> LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo, 6.ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.p. 20-22 e 51-52.



*nalidade própria. (...) Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário, do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”.*

E o mesmo autor complementa mais à frente:

*“À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. (...) Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.*

O **segundo limite à discricionariedade do Poder Concedente** consiste no motivo da decisão administrativa, ou seja, os pressupostos de direito e de fato que fundamentam a decisão do Poder Concedente de promover referida identidade de regras.

O **terceiro limite à discricionariedade do Poder Concedente** consiste na razoabilidade da decisão administrativa, ou seja, a existência de relação de causa e efeito entre o motivo e o conteúdo da decisão administrativa, considerada a finalidade da lei (Lei nº 9.784/99, art. 2º).

Com efeito, Lúcia Valle Figueiredo ensina que<sup>6</sup>:

*“Quanto à razoabilidade das decisões, está implícita no texto constitucional. (...) É dizer, devem as decisões administrativas, necessariamente, guardar congruência lógica, relação de pertinência entre os fatos (motivos) e a conduta administrativa”.*

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região já decidiu que:

*“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. APROVEITAMENTO DE DISCIPLINAS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A autonomia universitária não exime a instituição de ensino de observar os princípios da legalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, devendo as restrições de direito determinadas em seus regulamentos internos guardar correlação lógica e adequação aos fins a que se destinam. 2. (...). 3. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento”. (TRF/1, AC 0048419-93.2004.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.238 de 20/04/2010).*

É que tal decisão não seria razoável, proporcional e, como se verá abaixo, amparada por fundamentação suficiente, veraz, aderente aos fatos e compatível com o interesse público.

## **2.4 DA SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELO REGULADOR**

Ademais, é preciso destacar, ainda, que toda decisão da Administração Pública deve ser motivada de forma explícita, clara e suficiente (CF, art. 93, inciso X, e Lei nº 9.784/99, art. 2º, caput e parágrafo único, inciso VII, e art. 50), notadamente a decisão sobre questões afetas à caducidade.

Dessa forma, o Poder Concedente deve apresentar, sempre, sob pena de nulidade:

- (i) as razões de direito que fundamentaram a decisão administrativa;
- (ii) as razões de fato que fundamentam a decisão administrativa; e
- (iii) a relação de pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo da decisão administrativa, tendo em vista a finalidade da lei.

É que a motivação permite o controle (sobretudo judicial) das decisões administrativas, principalmente daquelas tomadas no exercício de competência discricionária.

Ressalte-se, por fim, que a validade da decisão administrativa está vinculada aos motivos determinantes apresentados pela Administração Pública para fundamentá-la, razão pela qual, em caso de ausência de motivo ou de indicação de motivo falso, a decisão será inválida. É o que decorre da chamada “Teoria dos

<sup>6</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 283.

Motivos Determinantes”, destinada a evitar a apresentação de motivos ad hoc e inidôneos para o fim de fundamentar a decisão adotada.

## **2.5 RESSALVAS RELATIVAS À NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DE REGRAS POTENCIALMENTE DESCONSTITUTIVAS DE POSIÇÕES JURÍDICAS PREEXISTENTES**

Para além do controle do exercício da discricionariedade, novas considerações afiguram-se necessárias relativamente à fixação de exigências que, desvinculadas das razões de interesse público que motivam alteração de regras sobre a caducidade que importem em alteração das consequências jurídicas e econômicas em relação ao marco legal que consagrou o início de uma jornada de concessão, implicam a desconstituição de posições jurídicas preexistentes.

Não se encontra, nem haveria razões de interesse público para que se encontrasse, qualquer intenção de desconstituir posições jurídicas preexistentes e independentes da disciplina agora constituída.

O dispositivo desejado pelo regulador somente seria compatível com a garantia constitucional de que a lei não prejudicará o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, inciso XXXVI) se, em interpretação conforme a Constituição, referir-se à própria disciplina da caducidade e/ou a fatos geradores cuja ocorrência futura somente se dará após a prorrogação da mesma concessão, pois, por natural, nesse caso, estaria a nova base contratual fixada ao novo marco legal, qual seja, o da Lei nº 12.783/13.

## **2.6 DA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE EMPRESARIAL CONSAGRADO NA LIVRE INICIATIVA**

A persistir o entendimento da ANEEL em dizer ao concessionário, por meio de sanção, como distribuir seus dividendos e/ou se ou quando contratar com suas partes relacionadas, há frontal ingerência na liberdade empresarial da empresa, esvaziando o princípio da livre iniciativa consagrado pelo parágrafo único do art. 170 da CF.

Por “livre iniciativa” entende-se a liberdade para um sujeito de direito realizar qualquer negócio ou exercer qualquer profissão. No exercício desta liberdade, compreende-se a liberdade de empreender. Nas palavras de Modesto Carvalhosa<sup>7</sup>:

*“Conceitua-se, portanto, a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital”.*

Não se defende aqui a liberdade completa e absoluta para empreender, à revelia de toda e qualquer intervenção do Estado. Porém, a atuação do Estado – e, em especial, sob um contexto de contratos de concessão assinados e com regras sobre o equilíbrio econômico-financeiro já determinadas – deve se dar nos limites em que tendentes a coibir abusos de poder econômico.

Com isso, quer-se argumentar que as distribuidoras de energia elétrica, na medida em que se mantêm aderentes ao completo cumprimento do princípio do serviço adequado e seus desdobramentos, são livres para dispor de seus dividendos da forma como queiram, sem que isso caracterize uma boa ou má gestão do seu negócio (distribuição de energia elétrica).

Nesse sentido, impor sanção que restrinja o exercício de sua liberdade empresarial, além de quebrar a regra de ouro – equilíbrio econômico-financeiro – dos contratos de concessão, afeta a própria capacidade da empresa em, gerindo seu negócio livremente, livremente poder decidir como atender os princípios estatuídos na Lei nº 8.987/95.

Na mesma linha, o STF já consolidou o entendimento segundo o qual “a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica” (RE 422.941 – Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 24.03.2006). Ainda,

<sup>7</sup> CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico. São Paulo: RT, 1972, p. 116.

no exercício da sua liberdade empresarial, o privado não precisa se sujeitar a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei<sup>8</sup>.

Isto posto, entende-se que a proposta como foi apresentada na CP024/2019, *além de pretender alterar cláusula de cunho econômico, não estatutária, o faz em violação ao princípio da liberdade empresarial*, não podendo, portanto, ser implementada.

### **3. Considerações sob o aspecto regulatório**

Caso a intenção de expedir uma regulamentação para a verificação da eficiência do desempenho das distribuidoras quanto aos aspectos da qualidade do fornecimento e sustentabilidade econômico-financeira, sugerimos que seja observados os seguintes pontos.

#### **3.1 Indicadores de continuidade**

Quando da prorrogação dos contratos de concessão das distribuidoras ocorrida em 2015, foram incluídas nos novos contratos, condições objetivas para a verificação da eficiência na prestação do serviço aos consumidores. O inadimplemento destas condições poderia acarretar a instauração de um processo administrativo que poderia resultar na recomendação ao Poder Concedente da Declaração de Caducidade da concessão.

Por se tratar de consequência muito grave – a perda da concessão – o Poder Concedente sabiamente estabeleceu que para o cálculo dos indicadores de continuidade seriam utilizados na verificação do cumprimento das condições contratuais, apenas as interrupções de origem interna ao sistema de distribuição.

A utilização dos indicadores  $DEC_i$  e  $FEC_i$  para a verificação do cumprimento das condições de eficiência no serviço prestado, é mais adequada e deve ser incorporada na regulamentação para todos os casos em que se pretender aferir a qualidade do serviço prestado pela distribuidora. Não seria cabível que uma empresa fosse submetida a um processo administrativo para avaliar a caducidade da concessão, se no cálculo dos indicadores fossem consideradas interrupções de origem externa, que a distribuidora não deu causa e para as quais não existem soluções técnicas economicamente viáveis para evitar as consequências das mesmas. A eventual caducidade de uma concessão nestas condições certamente seria objeto de longas batalhas judiciais.

Com relação às metas a serem observadas pelas distribuidoras para o efeito da aplicação da nova regulamentação, já existe a experiência adotada em 2015 para definição de limites que considerem apenas as interrupções de origem interna. Assim, pode ser estendida solução equivalente para todas as distribuidoras com a finalidade de verificação da nova regulamentação.

Ademais, neste mesmo sentido, destaca-se a necessidade de se avançar também no tema dos desligamentos programados, com o mesmo viés de caminhar para uma avaliação do real desempenho da distribuidora, desconstruindo, contudo, o atual círculo vicioso que algumas delas se encontram com relação a execução das ações em prol da melhoria da qualidade do fornecimento versus a deterioração de seus indicadores. Este dilema é prejudicial aos consumidores e distribuidoras, sendo importante destacar que as concessionárias, sem dúvidas, são as mais interessadas na execução de obras com o menor desligamento possível, não somente em função do desempenho de seus indicadores de continuidade, mas também porque tem todo interesse em manter os consumidores energizados, faturando a energia elétrica consumida.

De fato, algumas atividades podem ser aprimoradas e utilizadas para minimizar os impactos nos indicadores e as atividades de planejamento (técnico e financeiro), controle dos indicadores e logística (materiais e serviços) são os principais exemplos. Com relação a esta última atividade, verifica-se a existência

---

<sup>8</sup> GRAU, Eros. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1787.

de ações técnicas e administrativas com objetivo de minimizar o impacto dos desligamentos programados das obras, dentre elas: Utilização de Linha Viva; instalação de Chaves Provisórias; instalação e Retirada de redes provisórias (big jumpers); Instalação de geradores; entre outras.

Tais ações reduzem o DEC e FEC programado, porém nem sempre são passíveis de serem implementadas. É fundamental ter em mente que nem todas as atividades podem ser realizadas em Linha Viva devido à alta complexidade e questões de segurança dos profissionais e da população. Assim, as distribuidoras buscam constantemente evoluir no desenvolvimento de procedimentos de trabalhos em linha viva, mas devido as condições de risco nem sempre é possível implantar tais procedimentos.

É válido também comentar que a atividade de linha viva é limitada com relação as condições meteorológicas, características da rede e tipos de serviços a serem realizadas.

Ainda, menciona-se que a metodologia de definição dos limites regulatórios de DEC FEC não consegue captar todas as particularidades das concessões e, portanto, por vezes, resultam em desafios não compatíveis com a realidade dos conjuntos elétricos. Tendo em mente este fato, entende-se fundamental que, nesta avaliação com consequências tão graves, se aplique os limites regulatórios resultantes da aplicação da metodologia sem travar o VO e a partir da aplicação do percentil 50 em detrimento do percentil 20, além de que faça parte da análise de desempenho uma etapa de verificação da aderência destes limites regulatórios. Ou seja, além de se fazer uso de limites regulatórios mais razoáveis, resultante da destrava do VO e percentil 50, entende-se fundamental que o Regulador proceda com uma avaliação aprofundada da aderência destas metas em um eventual cenário de descumprimento das regras pelas concessionárias.

Por fim, entende-se fundamental que o Regulador avalie também os esforços e engajamento da concessionária com relação a melhoria da qualidade do serviço, verificando os investimentos realizados, ações e obras, e todo o contexto e cenário vivenciado, antes de se proceder com um processo de caducidade efetivo. Neste sentido, pondera-se que a operação de uma distribuidora é de todo complexa, não sendo possível que uma análise para fins de caducidade seja realizada tão somente a partir de critérios objetivos, ou seja, é necessária uma etapa de avaliação detalhada do Regulador com relação aos quesitos de continuidade do fornecimento, se debruçando sobre os diversos fatores envolvidos.

## **3.2 Indicadores sócio econômicos para as concessões prorrogadas**

### **3.2.1 Métrica para sustentabilidade econômica e financeira**

De maneira análoga ao que ocorre com a qualidade, a eficiência econômico-financeira de uma empresa que explora uma concessão de serviço público é desejável, e seu monitoramento uma exigência, além de ser uma atitude preventiva quanto a eventos futuros indesejáveis, seja para a empresa, com a potencial perda da concessão, seja para a sociedade, com o risco de degradação da prestação do serviço.

Portanto, no estabelecimento de qual seria a métrica que potencialmente ensejaria a abertura de um processo de caducidade, mais do que a métrica desejável, o que deve ser perseguido são referências limites que sinalizariam a tendência de perda do controle ou o caminho no sentido da insolvência econômica. É esta tendência que deve ser antecipadamente identificada e não se a concessionária se encontra no patamar desejável de equilíbrio.

Esta distinção é importante para justificar que o objetivo da regulação nessa questão específica não é avaliar se a concessionária se encontra fora do patamar recomendável de equilíbrio econômico-financeiro, mas sim se está em via de perder a possibilidade de reversão da situação econômico-financeira da concessão.

O pressuposto aqui é que a proposição da ANEEL será sempre a de identificar com antecedência aquelas empresas que se encontram fora do equilíbrio econômico-financeiro e avaliar se as providências tomadas ao longo dos dois anos de violação, conforme previsto em contrato, sinalizam para a reversão do desvio.

Durante o período de concessão pode ocorrer, dentre outros, efeitos econômicos acentuados e de investimentos atípicos que podem afetar conjuntamente a condição de sustentabilidade, o que não

significa que a concessionária tenha perdido sua capacidade de operar a concessão, tenha colocado em risco a prestação do serviço, ou até mesmo que houve deterioração na qualidade.

Portanto, além de uma métrica mais compatível com a imprevisibilidade do que pode ocorrer no futuro, é necessário que a avaliação de admissibilidade seja acompanhada de uma análise para verificar se o concessionário está perdendo, em sentido amplo, sua capacidade operativa.

### **3.2.2 Confirmação da perda de sustentabilidade da concessão**

Uma vez identificado que não houve da métrica há necessidade de avaliação complementar sobre a condição de sustentabilidade. Nessa avaliação, devem ser apurados:

- (a) se há piora acentuada nos indicadores de qualidade técnica e comercial;
- (b) se há evidências de perda da capacidade operacional da concessionária; e
- (c) se há evidências de incapacidade de sustentação econômico-financeira da concessão, que indicam uma tendência no horizonte de insolvência.

Em períodos de ocorrência de desequilíbrios as ações empreendidas pela administração visam retornar para a condição de normalidade, o que tende a ocorrer com algum período de maturação após a implementação das ações. Aguardar o resultado destas nos prazos previstos é o mínimo que pode ser exigido, após ocorridos os desequilíbrios.

Assim, será fundamental que nos casos de desequilíbrios transitórios seja instaurado um processo semelhante ao que se tem hoje de Plano de Resultados, no qual a concessionária deverá detalhar todo o seu Plano para reverter essa situação transitória indesejada.

Em síntese, a proposta da concessionária é de que a métrica de sustentabilidade econômica e financeira seja acompanhada de uma análise capaz de confirmar se está havendo uma perda estrutural dessa sustentabilidade, e não apenas um contexto adverso momentâneo.

### **3.2.3 Proposta de ajuste dos indicadores de Eficiência Econômico-Financeira nos casos de existência de Plano de Resultados**

Atualmente, os indicadores que compõem os critérios de Eficiência Econômico-Financeira contidos nos contratos das concessões prorrogadas não observam que as concessionárias já podem estar submetidas a um Plano de Resultados por parte da ANEEL.

Em tais planos, em geral são estabelecidas medidas de curto de prazo a fim de melhorar o atendimento da qualidade do serviço, como antecipação de investimentos e aumento temporário de gastos de O&M. Ocorre que tais ações podem levar à piora momentânea destes indicadores.

Logo, entende-se que sua utilização como um dos critérios que pode ensejar a caducidade da concessão sem qualquer ajuste não é razoável. Isto pois há necessidade de uma avaliação mais ampla da capacidade de geração de caixa das concessionárias em tais situações nos anos seguintes ao Plano de Resultados, com adequações da forma de apuração desses indicadores de forma a considerar os investimentos realizados durante o período do plano e que ainda não estejam contemplados na cobertura tarifária, (ii) expurgar os gastos operacionais não recorrentes relacionados ao plano.

### **3.2.4 Critérios de avaliação da possibilidade de abertura do processo de caducidade**

Conforme o princípio da proporcionalidade, por se tratar da maior sanção para o concessionário, a admissibilidade de abertura de um processo de caducidade somente deve ocorrer no caso de maior transgressão com medida pelo concessionário que seria quando a prestação do serviço está sendo colocada em risco. Ressalta-se que a prestação de serviço deve ser analisada de forma ampla, avaliando-se o aspecto técnico, aspecto econômico-financeiro e à satisfação geral do consumidor.

Nesse sentido, para avaliar a admissibilidade de abertura do processo de caducidade, considera-se necessária a adoção de um procedimento que envolve primeiramente uma métrica de descumprimento e, posteriormente, a realização de um diagnóstico detalhado das causas, buscando avaliar se o descumprimento de cláusulas contratuais se deu por culpa única e exclusiva da concessionária, e se realmente a prestação do serviço está em risco.

Portanto, qualquer perspectiva de abertura de processo de caducidade deveria ser precedida por um conjunto de ações investigativas, por parte da Agência, que atestassem, inequivocamente, falta de iniciativa da concessionária, que tivessem sido adotadas as melhores práticas de gestão, que os programas e ações de gestão tenham sido efetivamente implementados, ou seja, completados seus respectivos períodos de maturação, para que, aí sim, seja iniciado um processo de pedido de esclarecimentos por parte da concessionária.

- x -