

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 63 DA ANEEL - APLICAÇÃO DE MULTA POR ENTIDADE REGULADORA EM PERCENTUAL SUPERIOR AO PREVISTO EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Marcos Juruena Villela Souto *

Resumo. O texto examina a possibilidade de agência reguladora expedir norma alterando o limite percentual da penalidade de multa prevista em cláusula de Contrato de Concessão anterior à sua criação.

Abstract. The text examines the possibility of a regulatory agency change the percentage of penalty written in a contract signed before its creation.

Palavras-chave: regulação – concessão – penalidade

Keywords: regulation – concession - penalty

Introdução

- 1. Visão global do contrato de concessão**
- 2. O advento do Estado Regulador**
- 3. As conseqüências da alterabilidade das cláusulas contratuais**
- 4. Visão global da norma regulatória**
- 5. A atribuição de competência à ANEEL pela Lei nº 10.848/2004**
- 6. A interpretação das normas**
 - 6.1. O plano da existência do ato regulatório**
 - 6.2. O plano da validade do ato regulatório**
 - 6.2.1. Competência para a edição do ato normativo regulatório**
 - 6.2.2. Objeto do ato normativo regulatório**
 - 6.2.3. A forma para a edição do ato regulatório**
 - 6.2.4. A motivação do ato regulatório**
 - 6.2.5. A finalidade do ato regulatório**
 - 6.3. Eficácia e abrangência do ato regulatório**
- 7. O impacto da norma impositiva de penalidades sobre o equilíbrio do contrato**
- 8. Requisitos do ato fiscalizatório**

Conclusão

* Professor de Direito Administrativo Regulatório do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes; Doutor em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho; Professor Visitante da Universidade de Poitiers – França.

Introdução

Cuida-se de examinar a possibilidade de a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL expedir norma alterando o limite percentual da penalidade de multa prevista em cláusula de Contrato de Concessão geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Isto porque a ANEEL expediu a Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, que aprova **procedimentos** para **regular** a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, editada em decorrência de suas atribuições de fiscalização das instalações e serviços de energia elétrica, a apuração de infrações e aplicação de penalidades.

A **finalidade** declarada na norma foi adequar, rever e atualizar os **procedimentos** para apurar infrações, impor penalidades, **definir competências entre a Diretoria da ANEEL e o Poder Concedente**; no âmbito da Agência, o objetivo foi **disciplinar o processo punitivo** de competência das Superintendências de Fiscalização e aquele desenvolvido no âmbito das Agências Estaduais Conveniadas. **Também se cuidou da compatibilização de procedimentos recursais** no âmbito da ANEEL e de critérios para atualização do valor das multas aplicadas pela fiscalização.

Em seu artigo 14, a resolução previu multa de até 2% sobre o faturamento do agente. Confira-se o dispositivo:

Art. 14. *Sem prejuízo do disposto em regulamento específico ou contrato de concessão, os valores das multas serão determinados mediante aplicação,*

sobre o valor do faturamento, nos casos de concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, ou sobre o valor estimado da energia produzida, nos casos de auto-produção e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração, dos seguintes percentuais:

Grupo I: até 0,01% (um centésimo por cento);

Grupo II: até 0,10% (dez centésimos por cento);

Grupo III: até 1% (um por cento);

Grupo IV: até 2% (dois por cento).

Ocorre que as desestatizações no Brasil ocorreram antes da criação da ANEEL e há contratos de concessão firmados com a União Federal em datas anteriores à norma da ANEEL, que estabelecem limites bem inferiores a esse.

Assim, a abordagem do tema partirá de uma visão conceitual acerca do contrato de concessão, destacando sua característica, como contrato administrativo que é, de **receptividade de normas externas ao contrato**.

Nesse passo, serão examinadas as normas que podem ser recebidas pelo contrato, para, em seguida, abordar as **condições de existência, validade e eficácia do ato normativo**, em especial, o momento e a abrangência dessa receptividade e da conseqüente efetividade da norma incorporada ao contrato de concessão.

Para tanto, cuidar-se-á de citar as datas de aprovação das leis alteradoras do marco regulatório do setor elétrico.

1. Visão global do contrato de concessão

O contrato de concessão é um exemplo clássico de **contrato administrativo**, que, como tal, difere dos contratos de direito comum pela sua finalidade de constante adequação ao atendimento de um interesse público específico – no caso em exame, a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Para atendimento de sua finalidade, o contrato administrativo se caracteriza pela **mutabilidade** de suas cláusulas. Essa mutabilidade se torna ainda mais relevante e freqüente nos contratos de longo prazo, tal como é o caso da concessão de serviço público. Afinal, a busca da **eficiência** do serviço exige uma constante **atualização nas regras de prestação do serviço**.

A mutabilidade do contrato administrativo é instrumentalizada pela presença de cláusulas que o distingue dos contratos privados, denominadas cláusulas exorbitantes¹, entre as quais (e no que interessa ao caso em exame), vale citar a prerrogativa de a **Administração contratante** promover a **alteração unilateral das cláusulas de serviço** – nas quais se traz o

¹Remarque-se, aqui, a posição doutrinária no sentido de que, numa era da primazia da consensualidade no desempenho da atividade administrativa, tais exorbitâncias não devem permear acriticamente todos os contratos administrativos; ao revés, tais modulações contratuais só se justificam em casos em que haja necessidade da prevalência do interesse público, o que exigiria uma justificação para a sua adoção, como bem ressalta FLÁVIO AMARAL GARCIA: Existe a necessidade, no futuro, de se repensar as cláusulas exorbitantes que não se encontram alinhadas com a moderna visão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A sua utilização indiscriminada em todo e qualquer contrato administrativo pode trazer mais prejuízos (aumenta-se o risco, aumenta-se o preço) do que propriamente benefícios; daí a necessidade de se examinar quando e em que casos essas cláusulas são estritamente indispensáveis. (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos (casos e polêmicas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.53).

regramento e a metodologia para a prestação do serviço público – aqui, o serviço de distribuição de energia elétrica aos usuários.

Pois bem, para a **eficiência** na prestação do serviço, as regras para o seu atendimento são caracterizadas por um intenso grau de **tecnicidade**.

Em síntese, a **incorporação de normas externas ao contrato de concessão**, como meio de sua constante atualização em benefício do usuário, decorre do reconhecimento inicial de haver uma relação triangular no contrato de concessão – posto que, além das partes signatárias (concedente/concessionário), há um destinatário, que é a razão da existência do serviço e do próprio contrato.

Ocorre que, não raras vezes, as **normas técnicas** são emanadas de **agentes externos** ao contratante.

A **separação entre decisões políticas e decisões técnicas**, especialmente com vistas à **segurança jurídica** dos investidores privados com os quais se busca contratar por meio de concessão, tem estimulado o surgimento de estruturas na Administração Pública encarregadas de implementar tecnicamente decisões de natureza política contidas na lei².

A preocupação em torno do princípio da segurança jurídica, na era da regulação, está centrada na proteção contra a surpresa na constante alteração de regras.

² Tanto que a Lei nº 8.987, de 13.2.1995, sob cuja égide foi firmada a concessão em exame, desde o seu artigo 1º é clara ao dispor que o contrato é regido pelas normas **legais** e pelas suas **cláusulas**.

Surge, então, a figura do Estado Regulador³, sob a inspiração dos **princípios da eficiência e da segurança jurídica**. O Estado deixa de ser o executor direto das ações voltadas ao atendimento do interesse público, mas disciplina, tecnicamente, como esse interesse vai ser concretizado com eficiência.

2. O advento do Estado Regulador

Com o surgimento da **regulação como instrumento de normatização técnica da prestação do serviço**, tem-se, aí, um mecanismo de preservação da **atualidade do contrato** de longo prazo (a nova noção de *pacta sunt servanda*), evoluindo-se da relação triangular para um modelo de **relação quadrangular da concessão** – concedente/concessionário/usuário/regulador⁴.

Em alguns setores, notadamente no setor elétrico, não faltaram críticas à desestatização sem a concomitante presença de um agente regulador – imparcial.

³O modelo de Estado Regulador é assim definido por CAIO TÁCITO, como uma decorrência da reestruturação das funções do Estado ocorrida, no Brasil, em meados da década de 90: O modelo de administração a que se propõe o atual Governo guarda originalidade e se filia a uma objetiva experiência nacional. Contudo, ainda que sob inspiração diversa e diversa motivação, a Reforma Administrativa brasileira guarda relativa identidade de objetivos com equivalente política norte-americana, consolidada em lei de 1993 – *Government Performance and Results Act* – que, após cinco anos de implantação, começa a produzir frutos em caminho que se aproxima dos objetivos da administração gerencial, ambicionada pela reforma brasileira. Guardadas as profundas diferenciações culturais e constitucionais, a reforma norte-americana visa igualmente à adoção de planos estratégicos e à avaliação periódica de resultados de modo a alcançar objetivos de eficiência e produtividade, notadamente pela atualização do modelo de agências reguladoras independentes, com históricas raízes, em 1887, na *Interstate Commerce Commission* (TÁCITO, Caio. **Prefácio da obra *Da Reforma Administrativa do Estado* de Jessé Torres Pereira Júnior**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.2).

⁴Esta nova configuração da regulação dos serviços públicos é bem observada por GASPAR ARIÑO ORTIZ: Para que la regulación pueda cumplir las funciones anteriormente expuestas, es condición indispensable el establecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados. (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Madrid: Granada, 1999, p.591)

A criação da ANEEL deu-se em 26 de dezembro de 1996 pela Lei nº 9.427; após, portanto, a celebração do contrato de concessão da LIGHT, em 04 de junho de 1996.

Isso traz algumas dificuldades de ordem prática, que serão aqui examinadas.

Por ora, o fato é que a agência reguladora, como estrutura que personifica a **função de normatização técnica do serviço**, tem legitimidade para editar normas técnicas, que, por isso, se incorporam ao contrato e, conseqüentemente, atualizam as **técnicas de prestação do serviço** nele previstas. Em outras palavras, o regulador interpreta tecnicamente o conceito de eficiência, que, em matéria de serviços públicos, abrange a tradução dos elementos concretizadores e densificadores dos princípios da generalidade, cortesia, regularidade, segurança, continuidade, atualidade e cortesia – todos previstos no art. 6º da Lei nº 8.987/95.

O setor elétrico ainda teve mais uma peculiaridade: é que, além de a agência reguladora ter sido criada após as privatizações de empresas estatais, a ANEEL surgiu com competência não limitada à edição de normas técnicas, mas, também, para tomar a decisão sobre a celebração dos contratos de concessão e sobre as respectivas cláusulas.

Esse detalhe temporal é relevante, posto que há vários contratos de concessão que não foram firmados com a ANEEL – que, como visto, surgiu depois e **só a partir da sua instituição passou a exercer o poder concedente**; portanto, só a partir dali poderia **dispor sobre cláusulas tipicamente contratuais** – mesmo assim, já houve modificação nessas

competências, tendo sido retomado o poder concedente pela Administração Central, que pode delegá-lo à ANEEL – vide art. 3º da Lei nº 9.427/1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004⁵ – anterior à resolução.

O fato é que, quando se está diante de uma agência reguladora sem poder concedente, a característica do regramento é a imparcialidade da regulação e **a impossibilidade de a regulação substituir o poder concedente** – em síntese, como é cediço, a agência implementa decisões políticas, mas não cria novas políticas públicas. Sua função é de interpretar princípios para atualizar e orientar tecnicamente a execução dos contratos de concessão – mas, não, alterá-los ou agravar os seus termos sancionatórios.

3. As consequências da alterabilidade das cláusulas contratuais

Como dito, as **cláusulas de serviço podem ser alteradas unilateralmente** pelo concedente; normas externas ao contrato, desde que assim autorizado em lei e com a concordância do poder concedente – isto é, com previsão no contrato –, podem **atualizar as técnicas para a eficiência na execução do serviço delegado**.

Uma decorrência natural da **alteração das cláusulas de serviço** é a imposição da **revisão** da remuneração da concessionária, como instrumento

⁵Art. 3º - Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

I - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes **aprovadas pelo Poder Concedente**, os procedimentos licitatórios **para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos**; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004).

de preservação do equilíbrio do contrato⁶. Diante da criação de encargos ou obrigações surge o dever de revisão dos proveitos da concessionária, para preservá-los em função dos novos custos.

De outro lado, as cláusulas econômicas não podem ser alteradas unilateralmente, dependendo, pois, do consentimento do contratado (a isso se voltará adiante).

As normas que podem produzir efeito sobre o contrato de concessão têm sede legal, contratual, regulamentar ou regulatória; mas em todo e qualquer caso, impõe-se o **fundamento legal das demais normas** – contratual, regulamentar, regulatória.

Não é demais lembrar que uma norma é representada por um **comando** dotado de uma **sanção**, que estimule o seu cumprimento.

Portanto, se uma norma se incorpora ao contrato administrativo de concessão de serviço público, ela deve ser qualificada como uma norma de **serviço** ou como uma norma **econômica**.

As primeiras podem ser alteradas unilateralmente, mas exigem a revisão do contrato, para preservar-lhe o equilíbrio; as segundas exigem o consenso. Em ambos os casos, está-se diante de **condições de efetividade das normas** – ou seja, tais normas, internas ou externas ao contrato, só podem produzir efeitos uma vez **implementadas as condições de sua efetividade** (a isso se voltará adiante).

⁶ Tal determinação vem expressa no artigo 65, § 6º, da Lei nº 8.666/1993: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato **que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.**

4. Visão global da norma regulatória

Com a criação da agência reguladora, assume ela um papel fundamental na **fiscalização técnica** da execução do contrato de concessão de serviço público, tendo, pois, como dito, legitimidade para a edição de normas sobre a fiscalização do contrato.

Essa legitimidade abrange a edição de normas sobre o **procedimento fiscalizatório** e, ainda, sobre o **procedimento sancionatório** para a aplicação de penalidades administrativas ou contratuais. Ainda nesse tema, a legitimidade também envolve a edição de normas para recursos, ajustes de conduta, execução e parcelamento de penalidades.

Registre-se que a entidade reguladora deve dar **preferência às soluções consensuais para a resolução de conflitos** com os agentes regulados, de modo que a aplicação de uma penalidade leve em consideração a ponderação entre os custos e benefícios da medida, sob os auspícios do **princípio da proporcionalidade**. Tudo isso para garantir uma visão prospectiva das conseqüências da penalidade, que gere resultados eficientes no setor regulado⁷.

⁷Nesse sentido, já se teve a oportunidade de expor que: A partir de uma decisão regulatória, a agência reguladora, sopesando custos e benefícios, fixa um entendimento acerca do que deve ser a correta conduta ou o resultado eficiente, não apenas das partes conflitantes, mas de todo o segmento regulado. Portanto a decisão regulatória judicante é voltada para o futuro e não para o passado; ela é voltada para todo o segmento regulado e não apenas para aquelas partes em conflito e, assim, deve ponderar sobre o impacto que aquela decisão vai gerar não só sobre as partes, mas sobre todo o segmento regulado. Em função dessa ponderação é que a decisão regulatória pode optar por substituir uma eventual penalização de uma das partes, pela utilização de mecanismos que atendam ao Princípio da Proporcionalidade, buscando outras técnicas que, não necessariamente, a mais grave, de sanção (de multa, intervenção ou liquidação judicial ou extrajudicial), mas pela via de acordos substitutivos (Termos de Compromisso e Termos de Ajuste de Conduta, por exemplo). Sempre existe a possibilidade da sanção, fruto da regulação, ser substituída por uma medida que, na ponderação de custos e benefícios,

Note-se, ainda, que alterações unilaterais devem levar em consideração o impacto na prestação adequada do serviço; afinal, a satisfação dos usuários se apresenta com uma das principais finalidades da regulação dos serviços públicos.

Claro que tudo isso pressupõe a **competência** para a edição de normas sobre a execução do serviço.

O problema, não enquadrável com simplicidade na teoria geral dos contratos administrativos, envolve a **legitimidade** para prever penalidades, seja por descumprimento de **obrigações contratuais**, seja pelo inadimplemento de **normas regulatórias**, diversas das previstas no contrato.

Em síntese, é pertinente a dúvida acerca da ausência de legitimidade para alterar o contrato, agravando as penalidades nele previstas.

5. A atribuição de competência à ANEEL pela Lei nº 10.848/2004

A dúvida eventualmente existente, em decorrência da redação original da Lei nº 9.427/1997, poderia ter sido, parcialmente, espancada pelo advento da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Ali foi alterado o artigo 3º, inciso X da Lei nº 9.427/1997, para prever a competência, em favor da ANEEL, de fixar

na visão prospectiva que deve ter o regulador (voltado para o futuro impacto da decisão no mercado e não para o passado, da origem do conflito) vai representar a tradução técnica da melhor solução para o mercado e não apenas para o conflito. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp 196-197).

multas “administrativas” aos concessionários, permissionários, autorizatários, observado o limite de dois por cento do faturamento.

Não ficou claro o intuito. Afinal, multas “administrativas” não são sinônimo de multas “contratuais”. A **responsabilidade administrativa** difere da **responsabilidade civil contratual**. São **domínios distintos**, que, como se insistirá adiante, não se anulam, mas, ao revés, se completam.

O fato é que dessa norma teria surgido o fundamento legal para a edição da Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004⁸.

6. A interpretação das normas

O exame da possibilidade de receptividade da norma da ANEEL ao contrato de concessão exige uma abordagem prévia sobre a existência, validade e eficácia das normas, em especial, as regulatórias.

6.1. O plano da existência do ato regulatório

No plano da existência prepondera, de início, um aspecto **formal** do ato da entidade da Administração. Assim, em princípio, um ato normativo existe se foi materialmente exteriorizado, por meio de autoridade competente e aparenta a forma prescrita em lei, especialmente após a sua publicação.

⁸ Neste diploma foram estipuladas as penalidades de advertência, multa, embargo de obras, interdição de instalações, suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como o impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica, revogação de autorização, intervenção administrativa, caducidade da concessão ou da permissão. As penalidades são aplicadas a condutas que afetem, diretamente, a relação do concessionário com os usuários, bem como a adequada prestação do serviço público.

Em síntese, não se pode dizer inexistente um ato emanado de autoridade administrativa, assinado e publicado.

Exemplo de atos inexistentes pode se ter quando o ato não vem assinado, ou quando o agente não foi investido de função pública, ou quando ele é exteriorizado verbalmente.

Daí não ser comum essa discussão no Direito Administrativo, que pouco se “ocupa” da distinção entre atos inexistentes e nulos – o que, de resto, não é relevante para o caso em exame.

A aparência meramente formal de ato gera uma presunção de sua existência válida, que, contudo, pode ser desfeita num exame mais aprofundado, acerca dos seus elementos.

6.2. O plano da validade do ato regulatório

Nesse exame, impõe-se verificar preenchimento dos requisitos de legalidade do ato da Administração⁹.

6.2.1. Competência para a edição do ato normativo regulatório

A **competência**, no caso em exame, assume particular importância, já que se cuida de **avaliar se a norma tem caráter contratual ou regulatório**, o que interfere, diretamente, no **objeto possível da norma**.

⁹ Os requisitos são os previstos no artigo 2º da Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965, que disciplina a “Ação Popular”, a saber: Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

O artigo 29, inciso I, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹⁰ prevê, expressamente, a possibilidade de o **poder concedente** exercer a função **fiscalizatória** da concessão, **aplicando as penalidades** regulamentares e contratuais. Essa foi a competência que inspirou os contratos de concessão firmados pela União Federal (quando sequer existia a ANEEL).

Logo, a imposição de **penalidades** por descumprimento do **contrato** é tema de **competência** típica do **concedente** (e não do regulador).

Resta, pois, analisar qual o teor da competência atribuída pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998¹¹, que alterou o art. 3º, X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Inegável a **cumulatividade de competências entre o concedente e o regulador**.

Destarte, a primeira consequência lógica é no sentido de que o **regulador não poderia usurpar ou contrariar competências do concedente**.

Como se isso não fosse evidente para o caso em exame – em que o concedente não foi a ANEEL –, à época da edição da resolução normativa, a ANEEL já não tinha mais a competência legal para exercer o poder concedente (competência essa que lhe fora atribuída pela redação original da sua lei criadora).

¹⁰ Veja-se o dispositivo: Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.

¹¹ Registre-se, por relevante, que tal diploma teve origem por reedições da Medida Provisória nº 1.531

Logo, **as competências, do regulador e do concedente, são distintas**, mas se completam – e não, como um primeiro exame poderia sugerir, se anulam ou se chocam.

Nesse passo, o regulador tem competências para dispor sobre regras relacionadas à formatação do segmento regulado, em especial no que concerne às questões ligadas à concorrência, ao monopólio natural sobre as redes envolvidas, aos conflitos entre os agentes econômicos, entre estes e os usuários e consumidores, enfim, tudo aquilo que não diga respeito às competências do concedente para formatar o contrato de concessão, nos termos da Lei Geral de Concessões e da própria legislação do setor elétrico, que não atribuía (à época da contratação) nem atribui (após a Lei nº 10.848/2004) o poder concedente à ANEEL.

O regulador tem ainda, como dito, competência para estabelecer normas técnicas que explicitem e orientem a correta interpretação sobre a eficiência na prestação dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica – as técnicas sobre gestão e manutenção de redes subterrâneas são exemplo disso.

Também tem competência para baixar normas sobre procedimento fiscalizatório sancionatório e recursal – com os correspondentes formatos de execução, parcelamentos ou ajustes de conduta.

Mas a norma procedimental é adjetiva, instrumental, enquanto a penalidade em si é norma substantiva, material – aqui, na inequívoca competência do concedente para dispor sobre as obrigações contratuais e conseqüente responsabilização (contratual).

Não pode o regulador, sem deter o poder concedente, intervir, declarar a caducidade ou impor multas contratuais que extrapolem os limites do contrato.

6.2.2. Objeto do ato normativo regulatório

Em resumo, não sendo o concedente, não pode a ANEEL alterar o contrato; pode, como dito, editar outras normas – técnicas e regulatórias – que atualizam e orientam tecnicamente a execução do contrato, interpretando o conceito de eficiência (mas a consequência da violação do dever de eficiência é infração contratual, definida no contrato).

Isso, como dito, interfere diretamente no **objeto possível do ato regulatório**.

Ou seja, **o ato normativo regulatório não pode ter por objeto atos que não sejam de competência do regulador** – tais como aqueles que sejam da competência do concedente; a insistência é relevante, para não se interpretar que a lei que atribuiu poderes ao regulador para instituir penalidades teria outorgado competências para agir em nome do poder concedente, substituindo normas por ele editadas.

Na verdade, como dito, as penalidades que a ANEEL pode prever envolvem o descumprimento de **normas que organizam o segmento regulado**, tais como acima mencionado – normas concorrenciais, solução de conflitos entre competidores, entre fornecedores, entre destinatários do serviço, uso da infra-estrutura etc.

Normas sobre o descumprimento do contrato devem ter sede **contratual** e respeitar aquelas previstas na Lei Geral de Concessões, que atribuem **competência ao poder concedente** – que, no caso, não é e não foi a ANEEL (perdoe-se a insistência).

6.2.3. A forma para a edição do ato regulatório

Outro elemento do ato normativo é a **forma**, especialmente no que concerne ao **procedimento legal** para a sua edição.

É sabido e previsto em lei que os atos das agências reguladoras, em especial da ANEEL, que atinjam direitos de terceiros, devem ser precedidos de audiência pública¹²; afinal, a regulação nada mais é do que uma **metodologia de ponderação de interesses**, com o uso de **fundamentos técnicos** voltados ao **funcionamento eficiente** de um segmento de atividades.

No caso de um serviço público, o atendimento do dever de eficiência exige uma conciliação entre os princípios que orientam a sua prestação, a saber, a generalidade, a atualidade, a regularidade, a continuidade, a cortesia e a modicidade (que, em última instância, é o princípio que torna os serviços acessíveis aos destinatários); ou seja, quanto mais encargos de regularidade, atualidade e cortesia impostos, maior será o valor da tarifa e, com isso, maior será o risco de acessibilidade – o que pode afetar a prestação do serviço, especialmente se os recursos destinados aos investimentos forem direcionados

¹² Vide Lei nº 9427/1996, artigo 4º, §3º: Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL

para o pagamento de multas em percentuais superiores aos planejados e previsíveis no momento da contratação.

Daí a indispensável **ponderação** entre todos os princípios envolvidos, especialmente quando em jogo a atribuição de **encargos**¹³.

O caso em exame é um exemplo típico disso. Elevar o limite máximo de aplicação de penalidades poderia representar um estímulo à eficiência e à

¹³ Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que o regime de aplicação das multas nas concessões de serviços públicos é diverso dos contratos administrativos comuns, tendo em vista o regime de parceria que deve reger a relação entre concessionário e Poder Concedente: Já na concessão de serviço público, a imposição de multa não afeta os valores desembolsados pelo Estado- eis que, na concessão, o Estado não arca com valor algum. O cunho punitivo da imposição permanece, mas com uma dimensão de gravidade superior. É que o particular não receberá valor global ao final da obra. Ele depende de anos e anos de exploração para recuperar seus investimentos e obter lucro. O valor desembolsado a maior pelo concessionário, a título de multas, reflete-se na redução das verbas disponíveis para realizar o interesse público. Ou seja, a multa traduz-se em ampliação do risco de insucesso da prestação do serviço público sob a modalidade da concessão. Em última análise, a multa repercute sobre a qualidade do serviço público prestado, o que representa uma enorme contradição com o fim que norteia a competência fiscalizatória estatal. Quando se vale da multa, o poder concedente amplia a probabilidade de agravamento dos problemas verificados, antes do que obter o resultado oposto. Num contrato administrativo comum, o particular tem por único objetivo a percepção da remuneração decorrente da execução da sua prestação. Se o Estado fará bom uso das utilidades a ele transferidas em virtude da execução contratual, isso é questão alheia ao âmbito de cogitações do particular contratado. Em última análise, o Estado é o agente principal da promoção do bem comum, quando se trata de contratos comuns. A situação é radicalmente diversa quando se enfoca uma concessão de serviço público. A diferença está em que o particular apenas extrairá algum lucro na medida em que se desenvolva atividades satisfatórias para o interesse público, ao logo do tempo. Lembre-se que o custeio de todos os investimentos necessários à implantação da obra não sai dos cofres públicos, mas do patrimônio do concessionário. A recuperação do investimento não se fará por meio do recebimento, ao final da obra, do valor integral pago pela Administração Pública, mas dependerá do desempenho adequado e satisfatório por parte do concessionário ao longo do tempo. Isso tudo impõe o reconhecimento de diversos limites à imposição das multas, no âmbito das concessões de serviço público. As peculiaridades existentes nesse campo não se verificam no tocante aos contratos administrativos comuns. A Administração tem o dever de colaboração com o concessionário particular, em uma espécie de contrapartida daquilo que se pretende deste último. Assim como a natureza da função pública desempenhada pelo concessionário exige a funcionalização da sua atividade privada, também as competências estatais devem ser exercitadas segundo o mesmo postulado. Ou seja, também a Administração deve gerir a execução do contrato tomando em conta que o particular atua em prol da realização do interesse público. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, PP. 466-467).

prevenção de falhas. Contudo, com isso, há nítido **impacto nos custos de prestação dos serviços**, o que precisa ser ponderado; afinal, como dito, pode afetar a própria prestação adequada do serviço público, especialmente se retirar recursos, além dos calculados, que poderiam ser direcionados para investimentos.

6.2.4. A motivação do ato regulatório

Essa ponderação só é viável se há registro das contribuições, durante o processo de audiência pública e, a partir daí, se desenvolve, no âmbito do regulador, um processo de valoração técnica dos interesses ponderados, com exposição dos motivos de rejeição das contribuições.

Não se tem motivação expressa na norma em exame acerca da observância de tal metodologia procedimental.

Por óbvio, a **motivação** de eventual rejeição das contribuições deve ser **técnica** – já que a tecnização, como visto e sabido, foi a razão de surgimento das agências.

Na hipótese em exame, a aparência da norma não traz tais informações de modo a deixar o interprete seguro de ter havido audiência pública e dela terem sido extraídas as **considerações, valorações e motivações** exigidas para a edição do ato regulatório.

Além de tais aspectos formais, integra a motivação um dever de razoabilidade, que é uma condição de validade da norma; no caso em exame, deve ser representada por **um equilíbrio entre comando e sanção**, que se traduz sob o signo da **proporcionalidade**.

É, pois, da essência da atividade regulatória a emanção de atos sob orientação do princípio da proporcionalidade¹⁴.

Destarte, se a definição de norma traz a idéia de um comando dotado de coercitividade, que representa um estímulo ao seu cumprimento¹⁵, é preciso que se preserve o equilíbrio entre o comando e o estímulo – o que interfere na formação da própria norma contratual.

Logo, se o estímulo ao cumprimento do comando (encargo materializado sob a forma de penalidade) aumenta, deve haver a correspondente elevação do benefício (remuneração do destinatário da norma, por meio da tarifa). Assim, ainda que a norma sancionatória se incorporasse automaticamente à concessão, ela deveria vir acompanhada da correspondente revisão do contrato, como condição para a produção de efeitos.

6.2.5. A finalidade do ato regulatório

¹⁴Sobre a necessária observância do princípio da proporcionalidade na atividade regulatória, veja-se JORGE EDUARDO BUSTAMANTE: *Como las regulaciones tienen un costo elevado, tanto en materia de restricción de la competencia como en materia de egresos públicos (o aportes compulsivos), el punto clave que debe analizarse es si dicho costo se justifica en función de los beneficios reales obtenidos. En este sentido, es fundamental incluir en esta evaluación la existencia de un verdadero control de calidad, seguridad o idoneidad por parte de los organismos previstos en la regulación, frente a la disponibilidad de mecanismos de mercado alternativos.* (BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. **Desregulación: entre el derecho y la economía.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 25)

¹⁵ KELSEN leciona que as sanções previstas nas normas podem servir como um direcionamento de condutas, seja de forma positiva, seja de forma negativa: *A conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação. A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se de forma positiva e de forma negativa. A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de determinado ato. Se a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a esta conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, “viola” a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação.* KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.16.

Só com o equilíbrio entre interesses se atinge a finalidade da norma, que é o efetivo estímulo à eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica – eficiência esta que, como dito, deve representar a síntese dos princípios de prestação do serviço.

No caso em exame, como apontado de início, a finalidade declarada na norma foi adequar, rever e atualizar os procedimentos para apurar infrações, impor penalidades, definir competências entre a Diretoria da ANEEL e o poder concedente, disciplinar o processo punitivo de competência das Superintendências de Fiscalização e aquele desenvolvido no âmbito das Agências Estaduais Conveniadas, compatibilização de procedimentos recursais e critérios para atualização do valor das multas aplicadas pela fiscalização – atualização não é sinônimo de majoração, mas, ao revês, manutenção do poder aquisitivo da moeda.

Não há, pois, na finalidade da norma um intuito de modificar os limites contratualmente fixados.

6.3 Eficácia e abrangência do ato regulatório

Passa-se, então, para o exame do momento da edição e o fundamento legal da norma da ANEEL – fundamentais para o atendimento do princípio da segurança jurídica – que, ao lado do princípio da eficiência, foi um dos inspiradores da criação das agências reguladoras no Brasil (de modo a evitar as surpresas nos contratos de longo prazo).

Como se vê da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶, as normas entram em vigor quarenta e cinco dias após a sua publicação, salvo disposição em contrário, devendo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada. Trata-se de mais um corolário do princípio da segurança das relações jurídicas. A regra é que, somente a partir de tal momento, a norma começa a produzir efeitos.

Portanto, editada a norma pela ANEEL, (e no caso de se ultrapassar a questão da competência e do objeto para a edição da norma) é preciso avaliar se ela possui vigência para todo e qualquer contrato ou se atingiria, apenas, os contratos firmados após a entrada em vigor da sua publicação, ou, ainda, da publicação da Lei que lhe daria amparo.

Isso, como dito, é significativamente importante no caso em exame, tendo em vista que a Lei nº 9.648, de 26 de maio de 1998 (e as medidas provisórias que lhe deram origem), que dá amparo à Resolução nº 63/2004, é posterior ao contrato de concessão de serviços públicos firmado pela União Federal.

Em princípio, se poderia alegar que o contrato de concessão de distribuição de energia elétrica, por ser de trato sucessivo, poderia incorporar a norma posterior – que, como visto, não pode produzir eficácia imediata, tendo

¹⁶ Lei de Introdução ao Código Civil: Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. (...)

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957) § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

em vista a necessidade de preservação do equilíbrio entre encargos e benefícios.

A se admitir que a lei posterior afete um contrato firmado anteriormente à sua vigência, estar-se-ia desconsiderando o regime *tempus regit actum*. Tal lógica, que vem sendo, reiteradamente, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, repudia, inclusive, a retroatividade mínima¹⁷ das normas sobre os contratos de trato sucessivo.

Ademais, mesmo que pudesse ser acolhido o entendimento de incorporação da norma posterior a todo e qualquer contrato, isso só ampararia a aplicação a obrigações e fatos posteriores à vigência da resolução. Ainda assim, como dito, atendidas as condicionantes da eficácia da resolução impositiva de penalidades.

7. O impacto da norma impositiva de penalidades sobre o equilíbrio do contrato

¹⁷ RE 205193/RS Rel. Min. CELSO DE MELLO Julgamento em 25/02/1997: (...) Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. INAPLICABILIDADE DE LEI NOVA AOS EFEITOS FUTUROS DE CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO - HIPÓTESE DE RETROATIVIDADE MÍNIMA - OFENSA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DE UM DOS CONTRATANTES - INADMISSIBILIDADE. - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (**retroatividade** injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Visto que a norma regulatória não pode avançar em competências do concedente, cabe avaliar se a imposição de penalidades poderia ser enquadrada como **norma técnica de serviço**.

Uma coisa é o comando de orientação técnica sobre a execução do serviço; outra, bem diversa é a **conseqüência da inexecução de uma obrigação contratual**.

O exame dos temas acima leva à inevitável conclusão, que decorre da **interpretação sistemática e histórica** das várias alterações da lei instituidora da ANEEL e das normas regedoras do setor elétrico, no sentido de que **não há como tratar a norma regulatória sancionatória como uma norma contratual**. Os **domínios e competências** para a sua edição são distintos. Em síntese, responsabilidade administrativa e responsabilidade contratual são instancias diversas.

No entanto, ainda que fosse uma norma contratual, deveria haver o **enquadramento** num dos dois tipos de normas, a saber, as normas de **serviço** e as normas **econômicas**; ambas interferem no contrato.

Pois bem. Ainda que se tratasse de norma de serviço, como condição para a sua produção de efeitos, seria necessário que houvesse a correspondente revisão do contrato para **adequação dos custos de serviço em função dos benefícios do contrato**¹⁸.

¹⁸ Daí porque BENEDICTO PORTO NETO assevera que: Em resumo, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão está protegido contra: a) as alterações unilaterais dos encargos da concessionária por atos do poder concedente com fundamento no próprio vínculo de concessão. (PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço Público no regime da Lei nº 8.987/1995 conceitos e princípios**. São Paulo : Malheiros, 1998, p.99)

Isto porque é um **comportamento racional** calcular os **ganhos** a partir dos **custos e riscos**; ou seja, os investimentos decorrem dos riscos a serem suportados pela sua não realização. Logo, se os riscos aumentam, há maior estímulo (sanção negativa) para os investimentos.

Em suma, o aumento de penalidades acarreta, de imediato, o aumento de despesas com prevenção, em especial com a contratação de serviços de fiscalização mais intensa¹⁹.

Ora, é sabido que os contratados têm direito intangível à **equação econômico-financeira do contrato**²⁰, sendo certo, ainda, que qualquer alteração só pode produzir efeitos após a restauração do equilíbrio²¹.

¹⁹ Lei nº 8.987/1995, art. 25, parágrafos 1º e 3º: Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (...) § 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

²⁰ Nesse sentido, JUAN CARLOS CASSAGNE: En caso de que se produzca, en forma ilegítima, la modificación unilateral del contrato administrativo, el contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración, a fin de que se mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera originaria. (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 80).

²¹ Tanto é verdade que, adotando-se lógica semelhante, os tribunais pátrios vêm, reiteradamente, se posicionando no sentido de que, antes da implementação de gratuidades para determinados usuários do serviço de transporte, por meio de leis que aumentam os encargos dos contratados, deve ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Nesse sentido, confira-se, por relevante, precedentes da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

TRANSPORTE COLETIVO. GRATUIDADES CONCEDIDAS POR LEIS MUNICIPAIS. TERMO DE RENOVAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO ASSINADO APÓS A EDIÇÃO DAS LEIS QUE CONCEDERAM A GRATUIDADE DO TRANSPORTE DE ALUNOS. A **COMPOSIÇÃO DAS TARIFAS DEVE CONTER PREVISÃO PARA COBERTURA DAS GRATUIDADES E ESSA É A FONTE DE CUSTEIO, JÁ EXISTENTE. PROVIMENTO DO RECURSO. (2009.227.03777 - APELACAO / REEXAME NECESSARIODES. SERGIO LUCIO CRUZ - Julgamento: 24/11/2009 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL).** (o grifo não é do original).

Sob o prisma da racionalidade econômica, a relação contratual é um instrumento pelo qual dois agentes agem de forma voluntária visando o intercâmbio de recursos.

A eficiência da relação pactuada depende de parâmetros ditados pelo direito contratual²². Em síntese, o contrato é o instrumento pelo qual se torna possível e previsível a materialização da **lógica econômica** dos agentes de mercado, qual seja, a maximização de benefícios e minimização de custos. No caso dos contratos, um dos **custos** a serem calculados é o dos riscos – aqui, em especial, o **risco de imposição de penalidades**.

Destarte, o aumento do risco torna, inevitavelmente, mais oneroso o contrato – que, por sua vez, deve preservar uma relação de equilíbrio²³.

MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSPORTE COLETIVO – TRANSPORTE GRATUITO FALTA DE APOIO LEGAL ORDEM CONCEDIDA MANDADO DE SEGURANÇA. GRATUIDADE EM TRANSPORTES COLETIVOS ESTENDIDA POR DECRETO MUNICIPAL. FALTA DE LEI. FALTA DE FONTE DE CUSTEIO. QUEBRA DO EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCEIRO. OFENSA A PRINCIPIOS DA CONSTITUICAO FEDERAL, ESTADUAL E LEI ORGANICA LOCAL. PRECEDENTE DO ORGAO ESPECIAL DESTA COLENDO TRIBUNAL. CONCESSAO DA SEGURANCA. NAO HA COMO SE CONCEBER A CONCESSAO DA GRATUIDADE DE TRANSPORTES A DETERMINADA CLASSE DE INDIVIDUOS SEM QUE HAJA LEI ESPECIFICA NESTE SENTIDO, E NAO MERO DECRETO, INDICANDO, INCLUSIVE E PRECISAMENTE, A RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO NA QUAL SE LASTREIA A ISENCAO. DE OUTRO TUMOR, **A REDUCAO DE RECEITA, FRUTO DA GRATUIDADE INDUZIDA, IMPORTA EM QUEBRA DO EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCEIRO DO CONTRATO HAVIDO ENTRE O PODER CONCEDENTE E AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICOS PUBLICOS, EQUILIBRIO ESTE ASSEGURADO, DA MESMA FORMA, PELA LEI ORGANICA LOCAL.** SEGURANCA CONCEDIDA. (2000.004.00076 - MANDADO DE SEGURANCA DES. BINATO DE CASTRO - Julgamento: 28/09/2000 - IX GRUPO DE CAMARAS CIVEIS) (o grifo não é do original)

²² Como exposto por Richard Posner: *Así, pues, la función fundamental del derecho de contratos ... es disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección.* POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: FCE, 2000, p. 92.

²³ Nesse sentido, confira-se FERNANDO ARAÚJO: (...) se trata de reconhecer que a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir – quanto mais amplo e detalhado é o panorama de contingências que, sendo susceptíveis de interferirem nos resultados pretendidos, se pretende recobrir e levar em conta no desempenho dos deveres emergentes do contrato. Um contrato mais incompleto aproximar-se-á do

A conclusão é óbvia: diante do aumento de um insumo – visto o fator custo como um insumo – há uma alteração no *status* da relação contratual, que carece ser restabelecida. Afinal, um custo elevado pode significar que é mais eficiente o rompimento de um contrato do que sua manutenção²⁴.

Daí porque a racionalidade econômica opera no sentido de que é preciso preservar o equilíbrio da relação econômica contratual²⁵, sob pena de não haver interesse na sua preservação – já que os riscos tornam injustificável a execução do contrato.

Como isso afeta o equilíbrio do contrato, passa a ser **condição de eficácia da norma**, ainda que existente, válida e aplicável ao contrato, que se

mercado «pontual», seja na flexibilidade seja na exposição a riscos; um contrato mais completo, ao invés, perderá em flexibilidade o que pode ganhar em erradicação ou cobertura de riscos – mas fa-lo-á, ao menos a partir de certo ponto, a custos crescentes, a «custos de transacção» que, neste contexto, podemos designar como «custos de governo», custos de especificação de formas de partilha e gestão do risco. (...) O incabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o incabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 149, 151.)

²⁴ Tanto é verdade que o ordenamento jurídico pátrio, indo além, chega a autorizar que o magistrado resolva, de ofício, o contrato, quando este pacto se tornar oneroso demais para uma das partes. Confirase, nesse sentido, o artigo 478 do Código Civil: Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se **tornar excessivamente onerosa**, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁵ Nesse sentido, veja-se STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 146-147.

promova a revisão do contrato, garantindo-lhe o equilíbrio entre custos (riscos) e benefícios.

Nesse sentido, a aplicação de uma sanção, por entidade reguladora, com impacto sobre o contrato, deve levar em conta a ponderação de todos os valores envolvidos, especialmente o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão²⁶.

Mas há, ainda, outro lado.

Na improvável hipótese de não se tratar da imposição de penalidades como cláusulas de serviço, o tratamento do tema como **cláusula econômica** não ampara a tese de incorporação automática ao contrato das penalidades previstas na norma editada posteriormente à assinatura do contrato; ainda mais, com base em lei posterior à celebração do instrumento em exame.

Isto porque, neste caso, não poderia haver alteração unilateral do contrato.

²⁶Nesse sentido, já teve a oportunidade de se manifestar o Superior Tribunal de Justiça: *Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária.* (RESP 200900859751 RESP - RECURSO ESPECIAL – 1138591)

Como sabido, somente as cláusulas de serviço podem ser alteradas unilateralmente. Para alteração de **cláusulas econômicas**, é indispensável o **consenso**, sob os limites da lei²⁷.

É claro que não se visualiza, com facilidade, um consenso em torno de elevação de penalidades – sendo, pois, repudiável a interpretação que leva ao absurdo.

Volta-se, pois, à lógica de que, quando muito, se estaria diante da atribuição de encargos ao contratado, os quais, uma vez elevados, imporiam uma revisão.

Além disso, repise-se, nos termos da lei vigente à época da edição da Resolução nº 63/2004, o regulador não exercia as funções de poder concedente; neste caso, sequer havia fundamento legal para a edição de normas contratuais pelo regulador, alterando os termos do contrato.

8. Requisitos do ato fiscalizatório

Para a imposição de penalidades, o ato de fiscalização deve preencher, como requisitos básicos, a descrição do fato e o enquadramento normativo da situação fiscalizada – além da orientação acerca do direito, prazo e condições para exercício do direito à ampla defesa e contraditório.

²⁷É o que dispõe o artigo 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995: Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, **o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.**

Para se avaliar a consequência pela violação da norma, é preciso ter uma definição segura acerca da base normativa para a penalidade, ou seja, se é o contrato ou a resolução e se esta a ele se incorpora.

A aplicação de **penalidades contratuais** não pode ter fundamento **extracontratual**.

Conclusão

Um breve resumo das alterações legislativas relevantes e específicas pode orientar o exame da abrangência da norma regulatória.

No primeiro momento, o Estado, por meio de empresas sob seu controle acionário, era o prestador dos serviços públicos; neste momento, **as figuras do executor e do regulador se confundiam na própria empresa prestadora dos serviços**. No setor elétrico, havia uma marcante presença do DNAEE, que, contudo, não era o poder concedente.

Com o advento do **Programa de Reforma do Estado**, com a abertura dos mercados à competição e flexibilização dos monopólios, deu-se início a uma onda de **desestatizações**, com privatização de empresas sob controle estatal. De início, foi aplicada a Lei nº 8.031, de 14 de abril de 1990, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990. Tal lei foi posteriormente alterada por uma série de Medidas Provisórias, sendo, afinal, revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

No caso das prestadoras de serviços públicos, com a privatização, deu-se, com autorização em lei²⁸, a concomitante delegação dos serviços, outrora estatizados, por meio de concessões e permissões – tais contratos foram celebrados sob a égide da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Neste segundo momento, o próprio **poder central exercia a tarefa de poder concedente**, tendo em vista que ainda **não haviam sido criadas as agências reguladoras**.

As privatizações e as concomitantes celebrações de contratos de concessão tiveram como contratante a União Federal – que exercia, pois, a competência de poder concedente.

Num terceiro momento, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 criou a ANEEL sob a forma autárquica. Só naquele momento, **o regulador surgia com competência para exercer o poder concedente**; logo, só a partir daí a ANEEL poderia passar a estabelecer, como uma das missões de regular tecnicamente o setor elétrico, as condições gerais dos contratos, em especial, as normas de prestação do serviço e as correspondentes penalidades.

Para os contratos celebrados pela ANEEL era inequívoca a competência de concedente e, com ela, a competência para impor penalidades, que é implícita ao concedente, como já se via na Lei nº 8.987/95, art. 29, inciso II.

²⁸ Inicialmente, artigo 7º da Lei nº 8.031/90 e, posteriormente, pelo art. 7º da Lei nº 9.491/97, que preservou a redação original do tema: Art. 7º A desestatização dos serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º desta Lei, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, objeto da exploração, observada a legislação aplicável ao serviço.

Esses contratos não se confundiam com aqueles já firmados pela Administração Central; em relação àqueles, frise-se, a ANEEL não era o poder concedente e não poderia alterar ou contrariar os contratos, ainda que pudesse editar normas técnicas, orientando a execução dos serviços e procedimentos fiscalizatórios e recursais. Penalidades eram normas de descumprimento do contrato, tendo, pois, natureza diversa.

A alteração decorrente da Lei nº 9.648/98 trouxe como novidade o fato de que, além das obrigações do concedente, havia, ainda, **obrigações para com a estrutura do mercado regulado**; afinal, o objetivo da Reforma do Estado era a introdução da **competição** e a **redução dos eventuais malefícios de monopólios e oligopólios**; daí surgirem, ao lado das normas **contratuais, normas regulatórias**, com, mais uma vez, a conseqüente competência para a imposição de penalidades.

Tal diploma teve origem por reedições da Medida Provisória nº 1.531-1 (1.531-1 a 1.531-17), sendo que tal atribuição só foi conferida à ANEEL pela Medida Provisória nº 1.531-16, de 05 de março de 1998, ou seja, após a celebração do contrato de concessão pela União Federal²⁹.

Continuam distintas as competências – ainda que, eventualmente, exercidas por uma mesma pessoa, para os contratos firmados após a criação da ANEEL. Não é o caso do contrato celebrados pela União.

²⁹ Confira-se o teor da alteração legislativa: Art. 4º Os arts. 3º e 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passam a vigorar com as seguintes alterações: (...) X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de dois por cento do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura de auto de infração.

A posse de um governo de oposição àquele que instituiu o Programa de Reforma do Estado levou a uma reflexão sobre o papel das agências reguladoras e sobre a abrangência de suas competências.

Foi apresentado o Projeto de Lei nº 3337/2004, em regime de urgência, que, dentre outros temas, preservava as agências reguladoras, mas retomava o poder concedente para os ministérios. Tal projeto, até a presente data, não foi aprovado, mas, no setor elétrico, motivado pela necessidade de lidar com as dificuldades na oferta de energia e os riscos daí decorrentes, foi editada legislação específica – a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que **retomou o poder concedente para o Ministério das Minas e Energia**, admitindo, contudo, a delegação da formatação contratual.

A União voltou a ser o poder concedente e, novamente, as **normas contratuais e as normas regulatórias, de conteúdo distinto, são atribuídas a pessoas jurídicas distintas.**

Nesse contexto normativo foi editada a Resolução nº 63, de 12 de maio de 2004, em comento.

Logo, no que concerne ao **momento da vigência** da norma regulatória, segundo a regra geral da Lei de Introdução ao Código Civil, e considerando, ainda, que **o STF repudia a retroatividade que afete direitos já incorporados ao contratado**, a norma regulatória, no que se referir a matérias tipicamente contratuais – ou seja, temas conferidos ao concedente (diversos daquele conferidos ao regulador) só poderia produzir efeitos para contratos firmados após a sua vigência e antes da retomada do poder concedente pelo poder central.

Mas, ainda que ultrapassadas todas essas controvérsias, distinguindo os efeitos da norma no tempo e a distinção entre norma regulatória e norma contratual, ainda assim, a eficácia não seria imediata sobre o contrato.

Ainda que se admita que a norma regulatória sancionatória seja uma norma de serviço, decorrente da competência fiscalizatória conferida ao regulador (que deveria ser lida como fiscalização de suas próprias normas de regulação do setor), tal norma, agravando os encargos do contratado, só poderia produzir efeitos a partir do momento em que fosse restaurado o equilíbrio do contrato, para que a relação encargos/benefícios fosse preservada.

Em síntese, a norma regulatória não pode agravar um contrato firmado anteriormente à sua vigência, em especial, anteriormente à lei que dava fundamento legal à edição do ato regulatório, mormente para criar encargos sem a correspondente revisão da tarifa.

O fundamento legal da norma regulatória é para a imposição de multas **administrativas**, tema distinto da multa **contratual**, já prevista no contrato.