



GESEL

Grupo de Estudos do Setor Elétrico

UFRJ

Análise jurídica e regulatória acerca das cláusulas de matriz de riscos e de renúncia a ações de qualquer natureza: contribuições à prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica

Nelson Hubner
Henrique Reis
Nivalde de Castro
Vitor Santos
Katia Rocha

TDSE

Texto de Discussão do Setor Elétrico

Nº 134

Março de 2025
Rio de Janeiro

TDSE

Texto de Discussão do Setor Elétrico N° 134

Análise jurídica e regulatória acerca das cláusulas de matriz de riscos e de renúncia a ações de qualquer natureza: contribuições à prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica

Nelson Hubner
Henrique Reis
Nivalde de Castro
Vitor Santos
Katia Rocha

ISBN: 978-85-7197-023-6

Março de 2025

Sumário

Introdução.....	3
1. Arcabouços constitucional e infraconstitucional aplicáveis às concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica e às condições de prorrogação das outorgas posteriores às Leis nº 8.987 e 9.074/1995	5
2. Alocação de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário e propostas de aprimoramento	9
2.1) Base normativa da matriz de risco nos contratos com o Poder Público e na prorrogação das concessões de distribuição.....	9
2.2) Proposta de alocação de riscos da minuta de Termo Aditivo	11
2.3) Proposta de aprimoramentos à cláusula de alocação de riscos da minuta de Termo Aditivo	13
3. Inconstitucionalidade da cláusula de renúncia a ações judiciais atuais e futuras no âmbito da prorrogação das concessões	18
Conclusões.....	28
Bibliografia	31

Introdução

O presente Texto de Discussão do Setor Elétrico (“TDSE”) tem por objetivo abordar aspectos jurídicos e regulatórios relacionados às propostas da Nota Técnica nº 1.056/2024-SCE-SFF-SFT-SMA-STE-STD-STR (“NT 1.056”) e consolidar a contribuição apresentada pelo GESEL/UFRJ no âmbito da Consulta Pública nº 027/2024, instaurada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”) a fim de obter subsídios para o aprimoramento da minuta de Termo Aditivo ao contrato de concessão que irá formalizar as prorrogações 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.

Mais especificamente, o presente texto abordará, sob as óticas jurídica e regulatória, as cláusulas propostas na minuta de Termo Aditivo de:

- (i) alocação de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário (Cláusula Décima Quinta); e
- (ii) renúncia (a) a ações judiciais existentes que conflitem com o Termo Aditivo, incluindo as ajuizadas por associação representativa de classe; (b) à propositura de “ações de qualquer natureza” decorrentes da relação objeto do referido termo; e (c) a eventuais direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do termo de formalização da prorrogação da concessão (Subcláusulas Segunda, Terceira, Quarta, Quinta e Sexta da Cláusula Décima Oitava).

O estabelecimento de uma matriz de risco mais estruturada em cláusula específica, que distribua objetivamente os riscos da concessionária e do Poder Concedente, decorre de comando geral expresso do art. 4º, XII, do Decreto nº 12.068/2024. Nesse aspecto, a contribuição tem por objetivo propor aprimoramentos à Cláusula Décima Quinta sugerida pela NT 1.056, no sentido de oferecer maior clareza aos riscos assumidos pelo Poder Concedente e pelo concessionário com a celebração do Termo Aditivo e a prorrogação da concessão.

Já em relação à Cláusula Décima Oitava e sua proposta de renúncia a ações judiciais, a direitos preexistentes e a direitos derivados da prorrogação da concessão, ressalta-se, desde logo, a inexistência de qualquer referência no Decreto a esse tema.

Além disso, a Cláusula proposta afronta o preceito fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (“CF/1988”), segundo o qual a Lei (e, com maior razão ainda, o ato infralegal) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Há de destacar que o art. 4º do Decreto nº 12.068/2024 estabelece que a ANEEL deve definir “a minuta do termo aditivo ao contrato de concessão que contemplará as condições previstas neste Decreto” - sem grifos no original. A Cláusula Décima Oitava, nas Subcláusulas citadas, utiliza termos genéricos e abrangentes, sem fundamento específico no regulamento editado pelo Poder Concedente, que resultarão no encerramento de demandas judiciais em curso e na imposição barreiras ao exercício do direito à tutela jurisdicional pelo concessionário. Por essa razão, os dispositivos devem ser suprimidos, seja por extrapolação ao poder regulamentar conferido à ANEEL, seja por não observância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

1. Arcabouços constitucional e infraconstitucional aplicáveis às concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica e às condições de prorrogação das outorgas posteriores às Leis nº 8.987 e 9.074/1995

Os arts. 21, XII, b, e 175 da CF/1988, respectivamente, (i) atribuem à União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, de serviços e instalações de energia elétrica, e (ii) incumbem ao Poder Público, de forma direta ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. O art. 175, parágrafo único, estabelece, ainda, que a lei deve dispor sobre (i) o regime das outorgas de serviços públicos, o **caráter especial** de seu contrato e **de sua prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (ii) os direitos dos usuários; (iii) política tarifária; e (iv) a obrigação de manter serviço adequado.

Nos termos do art. 23, XII, da Lei 8.987/1995, são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas às condições para prorrogação do contrato.

Por sua vez, o art. 4º da Lei nº 9.074/1995 estabelece que as concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos da referida Lei e da Lei nº 8.987/1995.

A Lei nº 12.783/2013, conversão da Medida Provisória nº 579/2012, estabeleceu as condições gerais de prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22 da Lei nº 9.074/1995. Esse dispositivo havia estabelecido a possibilidade de prorrogação das concessões alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987/1995, isto é, aquelas outorgadas anteriormente a este último diploma normativo (concessões anteriores à Lei nº 8.987/1995). Nesse sentido, considerando o novo regime constitucional de delegação de serviços e instalações de energia elétrica, 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.**

Tais condições de prorrogação foram regulamentadas pelo Decreto nº 8.461/2015 e contempladas na minuta de Termo Aditivo aprovada pela ANEEL nos termos do Despacho nº 3.540/2015, após a realização da Audiência Pública nº 38/2015. Esses atos normativos regeram a prorrogação das concessões outorgadas anteriormente à Lei nº 8.987/1995 que venceram até 2017.

No âmbito da aprovação da minuta de Termo Aditivo, a ANEEL enfrentou, ao discutir as cláusulas econômicas do novo contrato, o *trade-off* entre flexibilidade e segurança, ou seja, a contraposição entre (i) maior flexibilidade de regras para possibilitar a adaptação a mudanças; e (ii) aumento do risco para os investimentos.

Se, por um lado, a proposta inicial da ANEEL privilegiava a flexibilidade em detrimento da segurança, ao final foram feitas alterações no sentido de aumentar a previsibilidade das regras de reajuste e revisão tarifárias. Todavia, não houve o estabelecimento de uma matriz de risco objetiva e estruturada.

Vale destacar que, no âmbito da discussão anterior sobre as prorrogações das concessões de distribuição, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) exarou o Acórdão nº 2.253/2015, pelo qual determinou ao Poder Concedente, em relação ao grupo de distribuidoras com concessões vincendas entre 2025 e 2031:

(...) com base no art. 4º, § 4º, da Lei 9.074/1995, adote as providências para definição, com antecedência mínima de três anos do termo final dos contratos de concessões de distribuição de energia elétrica, prorrogáveis ou não, as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.

Em 22.06.2023, a Portaria nº 737/GM/MME/2023 instaurou a Consulta Pública nº 152/2023, e divulgou a Nota Técnica nº 014/2023/SAER/SE, sobre a proposta de diretrizes para o tratamento das **concessões de distribuição de energia elétrica outorgadas após a Lei nº 8.987/1995, já sob o novo regime constitucional de delegação dos serviços e instalações de energia elétrica**, com vencimento entre 2025 e 2031, na forma do art. 4º da Lei nº 9.074/1995, e oriundas de processos de desestatização de concessionárias federais e estaduais, nos termos dos arts. 27 a 30 da mesma Lei¹.

A Nota Técnica destaca os papéis atual e futuro das distribuidoras como *“responsáveis pelo último elo do processo de oferta de energia, que faz a interface com o usuário final e que arrecada as faturas”* e a tendência de que venham a *“desempenhar um novo papel nos próximos anos”*, com (i) a inserção de novas tecnologias; (ii) a oferta descentralizada de energia elétrica baseada em fontes renováveis; e (iii) o papel protagonista do consumidor com o objetivo de reduzir gastos e aumentar a eficiência.

No desafio de estabelecer novas condições para a prorrogação das concessões nesse cenário, o MME destacou a necessidade de ponderar flexibilidade e segurança:

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.**

¹ Conforme destacado em obra sobre as concessões no setor elétrico brasileiro (JUNIOR e DUTRA, 2022):

“Consoante reportado, diferentemente de 2015, quando foram prorrogadas, pela segunda vez, as concessões de distribuição alcançadas pelo art. 22 da Lei nº 9.074/1995 e enquadradas no art. 7º da Lei nº 12.783/2013, as outorgas de distribuição de energia elétrica vincendas no período de 2025 a 2031 são oriundas de processos de desestatização de empresas federais e estaduais, nos termos dos arts. 27 a 30 da Lei nº 9.074/1995 e da Lei nº 9.491/1997.

Sem essas privatizações no segmento de distribuição de energia elétrica, que cumpre uma função de ‘caixa do setor’ (e de conseqüente estabilidade nos fluxos econômicos que asseguram a adimplência intrassetorial), dificilmente se teria êxito na desestatização dos ativos de geração, operacionalizada na sequência, com as alienações societárias da Gerasul (federal) e da Cesp (Tietê e Paranapanema).

Não por coincidência, os contratos de concessão firmados à época por essas Distribuidoras (pioneiras), como nova outorga, têm expressa previsão de prorrogação de seu prazo de vigência, a critério do Poder Concedente”. JUNIOR, Mario Engler Pinto e DUTRA, Joisa Campanher. 1ª ed. – Rio de Janeiro : Synergia, 2022. P. 19.

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.

Assim, em 21.06.2024, foi publicado o Decreto nº 12.068/2024, que regulamenta a licitação e a prorrogação das concessões de distribuição de que trata o art. 4º da Lei nº 9.074/1995, contendo diretrizes para a aprovação, pela ANEEL, da minuta do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, o qual deverá contemplar cláusulas que assegurem a alocação de riscos, *in verbis*:

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.

Em relação ao outro tema tratado no presente texto, qual seja a renúncia a “ações de qualquer natureza” atuais e futuras, o Decreto não trouxe qualquer referência ou dispositivo específico sobre o assunto.

Tendo em vista o disposto no referido Decreto, a ANEEL instaurou a Consulta Pública nº 027/2024, a fim de avaliar a proposta de minuta de Termo Aditivo, conforme NT 1.056. Em sua análise, área técnica da ANEEL destaca que elaborou a minuta considerando como texto-base a minuta aprovada pelo Despacho nº 3.540/2015 e incorporando as diretrizes dispostas no Decreto nº 12.068/2024 e outros aprimoramentos.

2. Alocação de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário e propostas de aprimoramento

2.1) Base normativa da matriz de risco nos contratos com o Poder Público e na prorrogação das concessões de distribuição

A Lei nº 14.133/2021, chamada Nova Lei de Licitações, aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.987/1995², conceitua “*matriz de riscos*”, em seu art. 6º, XXVII, como 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*”. O dispositivo legal estabelece que a matriz de risco deve conter, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

Adicionalmente, o art. 103 da Nova Lei de Licitações prevê, ainda, a possibilidade de o contrato prever a matriz de alocação de riscos entre o setor público e o privado ou daqueles a serem compartilhados, *in verbis*:

² Nos termos de seu art. 186, *in verbis*:

Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), à [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), e à [Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010](#).

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o **caput** deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do [inciso I do caput do art. 124 desta Lei](#);

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

A NT 1.056 ressalta que os contratos de concessão de distribuição vigentes não trazem uma matriz de risco estruturada e explícita, não havendo 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.

Neste ponto, a definição de uma 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, por princípio, considerar as partes mais capacitadas para suportá-los, os agentes envolvidos (capacidade financeira, técnica e nível de aversão ao risco) e o próprio ambiente econômico³.

Nesse contexto, o comando do Decreto representa uma oportunidade única para uma discussão mais ampla, em um ambiente setorial de profunda transformação, sobre a melhor caracterização da matriz de risco das concessões de distribuição. Essa discussão deve se dar a partir da identificação, avaliação e mensuração dos riscos a serem assumidos pelo concessionário e pelo Poder Concedente ou mesmo aqueles que poderiam ser compartilhados entre as partes.

2.2) Proposta de alocação de riscos da minuta de Termo Aditivo

A minuta de Termo Aditivo disponibilizada na Consulta Pública nº 027/2024 propõe a seguinte alocação de riscos em sua Cláusula Décima Quinta:

Risco	CONCESSIONÁRIA Subcláusula Primeira	PODER CONCEDENTE Subcláusula Segunda
Variação 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.
Variação 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.

³ JUNIOR, Mario Engler Pinto e DUTRA, Joisa Campanher. *Opus cit.* P. 36.

⁴ CLÁUSULA SEXTA - TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (...)

Subcláusula Vigésima Terceira - É facultado à DISTRIBUIDORA conceder descontos sobre as tarifas homologadas pela ANEEL, desde que as reduções de receita não impliquem pleitos compensatórios posteriores quanto à recuperação do equilíbrio econômico-financeiro e resguardadas as condições constantes na Subcláusula Quinta da Cláusula Segunda.

		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.
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.
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.	

⁵ CLÁUSULA SEXTA - TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (...)

Subcláusula Vigésima Primeira– É vedado à DISTRIBUIDORA cobrar dos usuários, sob qualquer pretexto, valores de tarifas superiores àqueles homologados pela ANEEL.

⁶ CLÁUSULA SEXTA - TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (...)

Subcláusula Décima Sétima – As receitas auferidas pela DISTRIBUIDORA no exercício de outras atividades empresariais, referidas na Subcláusula Quinta da Cláusula Primeira, denominadas Outras Receitas, serão revertidas parcialmente à modicidade tarifária nos reposicionamentos tarifários ou às ações de que tratam os incisos XIX e XX da Cláusula Terceira, conforme regulação da ANEEL.

2.3) Proposta de aprimoramentos à cláusula de alocação de riscos da minuta de Termo Aditivo

Em relação à matriz de risco proposta, 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 (caso fortuito, fato do príncipe e teoria da imprevisão, entre outros) e a outros dispositivos do Decreto não contemplados na proposta inicial:

- (i) custos adicionais ou prejuízos decorrentes de atrasos causados pelo Poder Concedente e/ou pela ANEEL, incluindo, mas não se limitando a, atraso nas deliberações sobre o reposicionamento tarifário em relação à data contratualmente prevista por razões não atribuíveis ao concessionário;
- (ii) ocorrência de fato do príncipe ou fato da administração nas esferas federal, estadual/distrital ou municipal que provoque impacto nos custos para a execução do Contrato de Concessão;
- (iii) ocorrência de caso fortuito ou de força maior, nos termos do art. 393 do Código Civil;
- (iv) consequências econômico-financeiras relacionadas a áreas de elevada complexidade ao combate às perdas não técnicas e de elevada inadimplência, as quais devem ser refletidas nas tarifas homologadas pela ANEEL e em incentivos compatíveis com a capacidade de gestão da Concessionária;
- (v) fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do presente Contrato; e
- (vi) consequências econômico-financeiras ou restrições ou impeditivos à prestação do serviço público adequado pela Concessionária decorrentes de:
 - a. medidas necessárias à segurança pública;
 - b. atos de vandalismos, furtos, roubos e outros atos criminosos praticados por terceiros;
 - c. conflitos armados;

- d. eventos naturais, tais como terremotos e eventos climáticos extremos, desde que adotadas as ações para redução da vulnerabilidade e para o aumento da resiliência das redes frente a eventos climáticos estabelecidas na regulação da ANEEL;
- e. pandemias, epidemias e/ou restrições sanitárias de qualquer natureza determinadas pela legislação aplicável e/ou por organizações internacionais;
- f. criação de subsídios, benefícios tarifários, condições diferenciadas ou quaisquer outras políticas públicas que afetem o mercado da Concessionária ou seus resultados econômicos, tais como, mas não se limitando, os impactos dos benefícios tarifários à micro e minigeração distribuída e demais recursos energéticos distribuídos na Parcela B; e
- g. outros que sejam de responsabilidade exclusiva do Poder Público, independentemente da esfera, tais como o cumprimento de obrigações relacionadas à arborização urbana, nos termos da Lei⁷, desde que a concessionária evidencie que⁸:
 - i. submeteu solicitação de autorização do órgão público competente para a poda ou a remoção de árvores com potencial de dano à rede elétrica sob sua responsabilidade,

⁷ Em especial os art. 23, 182 e 225 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 140/2011.

⁸ A proposta de itens referentes a medidas a serem adotadas pela concessionária junto ao Poder Público constitui uma adaptação do item 22.6.2, (i), do Contrato de Concessão nº 01/2024, Parte VII do Edital nº 01/2024-ANTT, que trata dos riscos assumidos pelo Poder Concedente relacionados aos aspectos ambientais da Concessão do Sistema Rodoviário BR-381/MG, *in verbis*:

22.6.2 O Poder Concedente assume os seguintes riscos relacionados aos aspectos ambientais da **Concessão**, cuja ocorrência ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do **Contrato**:

- (i) atraso ou falha na obtenção de licenciamento, desde que devidamente comprovado que a **Concessionária** tomou as seguintes medidas ao seu alcance para sua obtenção:
 - (a) submissão do requerimento de licenciamento de forma oportuna e com a documentação exigida pela legislação aplicável;
 - (b) elaboração tempestiva de estudos, relatórios, auditorias ou outros documentos necessários ao licenciamento;
 - (c) prestação de esclarecimentos solicitados pelo órgão ambiental dentro do prazo estipulado;
 - (d) cumprimento das compensações ambientais determinadas pelo órgão ambiental.

Disponível em <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-381-mg/arquivos-para-download/edital-e-anexos/contrato-br-381-mg-pos-esclarecimentos>. Acesso em 26.11.2024.

O Leilão aconteceu na B3 em 26.08.2024, sagrando-se vencedora a 4UM FIP em Infraestrutura de Responsabilidade Ltda. com oferta de desconto sobre a tarifa básica de pedágio de 0,94%, para assumir a administração da rodovia por 30 (trinta) anos ao longo do trecho de 296,3 km de extensão, entre Belo Horizonte e Governador Valadares. Estão previstos R\$9,34 bilhões de investimentos na rodovia, somando captação e serviços operacionais. Disponível em <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2024/08/ministerio-dos-transportes-conclui-leilao-da-br-381-mg>. Acesso em 26.11.2024.

- conforme o caso, de forma oportuna e com a documentação exigida pela legislação aplicável;
- ii. elaborou e submeteu tempestivamente os estudos, relatórios, auditorias, planos de manejo e outros documentos necessários ao mapeamento dos riscos à rede elétrica exigidos pelo Poder Público competente e pela regulação da ANEEL;
 - iii. prestou os esclarecimentos solicitados pelo órgão ambiental e/ou o Poder Público competente no prazo estipulado;
 - iv. cumpriu eventuais compensações ambientais determinadas pelos órgãos competentes; e
 - v. atuou tempestivamente, conforme plano de contingência e regulação da ANEEL, na remoção de árvores ou galhos caídos sobre a rede e em medidas técnicas corretivas necessárias ao restabelecimento do fornecimento de energia elétrica quando da ocorrência de eventos climáticos extremos, de forma coordenada com o Poder Público responsável.

Ademais, para fins de compatibilização do inciso I da Subcláusula Primeira da minuta de Termo Aditivo, que trata dos riscos da Concessionária, com a proposta de inserção de item na Subcláusula Segunda, que trata dos riscos do Poder Concedente, propõe-se a seguinte redação: “*Varição de mercado sobre o valor de Parcela B entre as revisões tarifárias periódicas, observado o disposto na Subcláusula Vigésima Terceira da Cláusula Sexta e no inciso XX⁹ desta Subcláusula Segunda*”.

Em suma, a proposta de maior detalhamento da alocação de riscos acima delineada visa oferecer maior clareza a determinados aspectos relevantes dos novos desafios enfrentados pelo Poder Concedente e pelas concessionárias na exploração do serviço de distribuição de energia elétrica. Como principais temas, vale mencionar (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, tema atualmente em discussão pela ANEEL no âmbito da Consulta Pública nº 032/2024, visando ao aumento da resiliência das redes.

⁹ Na versão final da minuta de Termo Aditivo, o número deve fazer referência ao inciso proposto de alocação do risco ao Poder Concedente de criação de subsídios.

Trata-se de dois temas de extrema relevância que merecem diretrizes mais específicas e detalhadas no Contrato de Concessão, de forma a alocar os riscos de forma mais objetiva, sem retirar por completo a desejável dose de flexibilidade para que a regulação possa se adaptar a possíveis necessidades futuras.

Em relação à caracterização de caso fortuito ou de força maior, entende-se que seu conceito está consagrado no art. 393 do Código Civil como “*o fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir*”. Além disso, a consideração do caso fortuito como motivador do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato administrativo, juntamente com o fato do príncipe e os fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, tem fundamento legal no art. 124, II, d, da Lei nº 14.133/2021. Nesse caso, deve ser respeitada a repartição objetiva do risco estabelecida no contrato, o que configura exatamente o objetivo da definição de uma cláusula de alocação de riscos no Termo Aditivo aos Contratos de Concessão.

Nesses termos, carece de fundamento normativo a pretensão da NT 1.056 de “*evitar a avocação pelo concessionário do art. 393 do Código Civil*”¹⁰, dispositivo que traz a definição legal de caso fortuito, sem prejuízo da possibilidade de atuação da ANEEL em cada caso concreto e seus contornos, como ocorreu nas situações descritas na própria NT e em outras várias situações, não apenas no segmento de distribuição. Quanto à preocupação em relação à adequada interpretação da expressão do art. 393 “*se expressamente não se houver por eles responsabilizado*”, destacada na NT 1.056, será resultado direto de uma alocação de riscos bem estabelecida contratualmente, que contenha diretrizes e incentivos para uma boa gestão do contrato e dos investimentos pela concessionária.

Por fim, propõem-se ainda as seguintes adequações quanto ao tema:

- (i) O parágrafo único da Subcláusula Primeira, que trata da necessidade de revisão tarifária extraordinária, deve ser convertido em Subcláusula da Cláusula Décima Quinta, para se referir a toda a cláusula de alocação de riscos e não somente à Subcláusula que trata dos riscos da concessionária;
- (ii) A Subcláusula Terceira, que trata do risco de caso fortuito ou de força maior deve ser convertida em item da Subcláusula referente aos riscos do Poder Concedente;

¹⁰ Item 223 da referida NT.

(iii) A fim de atender ao comando do Decreto, que estabelece a necessidade de alocação objetiva de riscos, a Subcláusula Primeira deve ser alterada para retirar a atribuição de risco integral à concessionária, da seguinte forma:

Onde se lê: “Com exceção das hipóteses previstas neste Contrato de Concessão, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:”, leia-se “Neste Contrato de Concessão, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável pelos seguintes riscos:”

(iv) A Subcláusula Segunda deve ser alterada para sobrelevar a atribuição dos riscos de forma mais direta ao Poder Concedente em vez de ressaltar primeiro a responsabilidade da concessionária, da seguinte forma:

Onde se lê: “a Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente”, leia-se “o Poder Concedente é integral e exclusivamente responsável pelos seguintes riscos, isentando a Concessionária das consequências a eles relacionadas”.

3. Inconstitucionalidade da cláusula de renúncia a ações judiciais atuais e futuras no âmbito da prorrogação das concessões

A CF/1988 consagra, como preceito fundamental, o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do seu art. 5º, XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sobre o tema, convém citar Clever Vasconcelos¹¹, *apud* Arruda Alvim, que elucida a impossibilidade de subtração do direito de acesso ao Poder Judiciário por normas infraconstitucionais, consoante o abaixo reproduzido:

O comando constitucional acima estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do direito de ação, também conhecido como princípio do acesso à jurisdição. (...)

O professor Arruda Alvim assim comentou o dispositivo: “Isto quer dizer que **nenhuma lesão ou mera ameaça da lesão, de direito individual ou não, pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário**; decorre disto, necessariamente, que a jurisdição é aquela exercida por Juízes de Direito, dos diversos graus de jurisdição existentes e com as garantias tradicionais da magistratura”. (...)

O dispositivo em tela tem em mira, em especial, a atuação do legislador ordinário, **que não poderá lançar mão dos meios normativos elencados no art. 59 da Constituição, que impeçam a apreciação e solução dos conflitos de interesses pelo órgão do Poder Judiciário.** (...)

¹¹ Vasconcelos, Clever. Curso de Direito Constitucional - Ed. 2024 - Revista dos Tribunais. Capítulo 7. Dos direitos individuais e coletivos. 7.13.. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Page: RB-7.48. Acesso em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/338470391/v9/page/RB-7.48%20>

De outra parte, deve ser mencionado que **o princípio da inafastabilidade da jurisdição é tido como decorrência natural do princípio da legalidade**, uma vez que existe um interesse no Estado Democrático de Direito a torná-lo incólume, intacto, permitindo o acesso ao Judiciário àquele que teve ofendido direito seu – sem grifos no original.

Ocorre que, de acordo com a minuta de Termo Aditivo, a ANEEL propõe uma série de renúncias genéricas e abrangentes em relação às pretensões atuais e futuras a serem exercidas perante o Poder Judiciário pela Concessionária, o que merece ser avaliado com maior cautela sob a ótica jurídico-constitucional. Trata-se da proposta para as seguintes Subcláusulas da Cláusula Décima Oitava, abaixo resumidas:

(i) **Subcláusula Segunda (renúncia à propositura de ações)**: renúncia total e irrestrita 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;

(ii) **Subcláusula Terceira (declaração de desistência das ações existentes)**: declaração da Concessionária de desistência de todas as “ações de qualquer natureza” existentes antes da assinatura do Termo Aditivo e que conflitem com o termo, inclusive as ajuizadas por associação representativa de classe da qual a Distribuidora faça parte, a ser comprovada na forma da Subcláusula Quinta;

(iii) **Subcláusula Quarta (renúncia a direitos preexistentes contra a União)**: renúncia irrevogável e irretratável a eventuais direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do Termo Aditivo; e

(iv) **Subcláusula Sexta (declaração de recolhimento de multas)**: declaração de recolhimento de todas as multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de ação fiscalizatória da ANEEL.

Ao utilizar expressões genéricas e abrangentes, em especial o termo “ações de qualquer natureza”, a NT 1.056 estabelece uma barreira abstrata ao concessionário em relação ao efetivo exercício de um direito fundamental previsto na CF/1988: o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Como resultado, há o esvaziamento completo do exercício desse direito fundamental em relação às pretensões atuais e futuras, adicionando à esfera de risco da Concessionária uma incerteza de caráter imensurável à exploração do serviço público.

Além disso, a NT 1.056 não apresenta qualquer análise de impacto regulatório e econômico-financeiro associada a uma medida dessa natureza e sequer especifica as demandas judiciais que pretende extinguir ou evitar por concessionária e área de concessão.

Vale destacar que, no âmbito da Consulta Pública MME nº 152/2023, houve menção à possibilidade de captura de excedentes do custo regulatório de capital associados a temas que atualmente se encontram judicializados. Apesar disso, o Decreto nº 12.068/2024 não contemplou qualquer diretriz relacionada à possibilidade dessa captura ou mesmo qualquer referência específica a outras discussões que estejam sendo conduzidas em juízo (sobre penalidades pecuniárias aplicada pela ANEEL, por exemplo). Esse “silêncio” do Decreto em relação ao tema das demandas judiciais existentes e potenciais não é algo trivial que possa ser tratado pela ANEEL como uma espécie de lacuna a ser preenchida por ato infralegal. Ora, se a própria Lei não pode afastar a tutela jurisdicional, conforme preceito fundamental do art. 5º, XXXV, da CF/1988, tampouco a ANEEL pode impor óbices ao exercício dessa prerrogativa via ato infralegal.

Segundo ARAGÃO¹², “(...) a possibilidade de os editais e contratos administrativos criarem direitos e obrigações sem base legal específica prévia não terá lugar quando forem contrários às regras e princípios constitucionais ou legais”.

Na proposição dos dispositivos que tratam da renúncia à tutela jurisdicional, a NT 1.056 apresentou, como justificativa inicial, o disposto no art. 4º, XI, “b”, do Decreto nº 12.068/2024, segundo o qual a minuta de Termo Aditivo deve conter cláusula que assegure que “a arrecadação de tributos na fatura de energia elétrica decorrente de obrigação constitucional ou legal não será considerada atividade empresarial ou fonte de receitas alternativas, complementares e acessórias”.

¹² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 375.

Em relação a esse tema, a NT relata que a regulação da ANEEL prevista nos arts. 476¹³ e 632¹⁴ da REN nº 1.000/2021 já estaria harmonizada com o Decreto no que tange à arrecadação da contribuição para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros na fatura de energia.

Irresignada com a regulação aprovada¹⁵, a ABRADDEE impetrou o Mandado de Segurança nº 1003013-87.2021.4.01.0000, a fim de requerer a desconstituição da norma regulatória editada, sendo que, após uma primeira decisão desfavorável em 1ª instância, a Associação obteve efeito suspensivo em sede de apelação, ainda pendente de julgamento.

Diante disso, a NT 1.056 pondera *“que as concessionárias que irão requerer a prorrogação do prazo de concessão e, posteriormente, assinarão o termo aditivo, não devem fazê-lo na condição de parte do processo judicial em que questiona e se recusa a cumprir dispositivo do próprio Decreto 12.068/2024 que fundamenta a prorrogação”*.

Nesse sentido, a área técnica da ANEEL conclui ser necessário esclarecer que as concessionárias que integrem a ABRADDEE devem, como condição à renovação da concessão, desistir da referida ação judicial, bem como renunciar a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda ação, a ser comprovado por meio de cópia do protocolo de requerimento no processo judicial. Como referência, a NT 1.056 alude à REN nº 895/2020, que tratou de situação similar em outro tema.

¹³ Art. 476. A contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, instituída pela legislação do poder municipal, deve ser cobrada pela distribuidora nas faturas de energia elétrica nas condições estabelecidas nessa legislação e demais atos normativos desses poderes.

§1º A arrecadação disposta no caput deve ser realizada pela distribuidora de forma não onerosa ao poder público municipal, com os custos tratados pela metodologia de custos operacionais regulatórios definida nos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET.

§2º A compensação dos valores arrecadados da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública com os créditos devidos pelo poder público municipal para as unidades consumidoras da classe iluminação pública pode ser realizada pela distribuidora se houver autorização expressa na legislação municipal.

§3º O repasse dos valores da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública deve ocorrer até o décimo dia útil do mês subsequente ao de arrecadação, exceto se houver disposição diversa na legislação e demais atos normativos do poder municipal.

§4º A não observância dos §§ 2º e 3º implica cobrança de multa de 2%, atualização monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA e juros de mora de 1% ao mês calculados pro rata die, exceto se houver disposição diversa na legislação e demais atos normativos do poder municipal.

¹⁴ Art. 632. Não se enquadra como atividade acessória ou atípica:

I - a arrecadação da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, que deve observar o disposto no art. 476; e

II - a arrecadação de taxa ou tarifa do serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos por meio da fatura de energia elétrica, que deve observar o art. 627-A.

¹⁵ A regulação foi aprovada na forma da REN nº 888/2020.

Veja-se, no entanto, que a proposição da área técnica inserida na minuta de Termo Aditivo transcende a discussão específica que pretendia ser endereçada pela justificativa da NT 1.056 para hipóteses gerais e abstratas de renúncia ao direito constitucional à tutela jurisdicional.

Além disso, o tratamento similar em outro caso citado pela NT 1.056, na forma da REN nº 895/2020, estava sustentado por dispositivo legal expresso de Lei. Nesse outro caso, a própria Lei condicionou expressamente o exercício de determinada prerrogativa¹⁶ à desistência de ação judicial com objeto delimitado de forma objetiva e precisa¹⁷ e à renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação.

Por fim, a proposição de cláusula de renúncia e desistência não distingue o que seriam (i) os efeitos de eventual decisão judicial favorável à pretensão das Concessionárias durante o prazo da concessão vigente; e (ii) a regra que deverá passar a vigor a partir da renovação das concessões.

Ora, o Decreto nº 12.068/2024 trouxe uma condição que **deverá passar a vigorar com a renovação da concessão, não trazendo qualquer comando específico com o objetivo de gerar efeitos durante a concessão vigente**, a menos que a concessionária opte pela antecipação dos efeitos da prorrogação. No entanto, a antecipação dos efeitos é uma faculdade conferida à concessionária, nos termos do art. 10 do Decreto nº 12.068/2024, a ser exercida no prazo de trinta dias contado da publicação da minuta do Termo Aditivo.

Da mesma forma, pretende a ANEEL, com a Subcláusula Sexta da Cláusula Décima Oitava, se valer do contexto de imposição de condicionantes para a renovação de concessões para obter, por outra via, êxito nas demandas judiciais que discutem o pagamento de penalidades pecuniárias e no recolhimento das

¹⁶ No voto da Diretora-Relatora que conduziu à emissão da REN nº 895/2020, assim foi descrito o objeto da alteração legal:

“A alteração legal teve como objetivo a compensação aos titulares das usinas hidrelétricas participantes do MRE por efeitos causados por empreendimentos de geração denominados estruturantes, relacionados à antecipação da garantia física e às restrições na entrada em operação das instalações de transmissão necessárias ao escoamento; e, de forma retroativa, por geração fora da ordem de mérito e importação. Segundo o texto legal, essa compensação ocorrerá por meio da extensão do prazo de concessão das outorgas de geração”.

¹⁷ Nos termos do art. 2º-B da Lei nº 13.203/2015, introduzido pela Lei nº 14.052/2020, o exercício da prerrogativa legal estava condicionado à demonstração de que o agente titular da outorga vigente de geração “tenha desistido da **ação judicial cujo objeto seja a isenção ou a mitigação de riscos hidrológicos relacionados ao MRE** e renunciado a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação” – sem grifos original.

multas aplicadas em decisão administrativa final da Agência. Trata-se de dispositivo que também se refere a atos praticados durante a concessão vigente que não encontram respaldo (i) no poder regulamentar conferido à ANEEL pelo Decreto nº 12.068/2024; e (ii) no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Ao prever que a prorrogação das concessões de distribuição estará condicionada a renúncias genéricas e abrangentes em relação às pretensões atuais e futuras a serem exercidas perante o Poder Judiciário pela Concessionária de Distribuição, na forma anteriormente explicitada, a ANEEL conceberia restrição de direitos inexistente na legislação. Por essa razão, tal condicionante configura ato manifestamente *contra legem*, na medida em que, sob o pretexto de regulamentar o Decreto nº 12.068/2024, limita direitos constitucionais dos agentes.

Note-se que o Estado de Direito tem o princípio da legalidade como corolário do ordenamento jurídico. Assim, a CF/1988 o prevê expressamente em seu art. 5º, inciso II¹⁸, sob o manto de direito fundamental.

Na mesma linha, a legislação infraconstitucional replica à exaustão a necessária submissão da Administração Pública à legalidade estrita, como se observa (i) no art. 14 da Lei nº 8.987/1995¹⁹ (Lei de Concessões), aplicável em todos os seus termos à prorrogação das concessões do setor elétrico, como estabelece o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.074/1995²⁰; e (ii) no art. 5º da Lei nº 14.133/2021²¹ (nova Lei de Licitações), aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.987/1995, conforme art. 186²² da Nova Lei de Licitações.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹ Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

²⁰ Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei no 8.987, e das demais.

²¹ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

²² Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), à [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), e à [Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010](#).

Em todos os casos, a inobservância do que determina a lei é causa de nulidade dos atos administrativos viciados.

Importante ressaltar que, no âmbito do direito administrativo, como é de amplo conhecimento, a observância da legalidade tem por pressuposto a ideia de que o administrador só pode fazer aquilo que a lei autoriza, ao contrário dos particulares que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Assim esclarece Bandeira de Mello²³:

O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público (...)

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, **só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal**. A legalidade da Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe a autorização dela, como condição de sua ação. (...)

Em suma, **a lei, ou, mais precisamente, o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa**. A expressão “legalidade” deve, pois, ser entendida como “conformidade à lei e, sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente a sua própria discricção” (...)

(grifos nossos)

Como se vê, a lei, dentro de um ordenamento jurídico que dispõe suas normas em grau hierárquico, consubstancia-se em **pressuposto de validade** das normas inferiores, tais quais os regulamentos.

Assim, a manutenção da redação proposta para as minutas de aditivo aos contratos de concessão caracterizaria extrapolação do poder regulamentar, já que limita o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional expressamente estabelecido na Constituição, sem qualquer respaldo na Lei nº 9.074/1995 ou no Decreto nº 12.068/2024, que não estabeleceram a referida condição para prorrogação das concessões.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 64 e 65.

Nessa linha, as normas infralegais, tais quais as Resoluções e Despachos das Agências Reguladoras, devem guardar relação de harmonia com as leis e/ou Decretos que buscam regulamentar, o que não ocorre na hipótese específica dos dispositivos propostos para Cláusula Décima Oitava.

Ressalte-se que a tradicional doutrina jurídica é unânime em estabelecer que os atos normativos infralegais não podem extrapolar a dicção da lei, especialmente para dar ou retirar direitos, limitando-se a regulamentá-la tecnicamente. Sobre o tema, cita-se novamente Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴:

Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade* no Brasil **impõem ao regulamento o caráter** que lhe assinalou, qual seja, o **de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente da lei.** (...)

É que a constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, **não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas** – sem grifos no original

Adicionalmente, Marcos Juruena Villela Souto²⁵ tece suas considerações no mesmo sentido:

A função normativa se submete ao princípio da legalidade administrativa, não podendo inovar (naquilo que a Constituição reservou à lei) no ordenamento jurídico (princípio da reserva legal – só a lei cria direitos e obrigações); assim, ressalvada a hipótese de cabimento de decreto (EC n^o 32/2001), no conflito entre a lei e o regulamento ou qualquer outro ato administrativo dá-se a preferência à lei, que é norma hierárquica superior aos demais atos administrativos (princípio da preferência legal).

Por fim, cabe esclarecer que, historicamente, 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 (iii) possuíam seus efeitos bem especificados.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 317 e 319.

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 29.

Cite-se, como exemplo, a discussão relativa ao GSF, em que a Lei nº 13.203/2015, que dispôs sobre a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica, estabeleceu expressamente em seu artigo 1º, § 10, que a adesão ao regime estabelecido na Lei teria como condição “*desistir da ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funde a referida ação*”.

Note-se que, como é natural, seria incongruente o prosseguimento das ações judiciais, ou eventual posterior postulação ao judiciário de direitos atinentes à repactuação do risco hidrológico, após a adesão ao novo regime no âmbito administrativo. Dessa forma, a lei estipulou corretamente, como requisito, a desistência das ações e da pretensão judicial, por uma questão de congruência e de *resultado útil* da medida legalmente prevista, delimitando de forma expressa que seriam atingidos apenas os pleitos estritamente relacionados ao risco hidrológico.

Na mesma linha, a ANEEL, ao regulamentar a lei, estabeleceu, **de forma especificada**, a referida condicionante, a exemplo do disposto nas cláusulas segunda²⁶ e quarta²⁷ do “*Termo de Aceitação de Prazo de Extensão de Outorga e de Desistência e Renúncia ao Direito de Discutir a Isenção ou a Mitigação de Riscos Hidrológicos Relacionados ao Mecanismo de Realocação de Energia – MRE*”, anexa à REN nº 895/2020.

Não é o que ocorre no caso da 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 e a “*eventuais direitos preexistentes contra a União relativos à concessão*”, além do “*recolhimento de todas as multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de ação fiscalizatória da ANEEL*”.

²⁶ CLAUSULA SEGUNDA - DA RENÚNCIA AO DIREITO DE AÇÃO

O GERADOR, em caráter irrevogável e irreatável, compromete-se a desistir de eventuais ações judiciais, processos administrativos ou litígios arbitrais que tenha proposto cujo objeto trata a respeito da isenção ou a mitigação de riscos hidrológicos relacionados ao MRE, bem como renunciar a qualquer alegação de direito sobre o qual se fundam as respectivas ações.

²⁷ CLAUSULA QUARTA - DO COMPROMISSO DE RENÚNCIA À PRETENSÃO JUDICIAL

Na hipótese em que o GERADOR não seja litigante ou que não seja apontado como beneficiário na inicial da ação ajuizada por associação representativa de classe da qual o titular faça parte, o GERADOR declara a renúncia a qualquer pretensão judicial de limitação percentual de riscos hidrológicos relacionados ao MRE, em conformidade com o que estabelece o §1º do art. 2º-B, da Lei 13.203, de 8 de dezembro de 2015.

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*” – sem grifos no original. 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, conforme já abordado neste texto, as concessões objeto de discussão no âmbito da Consulta Pública nº 027/2024 são aquelas que já foram outorgadas sob a égide da Lei nº 8.987/1995. Desse modo, não há racional que justifique ou autorização normativa para que a ANEEL adapte o dispositivo legal para que a renúncia seja direcionada a direitos preexistentes à formalização da renovação da concessão.

Como se pode observar, a proposta, por sua abrangência e generalidade, extrapola o objeto do Decreto nº 12.068/2024, bem como o disposto na Constituição Federal e nas Leis nº 8.987 e 9.074/1995, 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, na Lei ou na Constituição.

Nesse contexto, propõe-se a exclusão das Subcláusulas Segunda a Sexta da Cláusula Décima Oitava da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.

Conclusões

A estruturação de uma matriz de risco mais detalhada em cláusula específica decorre de comando expresso do art. 4º, XII, do Decreto nº 12.068/2024 para a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica. A Nova Lei de Licitações, aplicável subsidiariamente às concessões de serviços públicos, traz importantes contribuições em relação ao conceito legal de matriz de riscos e às informações mínimas que uma cláusula dessa natureza deve conter.

No âmbito das concessões de distribuição, o estabelecimento de uma matriz de risco detalhada e expressa no Contrato de Concessão é um tema dotado de certo ineditismo, havendo apenas dispositivos esparsos e difusos que contêm meras reproduções de artigos de lei, além das inúmeras decisões da ANEEL ao longo do prazo de cada concessão. Desse modo, o comando do Decreto é uma oportunidade para que essa discussão resulte em uma alocação de riscos mais objetiva e previsível entre o Poder Concedente e o concessionário, ensejando maior segurança para os investimentos, para o gestor do Contrato e regulador do serviço a ser prestado (ANEEL) e para o usuário do sistema de distribuição e o consumidor final.

Ao mesmo tempo, a matriz de risco deve considerar as profundas transformações que poderão suceder em relação ao papel da distribuidora de energia elétrica em um setor elétrico no futuro com possível novo desenho de mercado, novas tecnologias e recursos energéticos distribuídos e os possíveis efeitos das mudanças climáticas e de eventos extremos na prestação do serviço adequado.

Nesse sentido, o presente TDSE propõe maior detalhamento da alocação de riscos com o objetivo de oferecer maior clareza a determinados aspectos relevantes dos novos desafios enfrentados na exploração do serviço de distribuição de energia elétrica e de endereçar temas relevantes que merecem diretrizes mais específicas e detalhadas no Contrato de Concessão, sem retirar por completo a desejável dose de flexibilidade para que a regulação possa se adaptar a possíveis necessidades futuras.

Outro tema relevante se refere à caracterização (i) do caso fortuito ou de força maior, cujo conceito está consagrado no art. 393 do Código Civil e (ii) do fato do príncipe e fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, cujo fundamento legal encontra-se no art. 124, II, d, da Lei nº 14.133/2021.

Em relação à proposta da minuta de Termo Aditivo de cláusula de renúncia a ações judiciais, a direitos preexistentes e a direitos derivados da prorrogação da concessão, não se identifica qualquer correspondência ou comando no Decreto nº 12.068/2024 que autorize a ANEEL a inserir esse tema como condição de prorrogação das concessões. Desse modo, este TDSE defende que, neste ponto, a inclusão dessas cláusulas representaria a extrapolação do poder regulamentar conferido à ANEEL no âmbito da renovação das concessões sujeitas ao disposto no referido Decreto.

Além disso, não menos importante, este TDSE traz o entendimento de que a Cláusula proposta afronta o preceito fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (“CF/1988”), segundo o qual a Lei (e, com maior razão ainda, o ato infralegal) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Historicamente, 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 (iii) possuíam seus efeitos bem especificados. Como exemplo, cite-se a discussão referente ao GSF, em que a Lei nº 13.203/2015, ao dispor sobre a possibilidade de repactuação do risco hidrológico, condicionou a adesão ao regime nela previsto à desistência da ação judicial e à renúncia a qualquer alegação de direito sobre a qual se funde a ação. Nesse caso específico, há de se notar que seria incongruente repactuar o risco hidrológico e prosseguir com as ações judiciais em curso (ou ajuizar eventual ação posterior), de modo que a condicionante de renúncia teve por objetivo assegurar o próprio “*resultado útil*” da medida.

Por outro lado, a proposta de renúncia da minuta de Termo Aditivo, por sua generalidade, representaria, ao final, a própria renúncia ao direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto na Constituição, sendo, pois, absolutamente inconstitucional.

Por sua vez, proposta de cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes tem correspondente 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*” – sem grifos no original.

No entanto, se, (i) por um lado, no contexto de novo regime constitucional e infraconstitucional e de estabelecimento de novas condições de delegações de serviços e instalações de energia elétrica, compreende-se o racional da lei de condicionar a prorrogação de prazo à renúncia a direitos preexistentes à nova Lei de Concessões; (ii) por outro lado, carece de fundamento legal ou normativo a adaptação do dispositivo legal pela ANEEL para que a renúncia seja direcionada a direitos preexistentes à formalização da renovação de concessões que já foram outorgadas sob a égide da Lei nº 8.987/1995.

Sob esses fundamentos, o presente TDSE propõe a exclusão das Subcláusulas Segunda a Sexta da Cláusula Décima Oitava da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 8.461, de 2 de junho de 2015**. Regulamenta a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e o art. 4º -B da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. [S. l.], 3 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8461.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 12.068, de 20 de junho de 2024**. Regulamenta a licitação e a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica de que trata o art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, regulamenta a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece diretrizes para a modernização das concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica, e altera o Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, o Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, e o Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004. [S. l.], 21 jun. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d12068.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [S. l.], 14 fev. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. [S. l.], 8 jul. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.074%2C%20DE%207%20DE%20JULHO%20DE%201995.&text=E

stabelece%20normas%20para%20outorga%20e,p%C3%BAblicos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nº s 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. [S. l.], 14 jan. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12783.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 26 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 8.461, de 2 de junho de 2015.** Regulamenta a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e o art. 4º -B da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. [S. l.], 3 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8461.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 12.068, de 20 de junho de 2024.** Regulamenta a licitação e a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica de que trata o art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, regulamenta a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece diretrizes para a modernização das concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica, e altera o Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, o Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, e o Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004. [S. l.], 21 jun. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d12068.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. **Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012.** Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. [S. l.], 12 set. 2012. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm.
Acesso em: 11 nov. 2024.

GOVERNO FEDERAL (Brasil). Ministério de Minas e Energia. **Portaria nº 737/GM/MME/2023**. [S. l.], 22 jun. 2023. Disponível em:
<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/prt2023737mme.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUNIOR, Mario Engler Pinto e DUTRA, Joisa Campanher. 1ª ed. – Rio de Janeiro : Synergia, 2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELOS, Clever. Curso de Direito Constitucional. Revista dos Tribunais, 2024.



Grupo de Estudos do Setor elétrico

Gesel

Toda a produção acadêmica e científica do GESEL está disponível no site do Grupo, que também mantém uma intensa relação com o setor através das redes sociais Facebook e Twitter.

Destaca-se ainda a publicação diária do IFE - Informativo Eletrônico do Setor Elétrico, editado deste 1998 e distribuído para mais de 10.000 usuários, onde são apresentados resumos das principais informações, estudos e dados sobre o setor elétrico do Brasil e exterior, podendo ser feita inscrição gratuita em <http://cadastro-ife.gesel.ie.ufrj.br>

GESEL – Destacado think tank do setor elétrico brasileiro, fundado em 1997, desenvolve estudos buscando contribuir com o aperfeiçoamento do modelo de estruturação e funcionamento do Setor Elétrico Brasileiro (SEB). Além das pesquisas, artigos acadêmicos, relatórios técnicos e livros – em grande parte associados a projetos realizados no âmbito do Programa de P&D da Aneel – ministra cursos de qualificação para as instituições e agentes do setor e realiza eventos – work shops, seminários, visitas e reuniões técnicas – no Brasil e no exterior. Ao nível acadêmico é responsável pela área de energia elétrica do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento do Instituto de Economia (PPED) do Instituto de Economia da UFRJ

ISBN: 978-85-7197-023-6

SITE: gesel.ie.ufrj.br

LINKEDIN: [linkedin.com/company/gesel-grupo-de-estudos-do-setor-elétrico-ufrj](https://www.linkedin.com/company/gesel-grupo-de-estudos-do-setor-elétrico-ufrj)

INSTAGRAM: [instagram.com/geselufrj](https://www.instagram.com/geselufrj)

FACEBOOK: [facebook.com/geselufrj](https://www.facebook.com/geselufrj)

TWITTER: twitter.com/geselufrj



ENDEREÇO:

UFRJ - Instituto de Economia,
Campus da Praia Vermelha.

Av. Pasteur 250, sala 226 - Urca.
Rio de Janeiro, RJ - Brasil.
CEP: 22290-240