

CONSULTA PÚBLICA ANEEL Nº 27/2024

Prorrogação das Concessões de Distribuição de Energia Elétrica
outorgadas sob a égide das Leis nº 8.987 e 9.074/1995, com vencimento entre 2025 e 2031

**ALOCAÇÃO DE RISCOS E
RENÚNCIA A DIREITOS PREEXISTENTES E A AÇÕES JUDICIAIS DE QUALQUER NATUREZA**

Fevereiro de 2025.

Agenda



1

Alocação de Riscos:

Contextualização; Cronologia; Diretrizes do MME; Proposta da ANEEL; Pontos de Atenção; e Contribuições do Gesel.

2

Renúncia a ações judiciais:

Justificativa da ANEEL; Decreto 12.068/2024; Inafastabilidade da Jurisdição; Extrapolação do Poder Regulamentar; e Precedentes.

3

Cenário Jurídico

Prorrogação



Atingirá **19 concessões com vencimento entre 2025 e 2031**, que são aquelas **prorrogadas ou outorgadas após a Lei nº 8.987/1995** (entre 1995 e 2001), resultantes da desestatização de empresas sob controle direto ou indireto da União, Estados e dos Municípios.

TCU



Acórdão 2.253/2015

Poder Concedente deveria adotar providências para definir a prorrogação das concessões não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013 com antecedência mínima de 3 anos do termo final, dando transparência e previsibilidade ao processo.

MME



Atos

Em 22.06.2023, a PRT nº 737/2023 instaurou a CP nº 152/2023, e divulgou a NT nº 014/2023, sobre a proposta de diretrizes para o tratamento das concessões de distribuição.

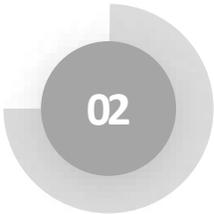
Desafios



01

Desafio 01:

Abertura do Mercado Livre para o varejo e baixa tensão – novo desenho de mercado



02

Desafio 02:

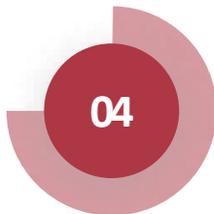
Expansão da MMGD e outros REDs



03

Desafio 03:

Evolução tecnológica, transição energética e novos modelos de negócio (serviços de flexibilidade e ancilares, medidores e estações de recarga).



04

Desafio 04:

Eventos climáticos extremos e resiliência de redes



05

Desafio 05:

Novo papel das concessionárias de distribuição?

1995 - 2001

Prorrogação ou outorga
das concessões vincendas
entre 2025 e 2031

22.06.2023

CP MME nº 152/2023
Concessões vincendas de
distribuição

16.10.2024

CP ANEEL nº 27/2024
Definição do Termo
Aditivo

14.02.1995

Publicação da Lei nº
8.987/1995
Lei de Concessões de
Serviços Públicos

Lei nº 12.783/2013

Prorrogação das concessões
de distribuição anteriores à
Lei nº 8.987/1995

21.06.2024

Publicação do Decreto nº
12.068/2024
Regulamenta a prorrogação
das concessões com as cláusulas
mínimas para a minuta de
Termo Aditivo a ser definida
pela ANEEL

17.07.2025

Vencimento da primeira
Concessão pós Lei nº
8.987/1995
(EDP Espírito Santo)



Disciplina o art. 175 da
CF/1988 e efetivamente
inaugura o novo regime de
delegação de serviços
públicos no Brasil.



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
NOTA TÉCNICA Nº 14/2023/SAER/SE

PROCESSO Nº 48300.000990/2022-41

INTERESSADO: GM - GABINETE DO MINISTRO

1. ASSUNTO

1.1. Concessões vincendas de distribuição de energia elétrica.

4.2.1.4. As distribuidoras de energia elétrica, atualmente as responsáveis pelo último elo do processo de oferta de energia, que faz a interface com o usuário final e que arrecada as faturas, tendem a desempenhar um novo papel nos próximos anos. Esse papel deve refletir o novo ambiente de negócios que irá permear o setor de energia elétrica, considerando, por exemplo, (i) a oferta descentralizada e ambientalmente sustentável de energia baseada em fontes renováveis; e (ii) o papel protagonista do consumidor, que busca a redução de gastos e ganhos de eficiência.

4.3.0.13. Como já comentado, o Setor Elétrico deverá passar por significativas transformações nas próximas décadas. Trata-se de um contexto que demandará regulação flexível, passível de ajustes diante das contingências, mas que não prejudique a previsibilidade e a segurança jurídica dos contratos de concessão de distribuição. Nesse sentido, entende-se oportuna a inclusão, nos contratos de concessão, de seção dedicada a alocação de riscos entre o Poder Concedente e os concessionários, de modo a servir como cláusulas subsidiárias para a solução de conflitos.



CAPÍTULO II

DAS DIRETRIZES PARA O TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO

Art. 4º A Aneel definirá a minuta do termo aditivo ao contrato de concessão que contemplará as condições previstas neste Decreto, que deverá conter cláusulas que assegurem, no mínimo:

XII - alocação de riscos entre o Poder concedente e as concessionárias;

Há a necessidade de se estabelecer matriz de risco estruturada em cláusula específica, que distribua objetivamente, e de forma equitativa, os riscos da concessionária e do Poder Concedente.



CP 27/2024

- NT 1.056/2024 reconhece que os contratos de concessão de distribuição vigentes não trazem uma matriz de risco estruturada e explícita;
- Não há uma cláusula específica que distribua os riscos da concessionária e do Poder Concedente, mas apenas dispositivos esparsos e difusos, com reproduções de artigos de Lei, como os da Lei nº 8.987/1995.



Proposta de Aprimoramento

- A definição de cláusula que distribua objetivamente a *alocação de riscos entre o Poder concedente e as concessionárias* constitui um comando expresso do Decreto nº 12.068/2024;
- A definição de alocação de riscos é essencial para o êxito e aprimoramento das concessões e deve considerar as partes mais capacitadas para gerenciá-los (art. 103, §1º, da Lei 14.133/2021), os agentes envolvidos e o próprio ambiente econômico; e
- De acordo com a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), matriz de risco é a *"cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações"*:
 - (i) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro;
 - (ii) no caso de obrigações de meio e de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas; e
 - (iii) possibilidade de o contrato prever a matriz de alocação de riscos entre o setor público e o privado ou daqueles a serem compartilhados.

Minuta de Termo Aditivo



Cláusula Décima Quinta

A minuta de Termo Aditivo disponibilizada na CP 027/2024 propõe a seguinte alocação de riscos:

Risco	CONCESSIONÁRIA Subcláusula Primeira	PODER CONCEDENTE Subcláusula Segunda
Varição de mercado	I- Variação de mercado sobre o valor de Parcela B entre as revisões tarifárias periódicas, observado o disposto na Subcláusula Vigésima Terceira ⁴ da Cláusula Sexta.	Sem item específico.
Varição de custos	II- Variação nos custos de conexão e de uso das instalações de transmissão e/ou distribuição de energia elétrica e de compra de energia em relação aos custos eficientes ou regulatórios.	I- Variação nos custos de encargos setoriais, garantidas as neutralidades sobre as receitas conforme Subcláusula Décima Sétima da Cláusula Sexta. II- Variação nos custos eficientes ou regulatórios dos demais itens da Parcela A, garantidas as neutralidades sobre as receitas eficientes ou regulatórias conforme Subcláusula Décima Sétima da Cláusula Sexta. III- Criação, alteração ou extinção de tributos, encargos legais ou benefícios tarifários pelo Poder Concedente, excetuada a legislação dos tributos sobre renda, preservando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Minuta de Termo Aditivo



Minuta de Aditivo Contratual – CP 27/2024

Risco	CONCESSIONÁRIA Subcláusula Primeira	PODER CONCEDENTE Subcláusula Segunda
Serviço adequado	III- Não prestação do serviço adequado de distribuição, conforme a regulação.	Sem item específico.
Desequilíbrio econômico-financeiro	Sem item específico.	IV- Decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a concessionária de cobrar as tarifas homologadas pela Aneel, causando desequilíbrio econômico-financeiro comprovado, exceto nos casos em que a Concessionária tiver dado causa a tal decisão ou não atuou diligentemente sobre a decisão. V- Alteração unilateral do contrato que afete o seu equilíbrio econômico-financeiro, devidamente comprovado pela DISTRIBUIDORA.
Concorrência/monopólio	IV- Surgimento de concorrência na prestação de serviços ora caracterizados como monopólio natural, não ensejando ressarcimentos.	Sem item específico.

Minuta de Termo Aditivo



Minuta de Aditivo Contratual – CP 27/2024

Risco	CONCESSIONÁRIA Subcláusula Primeira	PODER CONCEDENTE Subcláusula Segunda
Estrutura tarifária	V- De estrutura tarifária, autorizada pela ANEEL, inclusive aquela ajustada às realidades da concessão, de acordo com a subcláusula Vigésima Primeira ⁵ da Cláusula Sexta, não ensejando pleitos compensatórios em caso frustração da receita intencionada, ressalvado o que consta na Subcláusula Décima Sétima ⁶ da Cláusula Sexta.	Sem item específico.
Gestão econômico-financeira, técnica e operacional	VI- Gestão econômico-financeira, técnica e operacional do negócio concedido.	Sem item específico.
Não amortização de ativos no prazo da concessão	Sem item específico.	VI- Indenização dos ativos regulatórios não amortizados ao termo do Contrato.
Caso fortuito ou de força maior	Subcláusula Terceira – Será tratado nos termos da regulação, sendo responsabilidade da DISTRIBUIDORA a prestação do serviço adequado nas condições possíveis.	

Proposta de Aprimoramento

Há uma série de possíveis aprimoramentos que podem ser introduzidos na **Subcláusula Segunda**, que trata dos **riscos do Poder Concedente**, a partir da inserção dos seguintes itens referentes a eventos alheios à gestão ou a atos ou omissões da Concessionária:

PROPOSTAS

- Custos adicionais ou prejuízos decorrentes de atrasos causados pelo Poder Concedente e/ou pela ANEEL (em deliberações sobre RTA, p. ex.).
- Fato do príncipe nas esferas federal, estadual/distrital ou municipal ou caso fortuito/força maior que provoque impacto na Concessão.
- Consequências econômico-financeiras relacionadas a áreas de elevada complexidade ao combate às perdas não técnicas e de elevada inadimplência.
- Fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do Contrato de Concessão.
- Consequências econômico-financeiras ou restrições ou impeditivos à prestação do serviço público adequado pela Concessionária*

*Como os resultantes de medida necessária à segurança pública, atos de vandalismo, conflitos armados, eventos naturais, pandemias, criação de subsídios/políticas públicas e outros de responsabilidade exclusiva ou predominante do Poder Público (arborização urbana), condicionado à evidência, pela distribuidora, de que adotou determinadas medidas.



Proposta de Aprimoramento

- Buscou-se com as propostas oferecer maior clareza a determinados aspectos relevantes dos novos desafios enfrentados pelo Poder Concedente e pelas Distribuidoras.
- Principais temas:
 - i) a maior penetração de Recursos Energéticos Distribuídos em razão de políticas de incentivo muitas vezes definidas em lei, sem qualquer gerência das concessionárias; e
 - ii) os efeitos de eventos climáticos extremos na prestação do serviço adequado pelas distribuidoras.

Agenda



1

Alocação de Riscos:

Diretrizes do MME; Proposta da ANEEL; Pontos de Atenção; e Contribuições do Gesel.

2

Renúncia a ações judiciais:

Justificativa da ANEEL; Decreto 12.068/2024; Inafastabilidade da Jurisdição; Extrapolação do Poder Regulamentar; e Precedentes.



Cláusula Décima Oitava

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA – DEMAIS DISPOSIÇÕES

A celebração deste TERMO ADITIVO rescinde para todos os efeitos as cláusulas e subcláusulas do Contrato de Concessão nº XX/XX-ANEEL, de XX de xxxxx de XXXX, e dos demais aditivos assinados anteriormente a este TERMO ADITIVO.

Subcláusula Segunda - A DISTRIBUIDORA declara a total e irrestrita renúncia à propositura de ações de qualquer natureza decorrentes da relação objeto do presente termo, exceto às previstas na Cláusula Décima Quarta e nas hipóteses em que for necessário garantir a ampla defesa e o contraditório.

⇒ Renúncia geral à propositura de ações.

Subcláusula Terceira - A DISTRIBUIDORA declara ter desistido de todas as ações de qualquer natureza existentes antes da assinatura deste TERMO ADITIVO e que conflitem com o presente termo, inclusive as ajuizadas por associação representativa de classe da qual a DISTRIBUIDORA faça parte.

⇒ Declaração de desistência de ações existentes, incluindo via Associações.

Subcláusula Quarta - A DISTRIBUIDORA renuncia, em caráter irrevogável e irretratável, a eventuais direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura deste TERMO ADITIVO.

⇒ Renúncia a direitos preexistentes contra a União.

Subcláusula Sexta - A DISTRIBUIDORA declara ter recolhido todas as multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de ação fiscalizatória da ANEEL.

⇒ Declaração de recolhimento de multas fixadas em decisão administrativa transitada em julgado.

Inconstitucionalidade das Subcláusulas de renúncia

Proposta de Aprimoramento

Inafastabilidade da Jurisdição

A CF/1988 consagra, como preceito fundamental, o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do seu art. 5º, XXXV: “**a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**”.

Ausência de previsão no Decreto 12.068/2024

O Decreto nº 12.068/2024 não contemplou qualquer diretriz relacionada à renúncia a direitos ou desistência de ações e recolhimento de multas. Assim, (i) não atribuiu essa discricionariedade à ANEEL, vide art. 4º que dispõe que “a minuta do termo aditivo ao contrato de concessão contemplará as condições previstas neste Decreto”; e (ii) não traz comandos com o objetivo de gerar efeitos retroativos.

Justificativa da ANEEL

A partir do disposto no art. 4º, XI, “b”, do Decreto, que prevê que a arrecadação de tributos na fatura não será fonte de receitas alternativas, a NT 1.056 rememora que, após a regulação da matéria na REN 888/2020, a ABRADÉE impetrou mandado de segurança a fim de anular a decisão da ANEEL, obtendo efeito suspensivo em sede de apelação. Assim, a ANEEL pretende que as concessionárias que integram a demanda devem, como condição à renovação, desistir de discussões judiciais que atacam a REN 888/2020 (sem especificar o marco temporal dos efeitos da desistência (ex: a partir da assinatura do termo aditivo).

Inconstitucionalidade das Subcláusulas de renúncia

Proposta de Aprimoramento

Desvio de Finalidade

A proposta de condicionante de renúncia da Cláusula Décima Oitava não se limita a demandas que remetem a temas que constam do Decreto (arrecadação de tributos). Com isso, a ANEEL busca, sem respaldo legal, impor condicionantes para a renovação de concessões para obter, por outra via, êxito nas demandas judiciais em curso, incluindo aquelas que discutem a aplicação de multas.

Extrapolação do Poder Regulamentar

Ao condicionar a prorrogação das concessões a renúncias genéricas e abrangentes, a ANEEL concebeu restrição de direitos inexistente na legislação, o que configura ato manifestamente *contra legem*, na medida em que, sob o pretexto de regulamentar o Decreto nº 12.068/2024, limita direitos os agentes caracterizados como fundamentais e cláusulas pétreas constitucionais. No âmbito do direito administrativo, a observância da legalidade tem por pressuposto a ideia de que o administrador só pode fazer aquilo que a lei autoriza.

Direitos preexistentes

Há dispositivo similar na Lei nº 9.074/1995 (art. 25), que condicionou a eficácia de prorrogações da Lei à renúncia a direitos preexistentes que contrariem a Lei nº 8.987/1995. No contexto de novo regime normativo e de novas condições de delegações de serviços de energia elétrica, parece razoável condicionar a prorrogação à renúncia a direitos preexistentes à nova Lei de Concessões. Por outro lado, **carece de fundamento a adaptação do dispositivo pela ANEEL para direcionar a renúncia a direitos preexistentes à renovação de concessões já outorgadas sob a Lei nº 8.987/1995.**

Precedentes

Historicamente, inclusive no âmbito do setor elétrico, a renúncia ao direito de ação e/ou a desistência de processo judicial para a celebração de acordos ou contratos com o Poder Público (i) tinham expressa previsão legal; (ii) constituíam consequência lógica da celebração do negócio jurídico e do próprio “resultado útil” da medida legislativa aprovada; e (iii) possuíam seus efeitos bem especificados. Ex.: GSF.



Proposta de Aprimoramento

As Subcláusulas Segunda a Sexta da Cláusula Décima Oitava da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, **por sua abrangência e generalidade**, extrapolam o objeto do Decreto nº 12.068/2024, atingindo direitos e pretensões **dissociados das diretrizes estabelecidas pelo Poder Concedente** para a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, sem qualquer fundamento no Decreto ou na Lei. **Assim propõe-se a sua exclusão.**

Obrigado!