

A renovação das concessões de distribuição de energia elétrica e a proposta de renúncia jurídica¹

Nivalde de Castro²

Henrique Reis³

No âmbito da importante Consulta Pública nº 027/2024, instaurada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), está em definição um novo Contrato de Concessão para as prorrogações de 19 concessões de distribuição de energia elétrica, com vencimento entre 2025 e 2031. Assunto de extrema importância pelo papel das distribuidoras no setor elétrico acentuado pelo processo de transição energética, dado que os contratos terão validade de 30 anos.

A proposta da Aneel traz algumas inovações como a que sugere renúncia, por parte das distribuidoras, a inúmeras prerrogativas, sem o devido respaldo na Constituição Federal e no Decreto que define as condições de prorrogação das concessões.

A documento, na Cláusula Décima Oitava, sob o título de “Demais Disposições”, estabelece, como condição de prorrogação, a renúncia da concessionária sob quatro perspectivas:

1. À propositura de ações de qualquer natureza decorrentes da relação objeto do Termo Aditivo (Subcláusula Segunda);
2. A ações de qualquer natureza existentes antes da assinatura do Termo Aditivo e que com ele conflitem, inclusive aquelas ajuizadas por associação representativa de classe (Subcláusula Terceira);

¹ Artigo publicado no Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/a-renovacao-das-concessoes-de-distribuicao-de-energia-eletrica-e-a-proposta-de-renuncia-juridica.ghtml>. Acesso em: 24 de fev. de 2025.

² Professor do Instituto de Economia da UFRJ e Coordenador-Geral do Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEL-UFRJ).

³ Sócio do Demarest Advogados.

3. A direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do Termo Aditivo (Subcláusula Quarta); e
4. A discussões envolvendo multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de fiscalização da Aneel, mediante declaração de recolhimento das sanções pecuniárias (Subcláusula Quinta).

Chama a atenção o caráter geral e irrestrito da proposta de renúncia a direitos, utilizando termos genéricos e abrangentes, sem fundamento específico no regulamento editado pelo poder concedente. A proposição sinaliza a pretensão de obter o encerramento de demandas judiciais em curso e a imposição de barreiras ao exercício legítimo do direito constitucional à tutela jurisdicional pelas concessionárias.

Sob uma perspectiva jurídica, por sua generalidade, a Cláusula proposta afronta a cláusula pétrea da inafastabilidade da tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual uma lei (e, com maior razão ainda, um ato infralegal) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A mesma Constituição atribui à União a exploração, direta ou mediante delegação, de serviços e instalações de energia elétrica, e incumbe ao poder público, de forma direta ou mediante concessão ou permissão, precedida de licitação, a prestação de serviços públicos. A Constituição Federal de 1988 prevê, ainda, que a lei deve dispor sobre o regime das outorgas de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação. Por sua vez, o art. 4º da Lei nº 9.074/1995 estabelece que as outorgas de serviços e instalações de energia elétrica serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos da referida Lei e da Lei nº 8.987/1995.

Considerando o novo regime constitucional de delegação desses serviços, o art. 25 da Lei nº 9.074/1995 previu que as prorrogações de prazo de que trata a referida Lei somente teriam eficácia com a assinatura de contratos que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei nº 8.987/1995.

Na condição de titular do serviço, o poder concedente deve observar as balizas e os limites constitucionais e legais ao exercício de sua atribuição para estabelecer as condições de prorrogação das concessões. À Aneel por sua vez, cabe observar, além das mesmas balizas constitucionais e legais, os critérios e condições de prorrogação definidos pelo poder concedente.

Ocorre que, ao utilizar expressões genéricas e abrangentes, em especial o termo “ações de qualquer natureza”, para estabelecer hipótese de renúncia como condição à prorrogação, a proposta da Aneel impõe uma barreira abstrata às concessionárias em relação ao efetivo exercício de um direito fundamental previsto na Constituição: o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Como resultado, observa-se o esvaziamento completo do exercício desse direito fundamental em relação a pretensões atuais e futuras. Assim, adiciona-se, à esfera de risco da concessionária, uma incerteza de caráter imensurável à exploração do serviço público, uma vez que não há sequer especificação das ações que se pretende extinguir ou evitar, por concessionária e área de concessão.

Sobre esse tema, o Decreto nº 12.068/2024, que firmou as bases e parâmetros da renovação das concessões, não trouxe qualquer diretriz específica relacionada à renúncia a ações de qualquer natureza. Se a própria lei não pode afastar a tutela jurisdicional, conforme preceito fundamental do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tampouco a Aneel pode impor óbices ao exercício dessa prerrogativa via ato infralegal.

Recorde-se que, historicamente, no setor elétrico, a renúncia ao direito de ação ou a desistência de processo judicial como condição prévia à celebração de acordos com o poder público (i) tinham expressa previsão legal, (ii) constituíam consequência lógica da celebração do negócio jurídico, e (iii) possuíam seus efeitos bem especificados.

Por outro lado, a Cláusula Décima Oitava proposta para a minuta de Termo Aditivo, cuja redação sugerida pela Aneel requer a renúncia irrevogável, irrestrita e irreatável a “ações de qualquer natureza” contra o poder público, além do “recolhimento de todas as multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de ação fiscalizatória da Aneel”.

Especificamente em relação à renúncia a eventuais direitos preexistentes, identifica-se dispositivo similar na Lei nº 9.074/1995, cujo art. 25 dispõe que “as prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com assinatura de contratos de concessão que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei nº 8.987, de 1995”. No contexto de novo regime constitucional e infraconstitucional, bem como de regularização e estabelecimento de novas condições de delegações de serviços e instalações de energia elétrica, é compreensível o racional de condicionar a prorrogação de prazo à renúncia a direitos preexistentes à nova Lei de Concessões.

No entanto, a prorrogação das concessões em discussão no âmbito da Consulta Pública nº 027/2024 se refere a outorgas emitidas já sob a égide da Lei nº 8.987/1995. Deste modo, não há racional que justifique ou autorização normativa para que a Aneel adapte o dispositivo legal de modo que a renúncia seja direcionada a direitos preexistentes à formalização da renovação da concessão.

Nesse contexto, e já a título de conclusão, é pertinente e fundamento, como exposto neste breve artigo, que seja excluído do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, posto em discussão com a sociedade através da Consulta Pública nº

027/2024 a proposta de renúncia irrevogável, irrestrita e irretratável, por estar em desacordo com a legislação e de trazer riscos e incertezas para as concessionárias, segmento que vai exigir volume de investimentos nos próximos anos bem acima da média histórica, em função do processo de transição energética.