

TEMA: NOTA TÉCNICA nº 1.056/2024 DA ANEEL - NECESSIDADE DE AJUSTES NA MINUTA DE TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, COM VISTA A FORMALIZAR A PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES QUE NÃO TENHAM AINDA SIDO OBJETO DE PRORROGAÇÃO – PADRÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

- Energia elétrica como bem de raízes históricas e jurídicas no Brasil
- A convivência do princípio da legalidade com o poder normativo da Aneel
- Direitos fundamentais (válidos, também, para pessoas jurídicas tais como as concessionárias) e a necessidade de preservação do seu núcleo essencial – Princípio da Proporcionalidade – Vedação ao excesso ou à proteção insuficiente
- “Não pode o direito dar com uma mão e tirar com a outra” – Min. Cármen Lúcia, do STF, na ADPF nº 382, ao derrubar exigência legal de desistência de ações
- A necessidade de um regime de transição em benefício da segurança jurídica
- Proteção constitucional da livre iniciativa, da defesa do consumidor e da liberdade de concorrência – O indevido impedimento de novos entrantes no mercado de comercialização de energia elétrica – Grupo econômico e a possível configuração de abuso de poder regulatório (Lei nº 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica)

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consultante: Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee)

Parecerista: Professor Doutor Saul Tourinho Leal

Sumário

1.	Quadro factual-jurídico subjacente à consulta e quesitos.....	03
2.	O percurso histórico e constitucional da energia elétrica no Brasil.....	11
3.	O poder normativo da Aneel não pode esvaziar o princípio da legalidade.....	13
4.	Ausência de facultatividade: imposição unilateral de condições excessivas.....	19
5.	A imposição do pagamento de multas para a prorrogação: sanção política.....	22
6.	O comprometimento do núcleo essencial de direitos fundamentais dos particulares representados pela Abradee – Violação do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e da proteção insuficiente).....	23
7.	Da Segurança Jurídica (proteção da confiança legítima): falta de regime de transição a regular, de forma clara, questões em aberto que nulificam direitos.....	30
8.	A indevida restrição, pela Aneel, da atuação de agentes no mercado de comercialização de energia elétrica por pertencerem a um grupo econômico que possui empresas de outros elos da cadeia produtiva.....	32
9.	Respostas aos quesitos.....	36

1. Quadro factual-jurídico subjacente à consulta e quesitos

1.1 Honra-me com esta consulta o ilustre advogado Dr. Thiago Lóes, representante da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee), entidade que reúne 39 concessionárias de distribuição de energia elétrica – estatais e privadas – atuantes em todas as regiões do país, responsáveis, juntas, pelo atendimento a mais de 86 milhões de clientes (99,6% dos consumidores brasileiros).

1.2 A Agência Nacional de Energia Elétrica baixou, em 2024, a Nota Técnica nº 1.056, estabelecendo os procedimentos para abertura de consulta pública para definição de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão para prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, que formaliza a prorrogação das concessões tratadas no § 3º do art. 4º da Lei nº 9.074¹, que não tenham sido objeto de prorrogação, e, no âmbito da concessão de que é titular a distribuidora, nas áreas dos Municípios discriminados.

1.3 Lembra a Aneel que, segundo o art. 4º, XI, “b”, do Decreto nº 12.068/2024 (que regulamenta a licitação e a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica de que trata o citado art. 4º da Lei nº 9.074/95), a minuta deve conter cláusula dispondo 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”. Eis a transcrição do dispositivo:

“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:

XI - autorização para a concessionária exercer outras atividades empresariais e oferecer novos serviços aos usuários, por sua conta e risco, que devem favorecer a modicidade tarifária, nos termos e nas condições previstas na legislação e na regulação da Aneel, observado que:

¹ “§ 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.”

b) 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;”.

1.4 A medida desconsidera a discussão judicial travada com base em fatos e fundamentos anteriores ao advento do Decreto, segundo a qual essa arrecadação podia, sim, ser considerada uma fonte de receita alternativa. Trata-se da Contribuição de Iluminação Pública (CIP), uma taxa cobrada mensalmente na fatura de energia elétrica para custear a iluminação pública, de competência municipal, firmada pela Constituição Federal² e cobrada de todos os consumidores de energia, independentemente da fonte utilizada. A CIP é repassada para as prefeituras, que podem conceder ou revogar a isenção de acordo com suas leis municipais (os municípios podem cobrar, ou não, a CIP).

1.5 Adverte a Aneel que, por ocasião da publicação da REN nº 888/2020, que tratou dessa questão, a Abradee (ora Consulente) impetrou mandado de segurança (1003013-87.2021.4.01.0000) questionando a regulação. O pleito foi negado, mas a entidade recorreu (apelação), tendo, o Poder Judiciário, conferido efeito suspensivo ao referido recurso, uma vez presentes os elementos do risco iminente e plausibilidade jurídica da pretensão. O caso, protegido pelo efeito suspensivo, aguarda julgamento.

1.6 O *writ*³ invoca, além do art. 149-A da Constituição, o art. 11 da Lei Geral das Concessões - Lei nº 8.987/95 (às concessionárias de serviço público pode ser autorizado recebimento de receitas alternativas, complementares e acessórias visando a modicidade tarifária)⁴ e o seu parágrafo único (as fontes de receita previstas neste artigo serão consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

² Art. 149-A: “Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros públicos, observado o disposto no art. 150, I e III”. O parágrafo único diz ser “facultada a cobrança da contribuição na fatura de consumo de energia elétrica”.

³ Ato coator: (i) exigência de que as associadas da Impetrante passem a prestar um serviço acessório ao contrato de concessão de forma gratuita aos municípios; (ii) vedação de que possam tentar compensar os valores arrecadados a título de COSIP com débitos das municipalidades; e (iii) imposição de alterarem os contratos/convênios (regidos pelo direito privado) já firmados no que diz respeito ao prazo e aos valores praticados, impondo um limite de 1% do valor arrecadado a título de remuneração.

⁴ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

Aponta, ainda, que os contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, assinados entre as associadas da Abradee e o Poder Concedente, possuem cláusulas similares. Por fim, que a própria Aneel, pela Resolução Normativa nº 581/2013, estabeleceu, dentre as atividades acessórias próprias das concessionárias de distribuição de energia elétrica, a arrecadação de convênios ou valores por meio da fatura de energia elétrica. A receita extraordinária decorrente da COSIP de fato beneficiou os consumidores de energia elétrica com reduções tarifárias⁵, uma vez que, por força dos regulamentos setoriais, 60% dos valores arrecadados em atividades acessórias típicas devem ser destinados aos consumidores. Confira-se:

“11. O compartilhamento das receitas decorrentes dos serviços cobráveis será de 60% da receita bruta, ou seja, um percentual de 40% será atribuído à concessionária, com fins de estimular a eficiência na prestação do serviço, enquanto a outra parcela será destinada aos consumidores do serviço de distribuição de energia elétrica.”⁶

1.7 Aliás, a própria Aneel compilou as Regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica, em sua Resolução Normativa nº 1.000/2021 e, dentre outras provisões, classifica as atividades passíveis de execução pelas concessionárias e permissionárias de distribuição da seguinte forma:

“Seção II

Das Atividades Acessórias e Atípicas

Art. 628. As atividades acessórias e atípicas classificam-se em:

I - atividade acessória: atividade exercida pela distribuidora de natureza econômica acessória ao objeto do contrato de concessão ou permissão, podendo ser:

⁵ Sustenta que a Aneel (i) deixou de realizar a análise de impacto regulatório; (ii) legislou sobre direito civil e tributário (arts. 22, I e 24, I da CF); (iii) legislou sobre o serviço público de iluminação pública (art. 30, IV da CF); (iv) obrigou as concessionárias de distribuição de energia elétrica a prestarem um serviço acessório (art.149-A, § único da CF); e (v) legislou sobre direito tributário de competência do município e reconheceu, sem lei, a qualidade das concessionárias como substitutas tributárias. Por fim, que teria havido violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ao comando disciplinador do ato jurídico perfeito (art. 24 da LINDB). Os Pareceres 00257/2015, 00279/2016 e 00322/2016/PFANEEL/PGF/AGU violariam o art. 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 c/c art. 11 da LC nº 73/93, o art. 50, VII, da Lei nº 9.784/99; o art.11, parágrafo único da Lei nº 8.987/95 (desequilíbrio econômico-financeiro do contrato).

⁶ Submódulo 2.7 do PRORET, que é um manual editado pela ANEEL, de seguimento das distribuidoras.

- a) própria: caracterizada como atividade regulada, prestada somente pela distribuidora e sujeita à fiscalização da ANEEL; e
 - b) complementar: caracterizada como atividade não regulada, cuja prestação está relacionada com a utilização do serviço público de distribuição de energia elétrica e que pode ser prestada tanto pela distribuidora quanto por terceiros;
- II - atividade atípica: atividade de natureza econômica cujo exercício seja exclusividade de terceiros que tenham interesse em incluir a sua cobrança na fatura de energia.”

1.8 Ou seja, a arrecadação de valores e convênios foi contemplada pelo art. 629 da referida norma como sendo uma atividade acessória, *verbis*:

“Art. 629. A distribuidora pode oferecer e prestar as atividades acessórias constantes neste artigo, observado o art. 663.

§ 1º São consideradas atividades acessórias próprias:

- I - arrecadação de convênios ou valores por meio da fatura de energia elétrica;
- II - arrecadação de faturas de terceiros por meio de estrutura própria de arrecadação;
- III - veiculação de propaganda ou publicidade em fatura de energia elétrica ou página na internet;
- IV - aluguel ou cessão onerosa de imóveis e espaços físicos;
- V - compartilhamento de infraestrutura;
- VI - serviços de avaliação técnica e de inspeção do sistema de medição em laboratório próprio; e
- VII - operacionalização de serviço de créditos tributários.

§ 2º São consideradas atividades acessórias complementares:

- I - elaboração de projeto, construção, expansão, operação, testes e ensaios, manutenção ou reforma de:
 - a) redes de distribuição de energia elétrica de infraestrutura de empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras que não sejam de responsabilidade da distribuidora;
 - b) rede de energia elétrica destinada à conexão ao sistema de distribuição ou de transmissão;
 - c) subestação de energia elétrica;
 - d) instalações elétricas internas de unidade consumidora e dos demais usuários;
 - e) banco de capacitor;
 - f) padrão de entrada de unidade consumidora;

- g) sistema de medição de energia elétrica;
 - h) gerador, incluindo-se unidades de microgeração e minigeração distribuída;
 - i) sistema de iluminação pública; e
 - j) estação de recarga de veículos elétricos, incluindo a prestação de serviços aos consumidores e demais usuários;
- II - eficiência do consumo de energia elétrica e instalação de cogeração qualificada, desde que não enquadráveis nos projetos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) ou de Eficiência Energética estabelecidos na legislação;
- III - serviço de comunicação de dados; e
- IV - serviço de consultoria relacionado com as atividades acessórias dispostas nesta Resolução.
- § 3º As atividades deste artigo caracterizam-se como atividades acessórias somente quando os custos decorrentes forem de responsabilidade do consumidor ou dos demais usuários ou do terceiro interessado.
- § 4º A veiculação de propaganda ou publicidade na fatura de energia elétrica não deve interferir na clareza e no conteúdo das informações obrigatórias, sendo vedada a veiculação de mensagens com conteúdo político-partidário.
- § 5º A eficiência do consumo de energia elétrica pode ser associada com a de outros insumos como água, gás, diesel e óleo combustível.
- § 6º A distribuidora pode exercer atividades acessórias que não estejam estabelecidas neste artigo, desde que haja prévia autorização pela ANEEL."

1.9 Por tantos fundamentos foi que a Abradee impetrou o citado mandado de segurança pedindo o que segue: que as concessionárias de distribuição de energia elétrica associadas possam negociar (prazo, valores e demais condições) com os municípios, em contratos bilaterais, sem que sejam obrigadas a prestar o serviço de arrecadação de COSIP gratuitamente; a reversão da vedação de que possam compensar os valores arrecadados a título de COSIP com débitos das municipalidades; e da obrigação de alterarem os contratos/convênios já firmados, no que diz respeito ao prazo e aos valores; e, alternativamente, que se reconheça o período em que, seja por previsão na legislação, seja por decisão judicial, as distribuidoras de energia estavam autorizadas a cobrar, nos termos dos contratos, a COSIP.

1.10 Nesse ponto, a Nota Técnica da Aneel invoca o art. 2º do Decreto nº 12.068/2024, pelo qual a prorrogação das concessões de distribuição fica condicionada à “expressa aceitação por parte da concessionária das condições estabelecidas neste Decreto e das demais disposições estabelecidas no termo aditivo ao contrato de concessão”. Como se observa, trata-se de redação abrangente, que demanda exegese cautelosa, sob pena de se converter numa cláusula imunizante em branco capaz de inovar no ordenamento jurídico por meio de termos aditivos ao contrato de concessão de modo completamente dissonante da Constituição Federal e do sistema jurídico infraconstitucional.

1.11 Ainda assim, a ANEEL concluiu: “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”.

1.12 A partir dessa conclusão, ela passa a impor que “no caso de concessionárias que façam parte da ABRADÉE, a renovação da concessão deve ficar condicionada e ser precedida da desistência da referida ação judicial”. Mas não é só. Requer também “a renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação, o que deve ser comprovado por meio de cópia do protocolo de requerimento no processo judicial”.

1.13 Socorre-se, nesse ponto, da REN nº 895/2020, que disciplinou um outro tema de modo semelhante. Omite-se em informar, contudo, que essa Resolução não tem como fundamento de validade um decreto (como é o Decreto nº 12.068/2024), mas, sim, uma lei, a Lei nº 13.203/2015, alterada pela Lei nº 14.052/2020, que sancionou o Acordo GSF.

1.14 A Agência tenta colmatar esse vazio de legalidade apontando, como fundamento, as seguintes leis: (i) Lei nº 8.987/95 (regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF); (ii) Lei nº 9.074/95 (outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos); (iii) Lei nº 13.709/2018 (LGPD); e o (iv) Decreto nº 12.068/2024. Mas a cadeia de fundamentos de validade mostra que ela se baseia, exclusivamente, no já citado Decreto nº 12.068/2024, que, por sua vez, nada

prevê acerca da determinação de que se renuncie a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação. O termo aditivo, sem dúvida, inovará no ordenamento jurídico.

1.15 A Aneel obriga, ainda, que antes da celebração do termo aditivo, a concessionária apresente o respectivo acerto financeiro com cada um dos Municípios afetados pela suspensão do cumprimento da regulação. Essa questão, como já se disse, está judicializada e sobre ela pendem pontos centrais em aberto.

1.16 Abriu-se uma consulta pública por 45 dias para obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento dessa minuta de termo aditivo. Na subcláusula quinta, deve constar inciso adicional, previsto no art. 4º, XI, “b” do Decreto nº 12.068/2024:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

Subcláusula Quinta – Outras Atividades Empresariais ... (aprimoramento das condições econômicas)

IV. 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.

(art. 4º, XI, “b”, do Decreto nº 12.068/2024: ‘...expressa aceitação por parte da concessionária das condições estabelecidas neste Decreto...’)

1.17 Quanto à determinação de que para se habilitar à celebração do termo aditivo a distribuidora deve recolher as multas decorrentes de ação fiscalizatória da Agência que já tiverem trânsito em julgado administrativo (incluindo-se as multas judicializadas pelas distribuidoras), o que deve ser acompanhado da desistência da referida ação judicial, eis:

“CLÁUSULA 16ª – DISPOSIÇÕES GERAIS Renúncia ações judiciais referentes ao objeto do TA (inclui ação ABRADDE sobre CIP) Recolhimento de multas com trânsito em julgado administrativo.”

1.18 Por fim, a questão relativa à renúncia das ações:

“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 Primeira – A DISTRIBUIDORA aceita na assinatura deste TERMO ADITIVO as condições de prorrogação estabelecidas no presente instrumento jurídico, bem como as disposições do Decreto 12.068, de 20 de junho de 2024.

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.

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.

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.

Subcláusula Quinta - A desistência de que trata esta Cláusula deve ser comprovada por meio da apresentação de cópia do protocolo do requerimento de extinção do processo com resolução de mérito, nos termos da alínea “c” do inciso III do *caput* do art. 487, do Código de Processo Civil.

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

1.19 A Aneel também restringe a atuação de determinados agentes no mercado de comercialização de energia elétrica pelo mero fato de ele pertencer a um grupo econômico que possui empresas de outros elos da cadeia produtiva. Daí os quesitos:

Quesito I - A determinação de que a Abradee renuncie ao mandado de segurança por ela impetrado, discutindo a COSIP, tem por fundamento de validade alguma lei? Está prevista, pelo menos, no Decreto nº 12.068/2024?

Quesito II - Há base legal para as seguintes determinações? (i) Renúncia à propositura de ações decorrentes da relação objeto do termo; (ii) Desistência das ações anteriores à assinatura do termo e que com ele conflitem, inclusive as ajuizadas pela Abradee; (iii) Renúncia a direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do termo aditivo e (iv) Recolhimento das multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de fiscalização da Aneel.

Quesito III - As determinações acima são condizentes com o rol de direitos fundamentais constante da Constituição Federal ou com o princípio da proporcionalidade (na sua vertente proibição do excesso ou da proteção insuficiente), ou, ainda, com a legislação aplicável à espécie?

Quesito IV - Há, nessas imposições, regras de transição que, em nome da segurança jurídica (e da proteção da confiança legítima), disciplinem questões como os efeitos de decisões judiciais afastando a gratuidade COSIP ou a ausência de pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Fazenda Pública em caso de desistência das ações, bem como sobre o tratamento dos valores pagos em função das discussões existentes, notadamente pela autorização da cobrança dos valores à título de contribuição?

Quesito V - Há amparo jurídico em se impedir a atuação de comercializadoras de energia parte de grupos econômicos de distribuidoras de energia?

2. O percurso histórico e constitucional da energia elétrica no Brasil

2.1 O tratamento normativo brasileiro para a energia elétrica tem raiz histórica e, como não poderia deixar de ser, dada a sua centralidade no ordenamento jurídico nacional, ocupa destacado espaço na topografia da Constituição Federal de 1988.

2.2 Pela perspectiva histórica, vale lembrar que Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, fundou a Companhia de Iluminação a Gás. O contrato celebrado para iluminar a cidade do Rio de Janeiro tinha como exigência que o trabalho fosse melhor do que o da cidade de Londres. Ele enxergou na luz uma das fontes dos seus sonhos. Em 1857, a cidade do Rio de Janeiro estava iluminada graças a 3.027 lâmpões públicos e 3.200 residências. Visionário, iluminou três teatros, a partir dos quais as artes floresceriam. Os lâmpões a gás - uma inovação disruptiva para a época - iluminaram a Praça XV e as Ruas Primeiro de Março, Ouvidor, Rosário, Hospício, Alfândega, General Câmara e São Pedro.

2.3 Mais de um século depois, a Constituição de 1988 reconheceu na energia elétrica a condição elementar para a realização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais. Educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (art. 6º) reclamam o seu uso. É, segundo a Constituição, uma necessidade vital básica, tal como vestuário ou higiene (art. 7º, IV). Também a dignidade humana dela se vitaliza. Dignidade essa que além de fundamentar a República (art. 1º, III), é um direito da criança, do adolescente, do jovem (art. 227), e das pessoas idosas (art. 230).

2.4 Mas não é só. Os potenciais de energia hidráulica são bens da União (art. 20, VIII), sendo assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica (§ 1º do art. 20), competindo também à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (art. 21, XII, "b"). O inciso IV do art. 22 dispõe competir privativamente à União legislar sobre energia.

2.5 Como se observa, a energia elétrica encontra na Constituição Federal a sua primeira morada, reclamando, do intérprete, uma leitura cuidadosa com quaisquer condicionamentos que, em última hipótese, possam embaraçar, conturbar ou mesmo inviabilizar a prestação de um serviço público realizador dos direitos fundamentais.

3. O poder normativo da Aneel não pode esvaziar o princípio da legalidade

3.1 Um programa público, com incentivos de interesse do particular, ofertando a este uma (verdadeira) faculdade e que exige, por meio de lei, a renúncia à judicialização voltada para o objeto do programa, não é uma novidade. A Lei nº 11.941/2009 (Refis da Crise⁷), que instituiu benefícios para a quitação de débitos relativos a tributos e contribuições federais, permitindo o parcelamento de tais débitos com redução de juros e multa de mora, dispunha, no art. 6º, que

“o sujeito passivo que possuir ação judicial em curso, na qual requer o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos, deverá, como condição para valer-se das prerrogativas dos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei, desistir da respectiva ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, protocolando requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do inciso V do *caput* do art. 269” do CPC.

3.2 Leis anteriores já estabeleceram o mesmo, como o art. 4º da Lei nº 10.684/2003 (Paes). Também o fizeram legislações posteriores, como o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert), lançado pelo governo federal em 2017 (Lei nº 13.496).

3.3 Mais recentemente, a Lei Complementar nº 173/2020 (Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus), que estabeleceu condições para que estados, Distrito Federal e municípios recebam o auxílio emergencial a ser pago pela União para amenizar a crise fiscal provocada pela pandemia, dispôs que para fazerem jus ao repasse, deveriam renunciar ao direito sobre o qual se fundam eventuais ações judiciais contra a União.⁸

3.4 O próprio setor elétrico já promoveu iniciativas como essa, mas sem se descuidar, contudo, do primado da legalidade. Na Repactuação do Risco Hidrológico (GSF), o art.

⁷ No STJ, a 1ª Turma, no REsp nº 1.038.724/RJ (DJe 25/03/2009), de relatoria do ministro Luiz Fux, reconheceu que a adesão ao Refis constitui faculdade do contribuinte e é condicionada à confissão irretratável de débitos tributários e à renúncia ao direito de discutir a dívida. Ocorre que, no caso, uma vez mais foi uma lei, a Lei nº 9.964/2000, que estabeleceu as hipóteses de exclusão da pessoa jurídica. REsp nº 883.160/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 06/08/2009; AgRg no REsp nº 640.792/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, DJe 8/2/2010; e REsp nº 1.038.724/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma.

⁸ ADI nº 6442, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23/03/2021.

2º da Lei nº 14.052/2020, incluiu o art. 2º-B, I, na Lei nº 13.203/2015, condicionando a repactuação à desistência de ações e renúncia ao direito em que se funda a ação. E ainda eximiu as partes de honorários advocatícios (art. 2º-B, § 3º). O mesmo ocorreu na Lei nº 10.438/2002 (Acordo Geral do Setor Elétrico pós racionamento de 2001/2002), tendo, os arts. 4º, § 5º, VI e 6º, § 1º, I, tratado da desistência de demanda administrativa ou judicial.

3.5 Por isso, vale perguntar: (i) sem previsão legal (sequer num Decreto); (ii) sem que seja, verdadeiramente, uma faculdade⁹ (qual opção têm as distribuidoras cujos contratos de concessão estão expirando?); (iii) sem que haja qualquer regime de transição em favor da segurança jurídica (e quantos aos honorários sucumbenciais das ações das quais se desistirá? E quanto a eventual devolução de CIP's cobradas? E quanto às demandas futuras?); e (iv) sem que haja respeito à proporcionalidade (proibição do excesso e da proteção insuficiente); seria mesmo, essa iniciativa da Aneel, constitucional e legal?

3.6 É bem verdade que poder-se-ia fazer uso da categoria teórica do chamado bloco de legalidade, constituído por normas materialmente legais que se apresentam por instrumentos outros que não lei em sentido formal – como as resoluções –, mas que, mesmo assim, são capazes de disciplinar direitos e obrigações, desde que fundados em comandos legais explícitos, assumindo mera função expletiva e declaratória.¹⁰ Seria fruto da “constitucionalização do Direito Administrativo”, que vinculou o administrador público não apenas à lei formal, mas às normas, princípios e valores constitucionais. Daí a expressão de Maurice Hauriou, “bloco legal”, em complementação à reserva de lei.¹¹

3.7 Mas não parece ser o caso, haja vista se tratar, como se demonstrará mais à frente, de determinações estatais dirigidas a particulares que praticamente esvaziam (ou, pelo menos, comprometem em demasia) o núcleo essencial de um plexo robusto de direitos fundamentais, todos eles previstos nos incisos do art. 5º da Constituição.

⁹ O ministro Sérgio Kukina, no AgRg no REsp nº 1.077.417/PR, entendeu que “a adesão a tais programas de parcelamento constitui faculdade do contribuinte e é condicionada à renúncia ao direito de discutir a dívida”.

¹⁰ Em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/19443/18166>.

¹¹ Curso de Derecho Administrativo. 12a Ed. Madrid: Civitas; 2004, pp. 456-462.

3.8 Lembra Hans Kelsen que “algumas constituições dão a certas autoridades administrativas – o chefe do Estado ou os ministros de gabinetes, por exemplo – o poder de decretar normas gerais por meio das quais são elaboradas as cláusulas de um estatuto. Tais normas gerais, que não são emitidas pelo chamado órgão legislativo, mas por outro órgão com base nas normas gerais emitidas pelo legislador, são designadas como regulamentos”.¹² Nesse sentido, o STF, apreciando a ADI nº 4874 (2019), sob a relatoria da ministra Rosa Weber, pontuou que não se mostra estranha ao poder geral de polícia da Administração “a competência das agências reguladoras para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades por elas reguladas”, mas desde que se admita que “as agências reguladoras estão submetidas, como órgãos administrativos, ao princípio da legalidade” (ADI nº 4954, Rel. Min. Marco Aurélio, 2014).

3.9 Até para excluir uma pessoa desses programas é preciso que haja lei. Julgando o REsp nº 958.585/PR (DJ 17/09/2007), de relatoria do ministro Francisco Falcão, o STJ definiu que “a falta de desistência do recurso administrativo, embora possa impedir o deferimento do programa de parcelamento, acaso ultrapassada tal fase, não serve para motivar a exclusão do parcelamento”, pois isso não se enquadrava em uma das hipóteses previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 10.684/2003 (programa de parcelamento).

3.10 Ano passado, o STF julgou a ADI nº 5906, cuja redação para acórdão coube ao ministro Alexandre de Moraes. Nela ficou anotado que “as Agências Reguladoras, criadas como autarquias especiais pelo Poder Legislativo (CF, art. 37, XIX), recebem da lei que as instituem uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades”. Elas, contudo, “não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (*standards*), ou criar ou aplicar sanções não previstas em

¹² Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 190.

lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*)”.

3.11 Ora, o que se percebe da leitura da minuta de termo aditivo, pelo menos nos trechos objeto dessa consulta? Que eles inovam primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, regulamentam matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora e criam ou aplicam sanções não previstas em lei.

3.12 Na PET nº 7.444, de relatoria do ministro Edson Fachin, o STF concluiu que “não ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição norma legal que condiciona a elaboração do termo aditivo à renúncia expressa e irrevogável ao direito em que se fundam ações judiciais cujo objeto é dívida ou contrato celebrado com a União”. Mas a condição a que o termo aditivo seja precedido de uma renúncia expressa e irrevogável ao direito em que se fundam ações judiciais decorre de lei, lei em sentido estrito.

3.13 No caso objeto desse estudo, não é possível proceder sem lei. Segundo a Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). A ilegalidade é uma afronta. Ela enseja *habeas corpus* (estando em jogo a locomoção – art. 5º, LXVIII) e mandado de segurança (não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data* – art. 5º, LXIX). O primado da legalidade consta do *caput* do art. 37 como sendo um dos princípios da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

3.14 Se esse mandamento central é exigido de toda a Administração Pública; se a União Federal a ele deve se curvar; se os estados-membros e o Distrito Federal a ele devem respeito; se os municípios precisam respeitá-lo; então por qual razão estaria, a Aneel, dele desonerada? Como justificar, juridicamente, que de um termo aditivo de contrato nasçam obrigações originárias desprovidas de fundamento de validade?

3.15 O desrespeito à legalidade é claro. O Decreto nº 12.068/2024, traz, nos arts. 4º e 6º, “condições” para a prorrogação (*caput* do art. 15¹³). A competência para celebração dos contratos (minutar e/ou assinar) é do Poder Concedente (art. 3º-A, II, da Lei nº 9.427/96¹⁴), podendo ser delegada à Aneel (art. 3º-A, § 3º¹⁵). O Decreto delegou-lhe a competência para minutar (art. 4º) e assinar (art. 10, § 4º¹⁶) o contrato, para definir “a minuta do termo aditivo ao contrato de concessão que contemplará as condições previstas neste Decreto”. Não houve delegação para se estabelecer condições adicionais.

3.16 Cumpre saber que o art. 25 da Lei nº 9.074/95¹⁷ diz que as prorrogações de que trata esta lei (art. 4º, § 3º) demandam renúncia a direitos preexistentes que contrariem à Lei nº 8.987/95. As prorrogações das distribuidoras em 2015 tinham disposição semelhante, mas de renúncia a direitos preexistentes à Lei nº 12.783/2013 (art. 11, § 4º).

3.17 Exemplo é o da transferência do controle da Amazonas Distribuidora. A MP nº 1.232/2024, em seu arts. 1º e 2º, exigiu tal renúncia. O art. 1º incluiu o art. 4º-D, § 6º, na Lei nº 12.111/2009, exigindo renúncia a direitos preexistentes relativos à compra e venda de energia decorrente de eventos anteriores à transferência dos Contratos de Energia de Reserva (CER). O art. 2º incluiu o § 9º no art. 8º-C da Lei nº 12.783/2013¹⁸, exigindo renúncia a direitos preexistentes contra a União anteriores à transferência do controle.

¹³ “Art. 15. As concessionárias de distribuição de energia elétrica não abarcadas pelo disposto no art. 1º poderão aderir às condições estabelecidas nos art. 4º e art. 6º.”

¹⁴ “Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei no 8.987/95, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos.”

¹⁵ “§ 3º A celebração de contratos e a expedição de atos autorizativos de que trata o inciso II do caput deste artigo poderão ser delegadas à ANEEL”.

¹⁶ “§ 4º Após a decisão do Ministério de Minas e Energia pela prorrogação, a minuta do termo aditivo ao contrato de concessão será disponibilizada pela Aneel à concessionária, que deverá assiná-lo no prazo de sessenta dias, contado da convocação.”

¹⁷ “Art. 25. No caso de concessão ou autorização para produção independente de energia elétrica, o contrato ou ato autorizativo definirá as condições em que o produtor independente poderá realizar a comercialização de energia elétrica produzida e da que vier a adquirir, observado o limite de potência autorizada, para atender aos contratos celebrados, inclusive na hipótese de interrupção da geração de sua usina em virtude de determinação dos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema elétrico.”

¹⁸ “§ 9º No advento da transferência de controle societário, tanto o novo controlador quanto o atual devem renunciar a eventuais direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à transferência de controle.”

3.18 Mas agora, a Aneel fez diferente. A Agência extrapolou essa competência, já que, no máximo, poderia exigir a renúncia já prevista no art. 25 da Lei nº 9.074/95. Ao exigir a renúncia a direitos preexistentes ao termo aditivo, ela viola (i) o próprio art. 25 da Lei nº 9.074/95, (ii) confere tratamento não isonômico quanto às prorrogações de 2015 (33 contratos) sem fundamentação ou razão de discrimen e (iii) compromete a proporcionalidade, já que direitos preexistentes ao termo aditivo engloba até mesmo pleitos administrativos absolutamente legítimos ainda pendentes de apreciação.

3.19 Há mais. Contrato de concessão algum é instrumento jurídico idôneo para fazer nascer competências não legalmente instituídas. Mas, nesse caso, a Aneel o fez. Primeiramente, vale ver o que disciplina a própria Lei da Aneel (Lei nº 9.427/95):

“Art. 3º, VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;”.

3.20 No termo aditivo, foi acrescentada a seguinte competência após o final do comando acima (que termina com os termos “entre si”): “ou quanto ao desenvolvimento de outras atividades na mesma área de concessão”. Abaixo, a transcrição destacada:

“Parágrafo único – A ANEEL poderá estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para a Distribuidora e suas partes relacionadas, quanto à realização de negócios entre si **ou quanto ao desenvolvimento de outras atividades na mesma área de concessão.**”

3.21 É mais uma “condição” não prevista nos arts. 4º e 6º do Decreto nº 12.068/2024, num claro extravasamento legal que pode ensejar graves consequências jurídicas e colocar uma agência da dimensão da Aneel num caminho perigoso de comprometimento da sua inegável capacidade institucional de liderar, como vem liderando, os mais relevantes debates nacionais acerca da energia elétrica no Brasil.

4. Ausência de facultatividade: imposição unilateral de condições excessivas

4.1 O termo aditivo assumiu o lugar, dentre as espécies normativas, reservado à lei. Sai o Congresso Nacional, entra a Aneel. E não há facultatividade: ou se assina o termo aditivo tal qual feito ou se perde a concessão (haja vista o impedimento à prorrogação).

4.2 O STF, na ADI nº 6442 (DJe 23/03/2021), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, pontuou que o art. 2º, § 6º da LC nº 173/2020, ao prever o instituto da renúncia de direito material em âmbito de disputa judicial entre a União e os demais entes, não viola o devido processo legal, desde que se trate de norma de caráter facultativo.

4.3 Na ADI nº 5981 (Rel. Min. Luís Roberto Barroso), que discutia se poderia, a LC nº 156/2016 (Plano de Auxílio aos Estados e ao DF), ter condicionado a concessão e a manutenção dos benefícios para o refinanciamento das dívidas com a União à desistência e ao não ajuizamento de ações judiciais que tenham por objeto a dívida ou o contrato renegociado, o STF entendeu não ofender “o princípio da inafastabilidade da jurisdição nem viola os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade”.

4.4 Mas, no caso acima, o STF apontou uma teleologia: primeiro, deve ser veiculada por lei; depois, “conferir previsibilidade aos contratantes”; há de visar “distribuir de forma mais equitativa os ônus do ajuste entre as partes”; e, por fim, deve a condição ser indispensável à “apuração e a consolidação segura dos saldos devedores”.

4.5 É preciso respeitar essa orientação jurisprudencial emanada da Suprema Corte, sob pena de, a partir de redações mau colocadas, ver nascer mais um ciclo indesejável (e até o momento evitável) de contencioso administrativo e judicial da questão.¹⁹

4.6 O caminho hermenêutico está aberto à Aneel e ele é sólido. Ao apreciar a medida cautelar na ADPF nº 382 (DJe 02/02/2016), a ministra Cármen Lúcia declarou a

¹⁹ A 1ª Seção do STJ, apreciando o REsp nº 1.251.513/PR (DJe 17/08/2011), sob a relatoria do ministro Mauro Campbell, entendeu que “se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria PGFN/RFB nº 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício”.

inconstitucionalidade de comandos legais vigentes e de cláusulas de aditivos de contratos de financiamento celebrados entre Estados e Municípios e a União.

4.7 Os Estados-membros pleiteavam se verem desobrigados dos incisos I e II do § 1º do art. 2º do Decreto nº 8.616/2015, no sentido de desistirem de ações judiciais cujo objeto era o montante da dívida contraída ou os contratos de financiamento antes celebrados, pois o cumprimento dessa condição poderia agravar o quadro de crise financeira e orçamentária que vinha dominando o cenário econômico-financeiro do país.

4.8 Noutra oportunidade (ACO nº 2805), a ministra Cármen Lúcia relatou se tratar de pedido do Estado de Alagoas, com o mesmo objetivo acima, englobando, ainda, a determinação (reputada indevida) de renúncia a quaisquer alegações de direito relativas à referida dívida ou contrato sobre as quais se fundam as ações.

4.9 Ocorre que Alagoas havia obtido no Supremo Tribunal Federal tutela antecipada para reequilibrar os contratos de refinanciamento de sua dívida, adequando-os aos mesmos parâmetros utilizados em ajustes celebrados pela União e outros Estados. Logo, a imposição de desistência da Ação Originária nº 1.726 para que possa refinanciá-la em termos legais mais favoráveis representava uma onerosidade excessiva.

4.10 Eis o que pontuou a ministra Cármen Lúcia, repetindo trecho lançado na ADPF nº 382: “Renunciar a direito que não é apenas do ente federado, mas do próprio cidadão alagoano, discutido em ação judicial, na qual se deferiu a tutela antecipada há de ter motivação jurídica e administrativa, sem para tanto haver argumentos válidos apresentados pela União”. A medida cautelar foi concedida por Sua Excelência.

4.11 A Ministra concluiu: “não pode o direito dar com uma mão e tirar com a outra, quer dizer, oferecer a possibilidade de repactuar a dívida do ente federado com a União para melhorar as condições do ajuste e exigir a piora da situação do contratante, mesmo

quando superado por decisão judicial aquele anterior estado, para obter aquela melhoria, que, assim, sequer tem demonstrada a valia do reajustamento”.²⁰

4.12 Mas qual a facultatividade que um concessionário que está com o seu contrato expirando tem que não seja tentar vê-lo prorrogado? A relação é marcada pela falta de paridade de armas (ou da equivalência de forças) e, dessa forma, demanda um tipo de constructo redacional que não intensifique esse desequilíbrio. A Aneel fez o contrário.

4.13 Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, discorrendo ainda que no plano do processo civil brasileiro, trazem lições luminosas acerca da necessidade de mais paridade de armas nas relações travadas sob a égide do Estado Constitucional, ainda que entre particulares e o poder público. Abaixo, trecho importante nessa linha teórica:

“O direito à igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Estado Constitucional é Estado em que há juridicidade e segurança jurídica. A juridicidade – todos abaixo do direito – remete à justiça, que por seu turno remonta à igualdade. Natural, portanto, que componha o direito ao processo justo o direito à igualdade e à paridade de armas no processo. Como já decidiu o STF, “a igualdade das partes é imanente ao *‘procedural due process of law’*”. Trata-se de direito fundamental que, nada obstante não previsto expressamente na Constituição para o campo do processo, decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental á igualdade perante a ordem jurídica como um todo (art. 5º, caput, da CF). É por essa razão que o CPC de 2015 arrola expressamente o direito à igualdade no processo civil como uma de suas normas fundamentais (art. 7º).”²¹

4.14 Nos muitos casos citados anteriormente, se o contribuinte não aderisse ao programa e, conseqüentemente, mantivesse a judicialização, ele não perderia qualquer condição de existência, apenas não desfrutaria de um benefício. Mas e quanto às

²⁰ Decisão: “defiro parcialmente a liminar, para afastar a necessidade de cumprimento pelo Autor da condição estabelecida no inc. II do § 1º do art. 2º do Decreto nº 8.616/2015, para celebração do aditivo ao contrato de refinanciamento da dívida pública estadual, nos termos da Lei Complementar nº 148/2014, alterada pela Lei Complementar nº 151/2015, sem se exigir desistência de ações judiciais em curso cujo objeto seja dívida ou contratos de financiamento celebrados entre Alagoas e a União”.

²¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 886.

concessionárias no caso deste parecer? Será que há, para elas, esse mesmo nível de facultatividade? Caso não optem, perdem a concessão. Não se trata, exatamente, de uma faculdade, mas de uma condição cuja inadimplência implica no encerramento da concessão pela falta de prorrogação dos seus contratos. É excessivo.

5. A imposição do pagamento de multas para a prorrogação: sanção política

5.1 A Cláusula Décima Oitava da minuta de termo de prorrogação traz a Subcláusula Sexta com a seguinte redação: “A DISTRIBUIDORA declara ter recolhido todas as multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de ação fiscalizatória da ANEEL.”

5.2 A determinação do pagamento de multas reputadas pelo setor (e também por decisões judiciais) como ilegais, é, claramente, uma forma de incremento coercitivo de arrecadação. Não bastasse, essa condição não constou de nenhuma outra prorrogação de concessão de geração, transmissão ou distribuição. Qual a justa razão da distinção?

5.3 O efeito é a criação de uma imunidade – não prevista em qualquer lugar – para os autos de infração da Aneel. Torna certos atos administrativos, ainda que ilegais, soberanos, insindicáveis por qualquer esfera decisória, até mesmo o Judiciário. Não haveria sobre eles qualquer controle de legalidade. É uma blindagem antijurídica.

5.4 Conhecida é a posição do Supremo, firmada no julgamento da ADI nº 7020 (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 06/02/2023), segundo a qual “a criação de embaraços ao exercício de direitos fundamentais, como o livre exercício de atividades profissionais ou econômicas”, com a finalidade exclusiva de obter arrecadação, configura sanção política, “prática inconstitucional que viola os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal”. A iniciativa da Aneel, se não corrigida, ganhará igual destino.

5.5 O STF tem rica e conhecida jurisprudência refutando, com vigor, qualquer tipo de sanção política. Eis a Tese nº 732: “É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária” (RE nº 647.885, Rel. Min. Edson Fachin); Tese nº 31: “É inconstitucional o uso de meio indireto

coercitivo para pagamento de tributo – ‘sanção política’ –, tal qual ocorre com a exigência, pela Administração Tributária, de fiança, garantia real ou fidejussória como condição para impressão de notas fiscais de contribuintes com débitos tributários (RE 565.048, Rel. Min. Marco Aurélio); e Tese nº 856: “É inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos” (ARE nº 914.045, Rel. Min. Edson Fachin).²²

5.6 Há mais. Eis a Sumula nº 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; Súmula nº 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”; e Súmula nº 547: “[n]ão é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

5.7 O Estado não pode dizer ao particular: ou você me paga ou eu te destruo.

6. O comprometimento do núcleo essencial de direitos fundamentais dos particulares representados pela Abradee – Violação do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e da proteção insuficiente)

6.1 Ninguém desconsidera que a Administração Pública pode se valer dos meios alternativos de solução de conflitos. É seu dever fazê-lo, mormente em caráter preventivo. O tratamento jurídico nesse sentido é robusto: arts. 174 do CPC, 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e 1º, 35 e 37 da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação). Apenas para ilustrar, o art. 35, § 4º da Lei de Mediação, aduz que a adesão à transação implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

6.2 É preciso, contudo, que não haja excesso nas condições impostas aos particulares, uma vez se tratar de renúncia a direitos. O Supremo tem reconhecido, à luz do inciso

²² ADI nº 7423 (Rel. Min. Cármen Lúcia): “A suspensão de exercício profissional pelo não pagamento de anuidade do Conselho profissional configura sanção política como meio indireto de coerção para a cobrança de tributos.”

XXXV do art. 5º da Constituição (inafastabilidade da jurisdição), a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleitos ao Poder Judiciário. Contraria a Constituição, por exemplo, interpretação do art. 625-D da CLT pelo qual se reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista.²³

6.3 O STF também entendeu que comando que impunha condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários, representava “barreira ao acesso ao Judiciário” (ADI nº 1.074, Rel. Min. Eros Grau). A Súmula Vinculante nº 28 reputa “inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

6.4 Mesmo políticas robustas de desjudicialização, previstas em lei, não escapam ao escrutínio rigoroso do Supremo. É o caso da possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, prevista na Lei nº 9.514/97.

6.5 Para o STF, ela só é compatível com a Constituição por inexistir afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e do juiz natural (art. 5º, LIII), “posto que se assegura às partes, a qualquer momento, a possibilidade de controle de legalidade do procedimento executório na via judicial. Inexiste, igualmente, violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), tendo em vista que o procedimento extrajudicial que confere executoriedade ao contrato de financiamento imobiliário é devidamente regulamentado pela legislação de regência, não se tratando de procedimento aleatório ou autoconduzido pelo credor”. (Tema nº 982, RE nº 860.631, Rel. Min. Luiz Fux, 2024).

6.6 Há mais. Ao apreciar a cautelar na ADI nº 2545 (2003), a ministra Ellen Gracie entendeu que lei que “condiciona o resgate antecipado a que as instituições de ensino superior ‘não figurem como litigantes ou litisconsortes em processos judiciais em que se

²³ ADI nº 2.139 e ADI nº 2.160, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 19/02/2019.

discutam contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação', afronta a garantia constitucional inserida no art. 5º, XXXV".

6.7 No caso ora em análise, a Aneel está, via termo aditivo de contrato, restringindo o núcleo essencial de direitos fundamentais dos particulares. Para continuar existindo (terem seus contratos prorrogados), as distribuidoras têm que concordar com: (i) que a Abradee renuncie ao MS por ela impetrado discutindo a COSIP, entre outras ações ajuizadas pela concessionária ou pela associação; (ii) renúncia à propositura de ações decorrentes da relação objeto do termo; (iii) desistência das ações anteriores à assinatura do termo aditivo e que com ele conflitem, inclusive as ajuizadas pela Abradee; (iv) renúncia a direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do termo aditivo; e (v) recolhimento das multas decorrentes de fiscalização da Agência que já tiverem trânsito em julgado administrativo (incluindo multas judicializadas pelas distribuidoras), acompanhado da desistência da referida ação judicial. O termo aditivo é quase um ato institucional.

6.8 Quanto ao direito de ação, a Aneel propõe tomar dos concessionários interessados na prorrogação o passado (desistência das ações anteriores à assinatura do termo aditivo e que com ele conflitem e a renúncia, pela Abradee, do MS sobre a COSIP, por exemplo), o presente (renúncia a direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do termo e o recolhimento das multas impostas pela Aneel transitadas em julgado administrativamente) e o futuro (renúncia à propositura de ações decorrentes da relação objeto do termo). É o esvaziamento de um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todos.

6.9 O termo aditivo do contrato de concessão estabeleceria uma imunidade em proveito de uma agência reguladora jamais vista, jamais escrita (e talvez, jamais pensada).

6.10 A Aneel superou o princípio da legalidade, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II).

6.11 Ao impor que a Abradee adote uma postura que prejudica os seus próprios associados, a Aneel tensiona tanto o inciso XVIII do art. 5º (veda a interferência estatal no funcionamento das associações), como o inciso XXI, segundo o qual “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Desmerece, ainda, a alínea “b” do inciso LXX do art. 5º, que diz: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

6.12 Há mais. Em 21 de junho de 2024, entrou em vigor (com a publicação) o Decreto nº 12.068, cujo art. 4º, XI, “b”, diz: “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: XI - autorização para a concessionária exercer outras atividades empresariais e oferecer novos serviços aos usuários, por sua conta e risco, que devem favorecer a modicidade tarifária, nos termos e nas condições previstas na legislação e na regulação da Aneel, observado que: b) 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”. Mas e quanto a todas as relações travadas antes? Por isso, a justa impetração do mandado de segurança pela Abradee sindicando junto ao Judiciário esse ponto.

6.13 Ao colocar condições tão excessivas aos concessionários, a Aneel viola o direito de propriedade, previsto no inciso XXII do art. 5º da Constituição.

6.14 A agência também esvaziou o direito de petição e o primado da inafastabilidade de jurisdição. A alínea “a” do inciso XXXIV do art. 5º dispõe que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O inciso XXXV, por sua vez, diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esses dois dispositivos se desdobram em outros três: “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Estão todos comprometidos.

6.15 Por promover alterações com efeitos retroativos, a minuta de termo aditivo fragiliza a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima. Segundo o inciso XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

6.16 São inconstitucionalidades evidentes. Basta lembrar o ministro Luiz Fux, no RE nº 1.224.374 (DJe 23/09/2022), quando anotou:

“a arquitetura de escolhas conferida por uma política regulatória razoável deve respeitar a autonomia individual ao mesmo tempo em que incentiva comportamentos socialmente desejáveis, prestigiando desenhos normativos que não tolham desproporcionalmente a liberdade decisória dos cidadãos e das empresas²⁴ oferecendo um quadro de opções para que o sujeito exerça seu direito de escolha, ainda que assumindo o ônus de sofrer sanções administrativas”.²⁵

6.17 Ora, qual o respeito pela autonomia individual dos associados da Abradee? Não está, a Aneel, tolhendo desproporcionalmente a liberdade decisória das distribuidoras? Por qual razão não ofereceu opções para que o particular exerça seu direito de escolha, ainda que assumindo o ônus de sofrer sanções administrativas razoáveis?

6.18 São ausências que comprometem o princípio da proporcionalidade, por veicular um tipo de política regulatória abusiva, marcada por excessos que devem ser coibidos.

6.19 Também o STF, pelo ministro Luiz Fux, no RE nº 640.905 (2018), anotou que o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV) tem o intento de “coibir iniciativas dos legisladores que possam impor obstáculos desarrazoados ao acesso à justiça, ao permitir o acesso plural e universal ao Poder Judiciário”. O Ministro concluiu: “a norma que cria entraves ao acesso ao Poder Judiciário, ou que atenta contra os

²⁴ Thaler, Richard. Sunstein, Cass. BALZ, John “Choice Architecture” SSRN April 2, 2010.

²⁵ Sunstein, Cass; Thaler, Richard “Libertarian Paternalism is not an Oxymoron”, University of Chicago Law Review 70, n. 4 (Fall 2003): 1159-1202.

princípios e direitos fundamentais constitucionais, é inconstitucional". Se até o Poder Legislativo deve ser cuidadoso nesse equacionamento, por que não a Aneel?

6.20 Fazendo uma precisa análise do princípio da proporcionalidade, o ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 7331 (redator para acórdão o ministro André Mendonça, 2024), pontuou ser "necessário aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo".

6.21 Sua Excelência anotou que "o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)". Não há, na iniciativa da Aneel, o que o ministro Gilmar Mendes chama de "uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*)". No caso objeto deste parecer, em não havendo correções, pode se estar diante de hipótese de abuso de poder regulatório.

6.22 Em sede doutrinária, o ministro Gilmar Mendes pontuou que "(...) em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade".

6.23 É preciso aferir se há "adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)". Qual o incremento ao interesse público? Qual direito fundamental está ganhando vitalidade? O ministro Gilmar Mendes prossegue:

"O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é simplesmente inadequado (*schlechthin ungeeignet*), objetivamente inadequado (*objektiv ungeeignet*), manifestamente inadequado ou desnecessário (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), fundamentalmente inadequado (*grundsätzlich*

ungeeignet), ou se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*)”.

6.24 O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. A Aneel anteviu outras possibilidades?

“Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.”

6.25 A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, assumiria, segundo o ministro Gilmar Mendes, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.²⁶

6.26 A medida imaginada pela Aneel viola o princípio da legalidade. Em seguida, interfere numa associação (a Abradee) e retira dela a legitimidade de representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, nulificando, passo seguinte, a natureza do mandado de segurança coletivo, um dos mais relevantes e necessários remédios constitucionais do país. Avança também contra o direito de propriedade, o direito de petição e o primado da inafastabilidade de jurisdição. A segurança jurídica é comprometida pela ausência de regras claras de transição. Afasta o direito de ser julgado por autoridade competente, o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa.

6.27 Essas exigências, sem previsão legal, sem regime de transição, e abrangendo passado, presente e futuro, terminam por constituírem formas de cobranças com a utilização de meios gravosos e indiretos de coerção estatal (ARE nº 915.424 AgR, 2ª

²⁶ Curso de direito constitucional, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223/226.

Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 30/11/2015), sem proporcionalidade e razoabilidade (ADI nº 173, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/3/2009), como o STF já decidiu.²⁷

7. Da Segurança Jurídica (proteção da confiança legítima): falta de regime de transição a regular, de forma clara, questões em aberto que nulificam direitos

7.1 O STF, na ADI nº 7704 MC-Ref (2024), sob a relatoria do ministro Flávio Dino, reconheceu o “direito à adaptação, decorrente do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Já na ADPF nº 763 (Rel. Min. André Mendonça, 2022), a Corte Suprema registrou: “Caso não houvesse um hiato funcionalizado à transição dessas orientações normativas, certamente estaria ofendido o princípio da segurança jurídica”.

7.2 É preciso suavizar tamanha mudança. Na Repactuação do Risco Hidrológico (GSF), o art. 2º da Lei nº 14.052/2020, incluiu o art. 2º-B, I, na Lei nº 13.203/2015, condicionando a repactuação à desistência de ações e renúncia ao direito em que se funda a ação. Ao fazê-lo (por lei em sentido estrito), eximiu as partes de honorários advocatícios (art. 2º-B, § 3º): “A desistência e a renúncia de que trata o inciso I do *caput* deste artigo eximem as partes da ação do pagamento dos honorários advocatícios”.

7.3 A segurança jurídica e a proteção da confiança não encontram expressão apenas na Constituição. Além de ser a própria reverberação do Estado de Direito, constam da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), que diz, no seu art. 21, que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. O parágrafo único dispõe: “deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

²⁷ ARE nº 914.015, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 19/11/2015; RE nº 668.195 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/8/2016; ARE nº 917.191 AgR, 1ª Turma, Min. Luís Roberto Barroso, DJe 16/08/2016; ARE nº 921.296 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 15/2/2016; RE nº 787.241 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 25/5/2015; RE nº 550.769, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE nº 434.987, Rel. Min. Carlos Velloso.

7.4 Outros dois dispositivos da LINDB são centrais nesse sentido. São eles:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.²⁸

7.5 Para Gomes Canotilho, “o princípio da segurança jurídica (aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal”.²⁹ Já para Ingo Wolfgang Sarlet, “na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas”.³⁰

7.6 No plano jurisprudencial, está pacificado, no STJ, a partir de emblemático julgamento da Segunda Turma, que não se pode condenar um contribuinte em honorários advocatícios em razão do pedido de desistência por adesão ao parcelamento. A decisão ocorreu no âmbito de um Recurso Especial interposto por Minas Gerais.³¹

²⁸ “Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

²⁹ Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 252.

³⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. v. 39. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53-86.

³¹ “(...) I – Na origem, o contribuinte opôs embargos à execução. Na sentença foi julgado extinto o processo para homologar pedido de desistência do contribuinte em razão de adesão à programa de parcelamento de

7.7 Noutra oportunidade, a Primeira Seção do STJ, no REsp nº 1.143.320³² (Repetitivo nº 400, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/05/2010³³), entendeu que a “condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária”.³⁴

7.8 A ausência de regras de transição que pavimentem um caminho de segurança jurídica e prestigie o primado da proteção da confiança legítima, disciplinando, adequadamente, questões como a proibição de condenação em honorários sucumbenciais contra a Fazenda Pública da União no caso de desistência de ações em curso, é mais uma falha que precisa encontrar, na Aneel, um porto seguro para correções.

8. A indevida restrição, pela Aneel, da atuação de agentes no mercado de comercialização de energia elétrica por pertencerem a um grupo econômico que possui empresas de outros elos da cadeia produtiva

8.1 O mercado de comercialização de energia elétrica é pulverizado, competitivo e livre de riscos concorrenciais. Mesmo assim, a minuta de termo aditivo impede a atuação de comercializadoras de energia parte de grupos econômicos de distribuidoras de

débitos fiscais, com condenação de custas e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. O Tribunal a quo reformou a sentença para excluir a condenação dos honorários advocatícios, sob o fundamento de que configuraria *bis in idem* na hipótese de previsão de pagamento da verba honorária no programa de parcelamento (...). (REsp nº 2.075.544/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe 19/9/24).

³² Para o STJ, quando há previsão de pagamento da verba honorária no momento da adesão ao parcelamento, a imposição de honorários sucumbenciais, seja na extinção da execução fiscal ou dos embargos à execução, configura a repetição da cobrança, sendo indevida nova cobrança da verba sucumbencial. AgInt no REsp nº 1.994.559/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 22/11/2022; AgInt no REsp nº 2.086.336/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, DJe 11/4/2024.

³³ Tese: “A condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Dec.-lei 1.025/69”.

³⁴ 1ª Seção: EREsp nº 475.820/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 15/12/2003; EREsp nº 412.409/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 07/06/2004; EREsp nº 252.360/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 01/10/2007; e EREsp nº 608.119/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 24/09/2007. Turmas: REsp nº 1.006.682/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 22/09/2008; AgRg no REsp nº 940.863/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJe 23/06/2008; REsp nº 678.916/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, DJe 05/05/2008; AgRg nos EDcl no REsp nº 767.979/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 25/10/2007; REsp nº 963.294/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, DJ 22/10/2007; e REsp nº 940.469/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 25/09/2007.

energia. A constituição de barreiras à atuação de determinados agentes de um mercado é iniciativa que já contou com a rejeição pelo Supremo Tribunal Federal.

8.2 No RE nº 1.054.110 (DJe 06/09/2019), o ministro Luís Roberto Barroso pontuou que “em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.³⁵ Essa determinação vale para o Congresso Nacional. Não valeria para a Aneel?

8.3 A Aneel está restringindo a atuação de determinados agentes no mercado de comercialização de energia elétrica pelo mero fato de ele pertencer a um grupo econômico que possui empresas de outros elos da cadeia produtiva. Acontece que o mercado de comercialização energia elétrica no Brasil é um mercado saudável. Há nele: (i) baixa concentração; (ii) agentes com preços para produtos semelhantes, sem poder de precificação superior aos demais; (iii) variação de participação de mercado em razão da contestabilidade (do mercado) por diversos agentes; e (iv) crescimento do mercado, impedindo a estabilidade da participação de mercado dos agentes.³⁶

8.4 Dois dos princípios que regem a ordem econômica são a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do consumidor (art. 170, V). Segundo o § 4º do art. 173, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Enquanto o art. 173 atua de forma repressiva, o art. 174 o faz de modo preventivo, controlando as estruturas de mercado e prevenindo práticas que possam afetar a livre iniciativa. Segundo o art. 219, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Vale frisar: “bem-estar da população”.

³⁵ Tese nº 967: “I - A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação à livre iniciativa e à livre concorrência; II - No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o DF não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF, art. 22, XI).”

³⁶ Como bem anotou a Dra. Polyanna Vilanova, na bem lançada análise concorrencial da Tomada de Subsídios nº 014/2024 (Aneel), atendendo a solicitação de estudo feita pela Abradee.

8.5 Com base nessa consistente presença de comandos constitucionais destinados a combater o abuso de poder econômico, a estimular a liberdade de concorrência, a defender o consumidor e a concretizar a liberdade de iniciativa, o STF, ao julgar o RE nº 1.054.110 (Tema nº 967), entendeu que a chegada de novos entrantes (no caso, no mercado de transporte individual privado de passageiros) (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”.

8.6 Na ADPF nº 449 (Rel. Min. Luiz Fux), o STF firmou a posição de que “a liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletor grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas”.

8.7 Firmou posição ainda no sentido de que “o constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o *Rule of Law* às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas”.³⁷ E concluiu:

“A teoria da escolha pública (*public choice*) vaticina que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição, porquanto um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade.”³⁸

³⁷ Acemoglu, Daron; Robinson, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, das prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

³⁸ Stigler, George. “The theory of economic regulation”. in: The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971).

8.8 Para o ministro Luiz Fux, “o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional”.³⁹ Anotou mais: “O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência *prima facie*, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção”.

8.9 A Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) também rege a matéria. Segundo o § 2º do seu art. 1º, “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”. Eis a redação do § 6º:

“Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros”.

8.10 O art. 2º apresenta os seguintes princípios: “I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.”

8.11 Vale transcrever o art. 4º, na parte em que trata do abuso de poder regulatório:

³⁹ RE nº 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011; RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/2009.

“Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

(...)

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;”.

8.12 Segundo o inciso I do art. 4º-A, é dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a esta Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas “dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos”. Passa da hora de a Aneel, nesse ponto, fazer a coisa certa.

8.13 A dinâmica competitiva do setor, especialmente do mercado de comercialização de energia elétrica, tem abrangência nacional, logo, a imposição de restrições à atuação de determinados agentes econômicos – no caso, as comercializadoras de energia elétrica parte de grupos econômicos de distribuidoras de energia elétrica – pode promover distorções nas condições competitivas do mercado, afetando os demais setores da cadeia produtiva do setor de energia, bem como comprometendo o bem-estar do consumidor final, sem que o interesse público esteja sendo atendido.⁴⁰

9. Respostas aos quesitos

9.1 Passa-se, assim, às respostas aos quesitos que foram objetivamente formulados:

Quesito I - A determinação de que a Abradee renuncie ao mandado de segurança por ela impetrado discutindo a COSIP, tem por fundamento de validade alguma lei? Está prevista, pelo menos, no Decreto nº 12.068/2024?

⁴⁰ Como bem anotou a Dra. Polyanna Vilanova, na bem lançada análise concorrencial da Tomada de Subsídios nº 014/2024 (Aneel), atendendo a solicitação de estudo feita pela Abradee.

Resposta: Não! Socorre-se a Aneel da REN nº 895/2020, que disciplinou um outro tema de modo semelhante. Omite-se em informar, contudo, que essa Resolução não tem como fundamento de validade um decreto (como é o Decreto nº 12.068/2024), mas, sim, uma lei, a Lei nº 13.203/2015, alterada pela Lei nº 14.052/2020, que sancionou o Acordo GSF. O Decreto nº 12.068/2024, nada prevê a esse respeito. O termo aditivo inovará no ordenamento jurídico. Ao impor que a Abradee adote uma postura que prejudica os seus associados, a Aneel tensiona tanto o inciso XVIII do art. 5º (veda a interferência estatal no funcionamento das associações), como o inciso XXI (legitimidade das associações para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente). Desmerece o remédio constitucional que é o MS coletivo.

Quesito II - Há base legal para as seguintes determinações? (i) Renúncia à propositura de ações decorrentes da relação objeto do termo; (ii) Desistência das ações anteriores à assinatura do termo aditivo e que ele conflitem, inclusive as ajuizadas pela Abradee; (iii) Renúncia a direitos preexistentes contra a União relativos à concessão, decorrentes de eventos anteriores à assinatura do termo aditivo; (iv) Recolhimento das multas com trânsito em julgado administrativo decorrentes de fiscalização da Aneel.

Resposta: Não! O termo aditivo assumiu o lugar, dentre as espécies normativas, reservado à lei. E não há facultatividade: ou se assina o termo aditivo tal qual feito ou se perde a concessão (haja vista o impedimento à prorrogação). A minuta de termo aditivo inova primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, regulamenta matéria para a qual inexistente um prévio conceito genérico em sua lei instituidora e cria ou aplica sanções não previstas em lei. Segundo a Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). O primado da legalidade consta do *caput* do art. 37 como sendo um dos princípios da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por fim, a determinação do pagamento de multas reputadas pelo setor (e também por decisões judiciais) como ilegais, é uma forma coercitiva de incremento da

arrecadação. Na ADI nº 7020 (Rel. Min. Edson Fachin), pontuou o STF que “a criação de embaraços ao exercício de direitos fundamentais, como o livre exercício de atividades profissionais ou econômicas”, com a finalidade exclusiva de obter arrecadação, configura sanção política, “prática inconstitucional que viola os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal”.

Quesito III - As determinações acima são condizentes com o rol de direitos fundamentais constante da Constituição Federal, com o princípio da proporcionalidade (na sua vertente proibição do excesso ou da proteção insuficiente) ou, ainda, com a legislação aplicável à espécie?

Resposta: Não! Ao impor condições excessivas aos concessionários, a Aneel viola o direito de propriedade, previsto no inciso XXII do art. 5º da Constituição. A agência esvazia o direito de petição e o primado da inafastabilidade de jurisdição. A alínea “a” do inciso XXXIV do art. 5º dispõe que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O inciso XXXV, por sua vez, diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esses dispositivos se desdobram em outros três: LIII – ser julgado por autoridade competente; LIV - devido processo legal; LV - contraditório e ampla defesa. Todos são comprometidos, além de haver excesso nas condições estabelecidas (o que viola a proporcionalidade).

Quesito IV - Há, nessas imposições, regras de transição que, em nome da segurança jurídica (e da proteção da confiança legítima), disciplinem questões como os efeitos de decisões judiciais afastando a gratuidade COSIP ou a ausência de pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Fazenda Pública da União em caso de desistência das ações?

Resposta: Não! Por promover alterações com efeitos retroativos, a minuta de termo aditivo fragiliza a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima. Segundo o inciso XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a

coisa julgada”. A ausência de regras de transição que enderecem, adequadamente, questões como a proibição de condenação em honorários sucumbenciais contra a Fazenda Pública no caso de desistência de ações em curso é mais uma falha que precisa encontrar, na Aneel, correções.

Quesito V - Há amparo jurídico na vedação da atuação de comercializadoras de energia parte de grupos econômicos de distribuidoras de energia?

Resposta: Não! A Constituição combate o abuso de poder econômico, estimula a liberdade de concorrência, defende o consumidor e concretiza a liberdade de iniciativa. A dinâmica competitiva do setor no mercado de comercialização de energia elétrica tem abrangência nacional, logo, a imposição de restrições à atuação de determinados agentes econômicos – no caso, as comercializadoras de energia elétrica parte de grupos econômicos de distribuidoras de energia elétrica – pode gerar distorções nas condições competitivas do mercado, afetando os demais setores da cadeia produtiva do setor de energia, bem como comprometendo o bem-estar do consumidor final, sem que o interesse público seja atendido. Trata-se de abuso de poder regulatório, vedado pela Lei nº 13.874/2019 (Liberdade Econômica).

É o meu parecer, s.m.j.

Brasília/DF, 02 de dezembro de 2024.



Saul Tourinho Leal⁴¹

OAB/DF nº 22.941

⁴¹ Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt de Berlim. Assessorou a Corte Constitucional da África do Sul e a vice-presidência da Suprema Corte de Israel. É citado, pelo STF, em *leading cases* relativos a direitos fundamentais (ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello: crime de homotransfobia; RE 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli, Tema 761: alteração de gênero no registro civil de trans, sem cirurgia de redesignação de sexo; ADC 41, Rel. Min. Luís Roberto Barroso: cotas raciais; e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto: uniões homoafetivas) e em temas de infraestrutura (ADI's 5608 e 2488, Rel. Min. Celso de Mello: telecomunicações).