

POLÍTICA REGULAÇÃO - 27 de julho de 2022

## A discussão do excludente de responsabilidade na ANEEL

A ANEEL recentemente indeferiu diversos pedidos de excludente de responsabilidade apresentado pelos agentes e determinou, especialmente por meio da 4ª e 18ª reunião, orientações relevantes acerca do tema

Essa não é uma discussão nova e causa grande impacto ao mercado de energia, pois, historicamente, mais de 90% (noventa por cento) dos pedidos de excludente de responsabilidade protocolados pelos agentes não são concedidos pela Agência Reguladora.



ARTIGO  
URIAS MARTINIANO GARCIA NETO,  
ADVOGADO  
Sócio de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano  
Sociedade de Advogados

É incontroverso que esse percentual não é um sinalizador apto a analisar o mérito das decisões proferidas, mas cria um sinal interessante acerca do posicionamento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) sobre o tema, uma vez que algumas decisões não refletem de forma adequada o risco empresarial e não está na álea ordinária.

Pois bem. Segundo a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro álea ordinária ou empresarial, pode ser definida como o risco que *"está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular"*.

Portanto, a assente doutrina classifica a álea ordinária como o risco inerente de qualquer negócio, assim a Agência Reguladora, em suas decisões, deve observar e segregar os riscos assumidos pelos agentes.

Não obstante a necessidade de diferenciar de forma clara o risco do negócio e os argumentos para o reconhecimento da eventual excludente de responsabilidade, a atuação da ANEEL deve ser pautada, nos Princípios Administrativos, dentre eles, se destacam:

(a.1) Princípio da Legalidade: Segundo o Hely Lopes Meirelles *"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso"*, sob pena de prejudicar o Estado Democrático de Direito.

(a.2) Princípio da Segurança Jurídica: é uma das bases mais importantes do nosso ordenamento jurídico, pois garante que a atuação do Estado seja conforme as disposições legais.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello aborda que *"o direito brasileiro propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social e a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma"*.

(a.3) Princípio da Confiança Legítima: Esse princípio nasce na Alemanha e, posteriormente, expande-se para outros países. No direito brasileiro, o Princípio da Confiança Legítima buscar evitar que a Administração Pública quebre as expectativas legitimamente depositadas no Estado, ou seja, a Administração Pública deve atuar buscando a estabilidade, calculabilidade e previsibilidade de seus atos.

Nesse sentido, a ANEEL recentemente indeferiu diversos pedidos de excludente de responsabilidade apresentado pelos agentes e determinou, especialmente por meio da 4ª e 18ª reunião, orientações relevantes acerca do tema. Vejamos:

*a) alteração de Características Técnicas e de Cronograma de empreendimentos outorgados somente quando forem cumpridos os seguintes critérios: (i) Licença de Instalação emitida; (ii) Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão ou Distribuição (CUST) ou (CUSD) assinados; (iii) Obras iniciadas; e (iv) aporte de Garantia de Fiel Cumprimento, nos casos em que haja Transferência de Titularidade ou de Controle Societário dos empreendimentos.*

*b) processo punitivo de empreendimentos que possuam Licença Ambiental de Instalação e Contratos de Uso do Sistema assinados, mas que estejam descumprindo o cronograma de implantação.*

*c) a ANEEL entendia oportuno alterar o cronograma de implantação de empreendimentos que não comercializaram energia no ACR mesmo sem a caracterização de excludente de responsabilidade, desde que isso não significasse alocar custos a demais participantes do setor, como consumidores ou demais geradores. Entretanto, considerando-se o cenário atual em que há centenas de pedidos de outorgas com posterior solicitação de alteração de cronograma, muitas vezes motivada pela busca dos agentes na manutenção do direito ao desconto das tarifas de uso dos sistemas de transmissão – TUST e de distribuição – TUSD, a ANEEL revisitou o seu entendimento. Isso porque sucessivas alterações com posterior alteração das datas de início dos Contratos de Uso dos Sistemas de Transmissão – CUST poderiam implicar em alocação de custos a terceiros.*

Ocorre que, em que pese a busca da ANEEL por um setor elétrico seguro, o não reconhecimento de excludente de responsabilidade, cujo fato gerador, por exemplo, seja o Caso Fortuito e Força maior, causado pela Pandemia do Novo Coronavírus, pode não refletir de forma correta as disposições legais sobre o tema, uma vez que, em diversos casos, a COVID-19 acarretou impacto relevante pela ausência de insumos; aumentos desproporcionais dos custos; dificuldade na contratação de mão de obra; e atraso na obtenção de licenças, inclusive reconhecido pela Agência Reguladora anteriormente.

É essencial destacar que a própria ANEEL reconheceu, por meio da Resolução Autorizativa ANEEL nº 8.926/2020, a possibilidade de postergar em até 4 (quatro) meses os prazos de entrada em operação comercial dos empreendimentos de transmissão de energia elétrica, em decorrência da Pandemia do Novo Coronavírus.

Nesse cenário, é de grande valia que a análise de eventual excludente de responsabilidade pela Administração Pública seja criteriosa, mas deve observar as situações fáticas, pois atribuir aos agentes medidas e riscos em descompasso com o risco empresarial, além de afastar o investimento nacional e estrangeiro no setor, impõe a necessidade da interferência do Poder Judiciário.

Ou seja, eventual posicionamento conflitante da Administração Pública fomenta o ingresso de medidas judiciais.

No que tange ao ingresso de eventuais medidas judiciais, é essencial que os agentes atuem de forma estratégica (fundamentos, impactos e precedentes), pois no ano de 2021 foi possível verificar que a aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) das decisões judiciais proferidas pela Seção Judiciária do Distrito Federal em conflitos ajuizados entre agentes setoriais em face da ANEEL foram favoráveis à Agência Reguladora.

Portanto, em que pese esse dado seja quantitativo e tenha grande influência do impacto das judicializações setoriais vividas nos últimos anos, a estratégia a ser adotada pelos agentes setoriais deve considerar tal cenário, ainda, que seja necessária a interferência do Poder Judiciário e a robustez do pleito desses agentes.

Nessa linha, o livro A legalidade da interferência do poder judiciário nas decisões de competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL aborda que “a conclusão inarredável é que, como já apontado, o Poder Judiciário poderá apreciar os atos administrativos das Agências Reguladoras desde que observe os limites constitucionais e legais estabelecidos, ou seja, para os atos vinculados exercerá a análise de todos os aspectos do ato administrativo e nos atos discricionários a análise do Poder Judiciário está limitada aos requisitos previstos pela lei, respeitando a discricionariedade da Administração Pública”.

Deste modo, para buscarmos um desenvolvimento pleno e sólido do setor elétrico, é importante que a ANEEL ao apreciar os pedidos de excludente de responsabilidade leve em consideração (a) a alocação adequada dos riscos; (b) a existência de fundamentos jurídicos e provas apresentadas no Procedimento Administrativo demonstrando a ausência de culpabilidade do agente setorial; e (c) as disposições legais, doutrinária e a jurisprudência sobre o

tema, sendo que, em contrapartida, os agentes setoriais devem (i) detalhar a ocorrência do evento e produzir provas (inclusive produção de prova antecipada) demonstrando o impacto; (ii) demonstrar o nexo de causalidade; e (iii) os impactos oriundos de tal evento (inclusive no caso do indeferimento do pleito apresentado).

***Urias Martiniano Garcia Neto (urias@tomasa.adv.br) é sócio de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados.***