

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**A APLICAÇÃO DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SEGMENTO DE
TRANSMISSÃO DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA BRASILEIRO E A SUA
REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

ANA BEATRIZ DIAS SOUSA

**SÃO PAULO
2022**

ANA BEATRIZ DIAS SOUSA

A APLICAÇÃO DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SEGMENTO DE
TRANSMISSÃO DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA BRASILEIRO E A SUA
REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Monografia apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
para obtenção do título de BACHAREL em
Direito, sob a orientação do Professor
Doutor Jacintho S. Dias de Arruda Câmara.

SÃO PAULO

2022

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”

Cora Coralina

AGRADECIMENTOS

Chegando ao final deste ciclo, agradeço, inicialmente – e sempre – aos meus pais, por fazerem o possível e o impossível por mim, por abdicarem, por vezes, de suas próprias vontades para me proporcionarem as melhores oportunidades e me permitirem chegar até aqui.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica, pela linda formação acadêmica, pelos excelentes professores que me guiaram nos últimos anos, por toda a vivência proporcionada dentro e fora das salas de aula, e por ter me dado uma grande família nesta capital.

Agradeço à minha família – principalmente aos meus tios - por celebrarem comigo cada uma das minhas conquistas.

Agradeço aos meus chefes, por tudo que me ensinaram durante toda a minha trajetória, por me inspirarem, e por fazerem da rotina tão corrida algo mais leve e prazeroso.

Agradeço aos meus amigos por todo o suporte e cuidado que comigo tiveram ao longo dos anos.

A vocês, todo o meu amor e carinho.

RESUMO

SOUSA, Ana Beatriz Dias. **A aplicação de caso fortuito e força maior no segmento de transmissão do setor de energia elétrica brasileiro e a sua revisão pelo poder judiciário.**

O presente trabalho visa o mapeamento histórico do entendimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) sobre a aplicação de caso fortuito e força maior em diversos eventos emblemáticos que envolvem o Setor de Transmissão de Energia Elétrica Brasileiro (como, por exemplo, atos de sabotagem e a queda de balões de fogo em linhas de transmissão), incluindo a análise de como a Procuradoria Geral Federal influencia no entendimento da ANEEL, o reflexo que esse entendimento possui frente aos consumidores de energia, além de como o Poder Judiciário vem revisando esse tema.

Palavras-chave: Setor Elétrico Brasileiro; Caso Fortuito e Força Maior; Parcela Variável; ANEEL; Poder Judiciário.

ABSTRACT

SOUSA, Ana Beatriz Dias. **A aplicação de caso fortuito e força maior no segmento de transmissão do setor de energia elétrica brasileiro e a sua revisão pelo poder judiciário.**

This work aims to map the historical understanding of the National Electric Energy Agency (ANEEL) on the application of acts of God and force majeure in several emblematic cases involving the Brazilian Electric Sector (such as acts of sabotage and the fall of fire balloons on transmission lines), including an analysis of how the Federal Attorney General's Office influences ANEEL's understanding, the impact that this understanding has on energy consumers, in addition to how the Judiciary has been reviewing this issue.

Keywords: Brazilian Electric Sector; Acts of God and Force Majeure; Variable Portion; ANEEL; Judiciary.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Modelos do Setor Elétrico	19
Figura 2 – Modelos institucionais do Setor Elétrico Brasileiro	20
Figura 3 – Modelo Institucional Atual do Setor Elétrico Brasileiro	21
Figura 4 - Mapa do Sistema de Transmissão.....	23
Figura 5 – Aplicação da PVA.....	27
Figura 6 – Fórmula de Cálculo da PVI	28
Figura 7 – Fórmula de Cálculo da PVRO	29
Figura 8 – Fórmula de Cálculo da PVC.....	30

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Análise da Suspensão de Parcela Variável em Primeira Instância.....	47
Gráfico 2 – Análise da Suspensão de Parcela Variável em Segunda Instância.....	48

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Linhas de Transmissão de Energia Elétrica no SEB	22
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulado
ANACE	Associação Nacional dos Consumidores de Energia
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CMSE	Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
CNAEE	Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
FT	Função de Transmissão
MAE	Mercado Atacadista de Energia
MME	Ministério de Minas e Energia
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PV	Parcela Variável
PVA	Parcela Variável por Atraso
PVI	Parcela Variável por Indispo
PVRO	Parcela Variável por Restrição Operativa
PVC	Parcela Variável de FT Conversora
SEB	Setor Elétrico Brasileiro
SIN	Sistema Nacional Interligado
SISOL	Sistema Isolado
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. REFERENCIAL HISTÓRICO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	14
2.1 A ENERGIA ELÉTRICA E A IMPORTÂNCIA DE UM SETOR ELÉTRICO ESTRUTURADO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL DO PAÍS	14
2.2. SURGIMENTO DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL	15
2.3. MODELO ESTATAL (1930 A 1990).....	15
2.4. PROJETO RE-SEB: DESVERTICALIZAÇÃO DO SETOR.....	17
2. O SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E SUAS PECULIARIDADES	22
2.1. O REGIME JURÍDICO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO	22
2.2. A REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO	25
2.3. PARCELA VARIÁVEL POR ATRASO NA ENTRADA EM OPERAÇÃO	26
2.4. PARCELA VARIÁVEL POR INDISPONIBILIDADE.....	27
2.5. PARCELA VARIÁVEL POR RESTRIÇÃO OPERATIVA.....	28
2.5. PARCELA VARIÁVEL DE FT CONVERSORA	30
2.6. DAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A APLICAÇÃO DE PVA, PVI, PVRO E PVC	31
3. A APLICAÇÃO DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	34
3.1. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	34
3.2. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NOS CASOS DE INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	35
3.3. O ENTENDIMENTO DA ANEEL ACERCA DA APLICAÇÃO DE PARCELA VARIÁVEL	37
3.4. A REVISÃO DA APLICAÇÃO DA PARCELA VARIÁVEL PELO PODER JUDICIÁRIO	44
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52
--	-----------

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a exploração da energia elétrica teve início no final do século XIX e desde então sofreu inúmeras alterações no decorrer dos anos, tanto no âmbito elétrico, quanto no ambiente institucional e regulatório, tornando-se, nesse sentido, um elemento essencial no desenvolvimento socioeconômico do país, sobretudo, porque passou a acompanhar a sociedade e suas mudanças, muitas vezes como um reflexo dos grandes problemas sociais e políticos.

Para fins de contextualização, tem-se que a estrutura institucional do setor elétrico, no passado, era marcada por monopólios estatais que dominavam os segmentos do setor elétrico.

Todavia, ao final da década de 1970, o setor elétrico brasileiro começou a apresentar sinais de decadência, tendo como causas principais o endividamento externo e a estagnação da demanda, como resultado da falta de competitividade do modelo monopolista.

Frente a isso, a partir de 1995, o governo se viu obrigado a reestruturar o setor elétrico, o qual passou por forte privatização e pela desverticalização das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, possibilitando que empresas que atuavam em mais de uma etapa da cadeia produtiva fossem induzidas a operar suas atividades em separado.

Dessa forma, pôde-se observar a adoção de um novo modelo setorial marcado pela diversidade de empresas e um considerável aumento de investimentos no setor elétrico brasileiro.

Tudo isso resultou em grande desenvolvimento dos diversos segmentos do setor de energia elétrica, que, foram, ao longo dos anos, fruto de expansão e palco de grandes discussões e enfoques.

Atualmente, uma das maiores discussões que se tem no setor elétrico diz respeito ao tratamento que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), enquanto Agência reguladora e fiscalizadora do setor, confere aos eventos de caso fortuito e

força maior no segmento de transmissão de energia elétrica e o reflexo que isso possui perante os consumidores e as próprias concessionárias.

Isso se dá uma vez que as empresas concessionárias de transmissão são remuneradas conforme a disponibilidade do serviço público de transmissão e têm suas receitas reduzidas quando da ocorrência de eventual interrupção desse serviço público.

Todavia, quando as indisponibilidades do serviço de transmissão são motivadas por eventos caracterizados como caso fortuito ou força maior, a norma regulatória permite que as concessionárias continuem recebendo os valores que lhe são devidos em razão da prestação do serviço público.

Nessas hipóteses, os consumidores são obrigados a pagar integralmente a tarifa devida pela contraprestação do serviço público, já que este somente não foi prestado por inteiro em decorrência de fatores alheios à vontade das transmissoras.

Por outro lado, caso não seja reconhecida a hipótese de caso fortuito ou força maior, a empresa sofrerá a redução de sua receita de forma proporcional ao tempo em que o serviço permaneceu interrompido, impedindo que o consumidor pague, nesse caso, por um serviço que lhe foi prestado de forma parcial.

Nesse contexto, verifica-se que a discussão acerca do reconhecimento ou não de eventos de caso fortuito e força maior no segmento de transmissão de energia tem gerado um cenário de redução de receitas das concessionárias de serviço público ou de aumento na tarifa dos consumidores, causando, nesse diapasão, insegurança jurídica, grandes discussões regulatórias e vasta judicialização, fatos estes que serão objeto do presente Trabalho.

2. REFERENCIAL HISTÓRICO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

2.1 A ENERGIA ELÉTRICA E A IMPORTÂNCIA DE UM SETOR ELÉTRICO ESTRUTURADO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL DO PAÍS

Poucas são as palavras suportam tantos sentidos e definições quanto “energia”.

No âmbito da física e do ponto de vista acadêmico, o mais usual deles é aquele que permite entender que energia é a capacidade de realizar um trabalho e a qual expressa-se das mais diversas formas, sendo elas: nuclear, elétrica, térmica, mecânica, cinética etc.

Dentre essas, arrisca-se a dizer que a mais importante delas é a energia elétrica, a qual é produzida a partir da interação entre cargas elétricas, propiciando a iluminação pública, o transporte público, o desenvolvimento da indústria, da tecnologia e da sociedade como um todo.

A principal característica da energia elétrica é que ela não pode ser estocada, razão pela qual sua “produção” e o seu consumo são instantâneos e simultâneos, conforme bem esclarece PINTO JR. (2007, p. 130):

“A energia elétrica é um fluxo e, mais do que isso, uma forma de energia para a qual não se tem uma tecnologia economicamente viável que permita a sua estocagem em grandes volumes. Portanto, o que caracteriza o produto eletricidade é o fato de que ele é um fluxo não-estocável”

Diante disso, a energia elétrica revela-se uma forma de energia de alta complexidade e que demanda uma cadeia produtiva de nível elevado para fins de propiciar a rápida condução da energia gerada até os consumidores finais.

Frente a essas necessidades e à importância que a energia elétrica possui perante a sociedade, revela-se imprescindível a existência de um setor de energia elétrica eficientemente estruturado, estável, com fornecimento adequado, amplo e ininterrupto de energia, e com regras claras e equilibradas, que atendam as condições do mercado.

Daí surge a necessidade de compreensão da evolução da estrutura organizacional do setor elétrico brasileiro.

2.2. SURGIMENTO DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

Durante muitos anos a eletricidade era algo curioso que despertava muitos questionamentos.

Com o desenvolvimento dos estudos sobre o tema e a constatação da viabilidade de transferência da energia elétrica de um lugar para o outro, surgiram, no século XIX, os primeiros “serviços de energia elétrica”.

Isso se deu quando, em meados de 1882, o físico americano Thomas Alva Edison (1847-1931) – inventor da lâmpada incandescente – construiu, com recursos financeiros próprios, o primeiro sistema de geração e distribuição de energia elétrica, através do fornecimento da energia elétrica para iluminação das casas e escritórios de Manhattan, em Nova Iorque.

Tal situação se estendeu para diversos países da Europa e também para o Brasil, ainda no período imperial, já que, no início de 1879, D. Pedro II permitiu que o americano Thomas Alva Edison introduzisse, no país, os aparelhos que conhecera três anos antes (1876), na exposição universal de Filadélfia, localizada na Pennsylvania.

Foi assim que, ainda em 1879, foram introduzidos na cidade do Rio de Janeiro os primeiros postes de iluminação pública e já, em 1883, foi inaugurada a primeira linha de bondes elétricos na cidade de Niterói.

Nos anos seguintes, inúmeras empresas foram atraídas ao Brasil para implantação de usinas geradoras de energia elétrica e abastecimento energético dos grandes centros urbanos, muito embora de forma tímida.

2.3. MODELO ESTATAL (1930 A 1990)

No início do século XX, a maior parte das atividades relacionadas à energia elétrica se encontravam sob titularidade de duas empresas estrangeiras: a Amforp (American & Foreign Power Co.) e a Light:

“Do início do século XX até meados da década de 1940, a indústria elétrica no Brasil era explorada, majoritariamente, por empresas privadas estrangeiras, com destaque para as empresas Light, de origem canadense, e a Amforp, de origem norte-americana.” (TOLMASQUIM, 2011, p. 3).

A utilização de energia elétrica, nessa fase, estava começando a se desenvolver, porém, era “caracterizada pela ausência de uma legislação específica”, conforme esclarece PINTO JR. (2007, p. 201).

Em síntese, naquela época, o setor elétrico ainda era dominado por investimentos estrangeiros e praticamente não possuía qualquer regulação, a qual acabava sendo feita de modo simplório, através de contratos bilaterais celebrados entre as empresas e os estados-membros ou municípios.

Contudo, tal situação passou a se alterar a partir da Era Vargas, com a promulgação do Código de Águas (Decreto n. 24.643/1934) e a criação, em março de 1939, do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), que tinha a finalidade de solucionar problemas de suprimento e regulamentação referentes à indústria de energia elétrica do país.

Com isso, a União passou a ter maior participação no setor, regulando, em grande escala, o setor elétrico. Confira-se o que explica TOLMASQUIM (2011, p. 4):

“A União passou a centralizar a outorga de todas as fases da indústria de energia elétrica: geração, transmissão e distribuição. Para isso, vários atos normativos foram editados, consolidando o domínio regulatório da União nesse segmento da atividade econômica.”

As décadas de 1940 e 1950 foram, dessa forma, caracterizadas pela existência de monopólios estatais, que dominavam as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Aliás, a crescente intervenção estatal para fins de expansão do setor elétrico foi marcada pela criação da Eletrobrás, em 1962, que passou a desempenhar o papel de *holding*, controlando grandes empresas públicas e suas subsidiárias, que detinham a *expertise* nos diversos segmentos de energia elétrica.

Conforme explanam CATRO E FRACESCUTI (1998), a posição da Eletrobrás foi fundamental para a consolidação da nova estrutura produtiva do setor elétrico.

O financiamento vinha, naquele momento, de impostos, tarifas e empréstimos compulsórios.

Todavia, a partir da década de 1970, a “confortável situação” do setor elétrico foi abalada. Isso porque, como reflexo do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a economia mundial passou a ser reconstruída, de modo que as sucessivas crises do petróleo (1973 a 1979) provocaram expressivos aumentos de tarifas de energia elétrica no mundo inteiro.

Com o crescimento da demanda energética no Brasil, o governo se viu obrigado a ampliar sua capacidade energética por meio de empréstimos em uma conjuntura internacional desfavorável, por meio de taxas de juros altas.

Diante disso, tomado por um enorme endividamento externo, o Estado tornou-se incapaz de expandir o setor elétrico brasileiro.

TOLMASQUIM (2011, p. 6) aponta que: “O modelo de monopólio estatal prevaleceu até o começo da década de 1990 e foi responsável pela expansão e a consolidação da indústria elétrica brasileira”, todavia, diante das “diversas mudanças ocorridas nos anos anteriores e à crise financeira, não só do setor elétrico, mas também da União e dos estados-membros, esse modelo mostrou-se insustentável e ineficiente frente às novas demandas econômicas e sociais”.

Dessa forma, frente a absoluta indisponibilidade de recursos financeiros para novos investimentos e incapacidade de pagamento das dívidas existentes, insurgiu-se, em 1990, uma necessidade de reforma do setor elétrico para a continuidade do desenvolvimento dos grandes projetos, como Itaipu Binacional (Brasil e Paraguai).

2.4. PROJETO RE-SEB: DESVERTICALIZAÇÃO DO SETOR

Para reforma do setor elétrico, foi desenvolvido o projeto RE-SEB (“Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro”), o qual buscava “equacionar o déficit fiscal, por meio da venda de ativos; restaurar o fluxo de investimentos para um programa de investimentos; e aumentar a eficiência das empresas de energia” (TOLMASQUIM, 2011, p. 6).

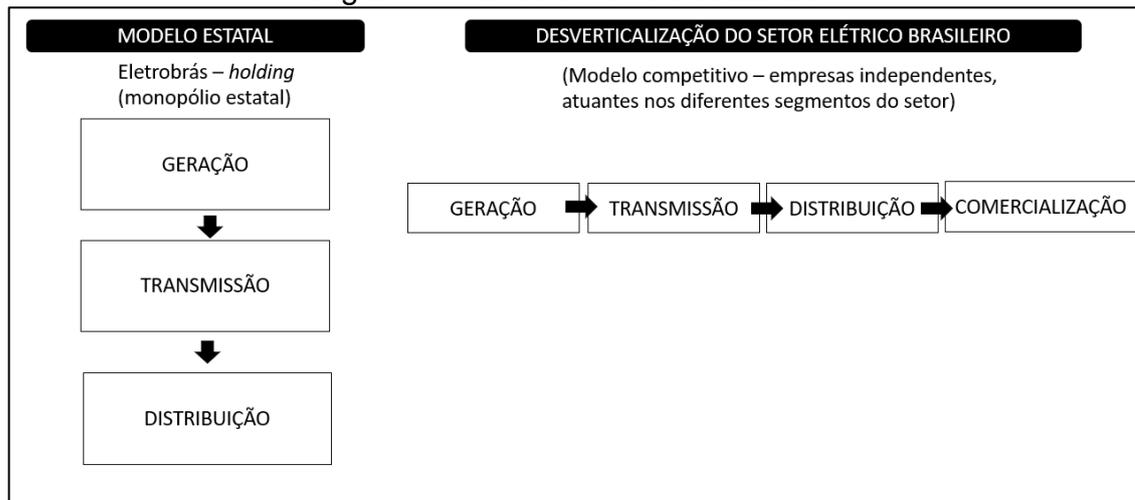
A ideia era privatizar o setor na mesma linha que países europeus, introduzindo um regime de mercado competitivo, como forma de ampliar a eficiência das empresas de energia elétrica.

E assim foi feito. TOMALSQUIM (2015, p. 6) esclarece que “embora a maior parte das empresas de energia elétrica estivesse sob controle federal, a União concedeu incentivos para que os Estados privatizassem suas empresas de energia”.

Ainda, o setor elétrico passou pelas seguintes inovações: (i) em 1992 (Lei 8.422/1992), foi criado o Ministério de Minas e Energia (MME) e o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), com vistas a garantir a prática de políticas públicas relacionadas ao uso sustentável de recursos energéticos e minerais do país; (ii) em 1995, foi promulgada a Lei de Concessões (Lei nº 9.074/1995), que prorrogou as concessões existentes e assegurou o livre acesso às redes de transmissão e distribuição; (iii) em 1996 (Lei nº 9.427/1996), foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), na qualidade de órgão regulador e fiscalizador dos agentes do setor; e, (iv) em 1998 (Lei nº 9.648/1998), foi criado o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) para fins de coordenação e controle da geração e transmissão de energia elétrica e o Mercado Atacadista de Energia (MAE), responsável pela gestão das transações comerciais de energia elétrica.

Para além disso, merece grande destaque a reorganização do mercado a partir de 1995, por meio da desverticalização das atividades do setor (geração, transmissão, distribuição e comercialização), traduzindo uma concepção que estimula a competição na oferta e na comercialização de energia elétrica. Confira-se a figura abaixo:

Figura 1 – Modelos do Setor Elétrico



Fonte: elaboração própria

Em que pese todas essas novidades, a seca ocorrida no ano de 2001, o racionamento do consumo de energia elétrica no país e a falta de coordenação entre as instituições do setor resultaram na necessidade de que o governo brasileiro realizasse uma nova reforma no setor elétrico.

Tal ideal se concretizou com a promulgação da Lei 10.848/2004, a qual instituiu o atual marco regulatório do setor elétrico brasileiro, cujos principais objetivos são a garantia de suprimento de eletricidade e a modicidade tarifária.

Destacam-se, nesse fase, a substituição do critério utilizado para concessão de novos empreendimentos de geração (passou a vencer os leilões o investidor que oferece o menor preço para a venda da produção das futuras usinas) e a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), em substituição ao MAE, e dos dois ambientes de comercialização de energia - o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL).

Vejamos a figura abaixo, a qual bem resume a evolução dos modelos institucionais do setor elétrico:

Figura 2 – Modelos institucionais do Setor Elétrico Brasileiro

Modelo Antigo (até 1995)	Modelo de Livre Mercado (1995 a 2003)	Novo Modelo (2004)
Financiamento através de recursos públicos	Financiamento através de recursos públicos e privados	Financiamento através de recursos públicos e privados
Empresas verticalizadas	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição e comercialização	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação.
Empresas predominantemente Estatais	Abertura e ênfase na privatização das Empresas	Convivência entre Empresas Estatais e Privadas
Monopólios - Competição inexistente	Competição na geração e comercialização	Competição na geração e comercialização
Consumidores Cativos	Consumidores Livres e Cativos	Consumidores Livres e Cativos
Tarifas reguladas em todos os segmentos	Preços livremente negociados na geração e comercialização	No ambiente livre: preços livremente negociados na geração e comercialização. No ambiente regulado: leilão e licitação pela menor tarifa
Mercado Regulado	Mercado Livre	Convivência entre Mercados Livre e Regulado
Planejamento Determinativo - Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS)	Planejamento Indicativo pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)	Planejamento pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE)
Contratação: 100% do Mercado	Contratação: 85% do mercado (até agosto/2003) e 95% mercado (até dez./2004)	Contratação: 100% do mercado + reserva
Sobras/deficit do balanço energético rateados entre compradores	Sobras/deficit do balanço energético liquidados no MAE	Sobras/deficit do balanço energético liquidados na CCEE. Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD) para as Distribuidoras.

Fonte: CCEE

Nesse sentido, o setor elétrico brasileiro passou a possuir a seguinte estrutura:

(i) suas políticas são formuladas por meio de leis, decretos presidenciais e portarias e resoluções do MME, CMSE, CNPE e da EPE; (ii) suas normas e regulamentos são formuladas pela ANEEL, que também é responsável pela fiscalização do setor e mediação entre os agentes; (iii) seu funcionamento é devidamente coordenado e controlado pelo ONS e pela CCEE, que administra os contratos firmados entre os agentes para fins de compra e venda de energia elétrica; (iv) seus segmentos se resumem em geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica aos consumidores finais.

Para ficar claro, confira-se a figura abaixo:

Figura 3 – Modelo Institucional Atual do Setor Elétrico Brasileiro



Fonte: ANACE

Como se pode concluir, após grandes transformações, atualmente, o setor de energia elétrica brasileiro é composto por uma malha de empresas geradoras, transmissoras, distribuidoras e comercializadoras independentes, fortemente reguladas e fiscalizadas, que primam pela qualidade do fornecimento de energia elétrica à população do país.

2. O SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E SUAS PECULIARIDADES

2.1. O REGIME JURÍDICO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO

De acordo com o último Boletim de Monitoramento do Sistema Elétrico Brasileiro que foi disponibilizado pelo MME, em agosto de 2022, o Brasil atingiu a marca de 176.085 km (cento e setenta e seis e oitenta e cinco quilômetros) de linhas de transmissão em operação por todo o seu território. Senão vejamos a tabela abaixo:

Tabela 1 – Linhas de Transmissão de Energia Elétrica no SEB

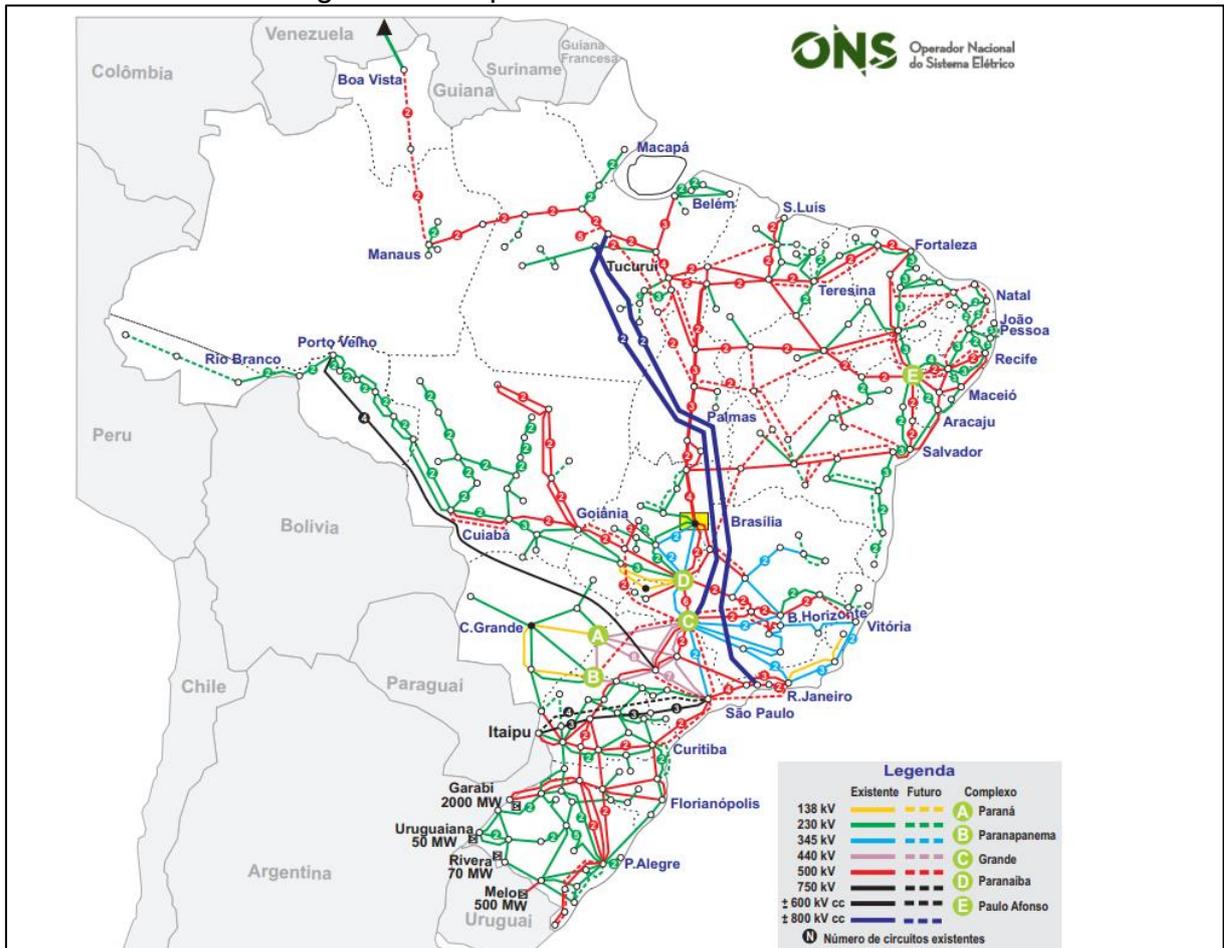
Classe de Tensão (kV)	Linhas de Transmissão Instaladas (km)	Total (%)
230	65.360	37,1%
345	10.492	6,0%
440	6.897	3,9%
500	68.633	39,0%
600 (CC)	12.816	7,3%
750	2.683	1,5%
800 (CC)	9.204	5,2%
TOTAL	176.085	100%

Fonte: MME / SE

A grande extensão da rede de transmissão no Brasil se dá em razão da configuração do segmento de geração, o qual, em sua maior parte, é constituído de usinas hidrelétricas instaladas em locais distantes dos centros consumidores e cuja principal característica é a divisão entre o Sistema Interligado Nacional (SIN), que abrange a quase totalidade do território brasileiro, e os Sistemas Isolados, instalados em regiões de difícil acesso, principalmente na região Norte do país.

Veja-se abaixo a extensa malha transmissora do país:

Figura 4 - Mapa do Sistema de Transmissão



Fonte: ONS

Atualmente, tais linhas são operadas por mais de 150 (cento e cinquenta) empresas, as quais são responsáveis pela implantação e operação da rede que liga as usinas geradoras de energia elétrica às instalações das companhias distribuidoras localizadas junto às unidades consumidoras do país.

Essas empresas operam sob o regime de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica, o qual é tido como monopólio natural e foi estabelecido como competência privativa da União e passível de delegação, por meio de concessão, nos termos do art. 21, XII, b, e 175, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) 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. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Inclusive, tal previsão constitucional foi sedimentada no art. 2º, I, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Confira-se *in fine*:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)”

Ou seja, por meio de delegação, a União transfere a prestação do serviço público de transmissão (etapa intermediária dos serviços de energia elétrica) a um particular, através de mecanismo competitivo de leilão, o qual permite a seleção de empreendedores - para a construção, operação e manutenção das novas instalações de transmissão - que oferecerem a prestação do serviço ao menor custo.

A governança do sistema de leilões é regida pelo MME, que estabelece as diretrizes para cada leilão com base em estudos preparados pela EPE e pelo ONS, repassando-as à ANEEL, que, então, elabora o edital de cada leilão e o modelo dos contratos a serem firmados.

Uma vez definido o Edital e contratos padrões, a ANEEL delega a execução do leilão para a Bolsa de Valores do Brasil, a atual B3.

Diante disso, após sagrar-se vencedora, para fins de iniciar a implantação das instalações de transmissão e operá-las, a empresa de transmissão deve celebrar o competente contrato de concessão com a União (Poder Concedente), por intermédio da ANEEL, além do devido contrato de prestação do serviço de transmissão com o ONS.

Nesse contexto, a concessionária de transmissão passa a ter que cumprir o cronograma de implantação das linhas que se obrigou nos contratos e se submeter às orientações regulatórias do ONS, enquanto entidade responsável pela coordenação e controle da operação das instalações, e às exigências normativas da ANEEL, enquanto Agência reguladora e fiscalizadora do setor elétrico brasileiro.

2.2. A REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO

O concessionário de serviço público de transmissão assume, como regra, uma série de obrigações, que compreendem, inclusive, a realização de obras públicas e a realização de investimentos indispensáveis à prestação do serviço.

Em contrapartida, há uma pluralidade de direitos reconhecidos ao concessionário, já que o regime de concessão envolve a exploração do serviço por parte do concessionário durante um certo período de tempo, garantindo o recebimento de receitas proporcionais ao seu desempenho, as quais são pagas por meio de tarifa pública, cobradas nas faturas dos usuários do sistema.

Nesse sentido, confira-se o que dispõe o art. 14 da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, *in verbis*:

“Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;”

Sobre os riscos assumidos pela concessionária nessa relação jurídica, FILHO (2008) ensina que:

“A atribuição do risco ao concessionário significa a ausência de sua remuneração por parte do poder concedente. As atividades objeto da concessão são desempenhadas ‘por conta e risco’ do concessionário, fórmula utilizada para indicar a remuneração do concessionário por meio da exploração empresarial da atividade a ele delegada (ou por meios conexos). As despesas e encargos são por eles custeados. Em contrapartida, remunera-se através da cobrança de tarifas dos usuários e por outras

soluções empresariais. Se os resultados forem satisfatórios, embolsará o lucro. Se não, arcará com o prejuízo.”

Nesse sentido, em havendo adequada prestação do serviço público de transmissão, por meio da disponibilização das instalações de transmissão para atendimento aos usuários da rede, as concessionárias de transmissão, em contrapartida à prestação desse serviço público, passam a fazer jus ao recebimento da denominada Receita Anual Permitida (RAP), cujo pagamento ocorre mensalmente, no decorrer do ano (1/12), senão vejamos o que dispõe o “Módulo 1 – Glossário” da Resolução Normativa nº 906, 08 de dezembro de 2020, da ANEEL:

“PAGAMENTO BASE (PB)

Parcela equivalente ao duodécimo da RECEITA ANUAL PERMITIDA (RAP), associada à plena disponibilização das INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO que compõem uma FUNÇÃO TRANSMISSÃO (FT).

(...)

RECEITA ANUAL PERMITIDA (RAP)

Receita anual a que a concessionária tem direito pela prestação do serviço público de transmissão, aos usuários, a partir da entrada em operação comercial das INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO.”

Todavia, inexistindo a adequada disponibilização das instalações de transmissão, também chamadas de Funções de Transmissão (FT), as concessionárias de transmissão estarão sujeitas à redução de sua RAP, em razão da aplicação, pelo ONS, de descontos de Parcela Variável por Atraso na Entrada em Operação (PVA), Parcela Variável por Indisponibilidade (PVI), Parcela Variável por Restrição Operativa (PVRO) ou Parcela Variável de FT Conversora (PVC).

2.3. PARCELA VARIÁVEL POR ATRASO NA ENTRADA EM OPERAÇÃO

Na eventual ocorrência de atrasos na operação de novas instalações de transmissão, via de regra, é aplicado, pelo ONS, um desconto financeiro à sua RAP, que é denominado de PVA, conforme verifica-se do “Módulo 4 – Prestação dos Serviços”, aprovado pela Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020, *in fine*:

“3 APLICAÇÃO DA PARCELA VARIÁVEL

3.1 A exceção da INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA, o período da indisponibilidade e o período e a magnitude da restrição da CAPACIDADE OPERATIVA devem ser apurados pelo ONS para cada evento com duração igual ou superior a 1 (um) minuto, sem prejuízo da aplicação de penalidades.

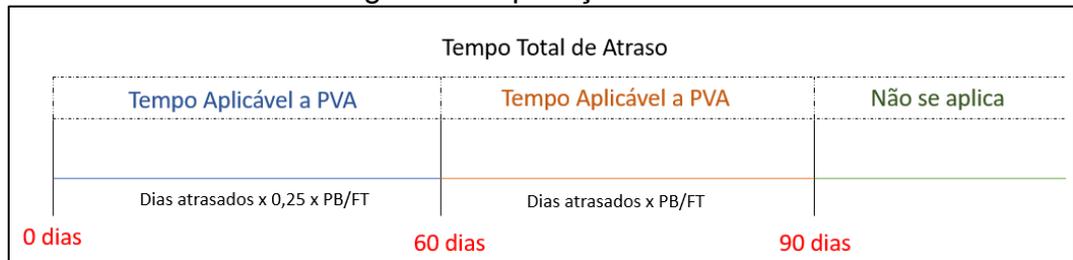
3.1.1 **Aplica-se PARCELA VARIÁVEL POR ATRASO NA ENTRADA EM OPERAÇÃO (PVA) a uma FT quando ocorrer ATRASO NA ENTRADA EM OPERAÇÃO da referida FT.**” (grifou-se)

Ou seja, quando uma concessionária de transmissão não cumpre com o cronograma de implantação das instalações de transmissão que foi inicialmente estipulado, tem-se, por conseguinte, a aplicação de um desconto de PVA à sua receita, o qual é calculado conforme os critérios estabelecidos no Módulo 4 – “Prestação dos Serviços” da ANEEL:

- “a) o período de atraso será limitado em 90 (noventa) dias para efeito de desconto;
 - b) o valor por dia de atraso nos primeiros 60 (sessenta) dias corresponderá a 25% (vinte e cinco por cento) do valor “pro rata-dia” do PB da FT; e
 - c) o valor por dia de atraso entre o 61º (sexagésimo primeiro) dia e o 90º (nonagésimo) dia corresponderá ao valor “pro rata-dia” do PB da FT.
- 4.1.1 O valor da PVA será descontado em parcelas iguais nos (18) dezoito primeiros meses a partir da entrada em operação comercial da FT.”

Em suma, o valor final da PVA é o valor computado na quantidade inicial de 60 (sessenta) dias atrasados, somado, se houver, ao valor computado na quantidade de dias entre 61 (sessenta e um) e 90 (noventa) dias atrasados. Para melhor compreensão, confira-se a tabela abaixo:

Figura 5 – Aplicação da PVA



Fonte: elaboração própria

Frisa-se que o valor da PVA será descontado em parcelas iguais nos 18 (dezoito) primeiros meses a partir da entrada em operação comercial das instalações de transmissão.

2.4. PARCELA VARIÁVEL POR INDISPONIBILIDADE

Durante o período de operação, caso haja indisponibilidade das instalações de transmissão de energia elétrica, as concessionárias de transmissão podem sofrer redução de sua RAP por meio da aplicação, pelo ONS, de um desconto financeiro

denominado de PVI, previsto no “Módulo 4 – Prestação dos Serviços”, aprovado pela Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020, *in verbis*:

“3 APLICAÇÃO DA PARCELA VARIÁVEL

3.1 A exceção da INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA, o período da indisponibilidade e o período e a magnitude da restrição da CAPACIDADE OPERATIVA devem ser apurados pelo ONS para cada evento com duração igual ou superior a 1 (um) minuto, sem prejuízo da aplicação de penalidades.

3.1.2 Aplica-se PARCELA VARIÁVEL POR INDISPONIBILIDADE (PVI) a uma FT quando ocorrer DESLIGAMENTO PROGRAMADO ou OUTROS DESLIGAMENTOS da referida FT.

3.1.3 Aplica-se PVI, com os mesmos parâmetros de OUTROS DESLIGAMENTOS, a uma FT assistida remotamente enquanto ela permanecer energizada e houver impossibilidade de utilização de seus equipamentos para manobra ou operação” (grifou-se)

Veja que a PVI é calculado segundo fórmula estipulada pela ANEEL, em função do tempo em que as instalações permaneçam indisponíveis:

Figura 6 – Fórmula de Cálculo da PVI

$$PVI = \frac{PB}{24.60.D} \cdot \left(K_p \cdot \sum_{i=1}^{NP} PADP_i + \sum_{j=1}^{NO} (K_{O_j} \cdot PAOD_j) \right) \quad \text{Eq.3}$$

sendo:

- D*: Número de dias no mês da ocorrência;
- 24.60.D*: Número de minutos no mês da ocorrência;
- PB*: PAGAMENTO BASE da FT relativo ao mês de início da ocorrência do evento;
- PADP_i*: Período Associado a DESLIGAMENTO PROGRAMADO *i*, em minutos;
- PAOD_j*: Período Associado a OUTRO DESLIGAMENTO *j*, em minutos;
- K_p*: Fator multiplicador para DESLIGAMENTO PROGRAMADO (Anexo I);
- K_O*: Fator multiplicador para OUTROS DESLIGAMENTOS (Anexo I), sendo que esse fator será reduzido para *K_p* após o 300º minuto;
- NP*: Número de DESLIGAMENTOS PROGRAMADOS da FT ocorrido ao longo do mês; e
- NO*: Número de OUTROS DESLIGAMENTOS da FT ocorrido ao longo do mês.

Fonte: ANEEL (2021)

Ou seja, a PVI, nada mais é do que uma quantia financeira a ser descontada da RAP da concessionária quando da indisponibilidade de alguma FT.

2.5. PARCELA VARIÁVEL POR RESTRIÇÃO OPERATIVA

Ainda, caso restrinja a capacidade operativa de suas instalações de transmissão, a concessionária de transmissão também estará sujeita a redução de

sua RAP, por meio da aplicação de PVRO, pelo ONS, conforme o que aponta o “Módulo 4 – Prestação dos Serviços”, aprovado pela Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020:

“3.1.4 Aplica-se PARCELA VARIÁVEL POR RESTRIÇÃO OPERATIVA (PVRO) a uma FT quando houver restrição de CAPACIDADE OPERATIVA da referida FT.

3.1.5 O desconto da parcela variável correspondente a FT constituída por instalações sob responsabilidade de mais de uma concessão deverá ser aplicado à parcela de receita associada às instalações da TRANSMISSORA responsável pelo evento.” (grifou-se)

Nesse caso, o ONS estabelecerá os valores das restrições de curta e longa duração, tendo como referência o valor contratado, devendo ser atribuído o valor de 100 % (cem por cento) para o caso de haver risco ou ocorrência de queimada ou incêndio florestal que resulte na impossibilidade do uso de FT disponível.

A PVRO é calculada conforme as seguintes regras definidas pela ANEEL:

Figura 7 – Fórmula de Cálculo da PVRO

$$PVRO = \frac{PB}{24.60.D} \cdot \left(\sum_{i=1}^{NRL} (ROL_i \cdot DROL_i) + \sum_{c=1}^{NRC} (ROC_c \cdot DROC_c) \right) \quad \text{Eq.4}$$

sendo:

- D*: Número de dias no mês da ocorrência;
- 24.60.D*: Número de minutos no mês da ocorrência;
- PB*: PAGAMENTO BASE da FT relativo ao mês de início da ocorrência do evento;
- ROL*: Redução proporcional da CAPACIDADE OPERATIVA DE LONGA DURAÇÃO;
- ROC*: Redução proporcional da CAPACIDADE OPERATIVA DE CURTA DURAÇÃO;
- DROL*: Duração, em minutos, de uma restrição operativa de longa duração que ocorreu durante o mês para a FT submetida à restrição;
- DROC*: Duração, em minutos, de uma restrição operativa de curta duração que ocorreu durante o mês para a FT submetida à restrição;
- NRL*: Número de restrições operativas de longa duração no mês; e
- NRC*: Número de restrições operativas de curta duração no mês.

Fonte: ANEEL (2021)

Caso ocorra um evento que altere o valor da restrição operativa temporária da FT, a PVRO será calculada com base na nova condição, a partir do momento de sua ocorrência.

A aplicação da PVRO de uma FT cessará quando a concessionária informar ao ONS a eliminação da restrição operativa ou a permanência da restrição operativa devida a terceiro.

2.5. PARCELA VARIÁVEL DE FT CONVERSORA

Especificamente para o caso de instalações de transmissão conversoras, ou seja, aquelas que fazem a conversão de corrente contínua para alternada e vice-versa, o ONS aplicará PVC quando a ocorrência de qualquer evento em FT conversora que implique em redução da capacidade de transmissão de potência ou impossibilidade de utilização de seus equipamentos para manobra ou operação.

Vejamos, nesse sentido, o que dispõe o “Módulo 4 – Prestação dos Serviços”, aprovado pela Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020, *in verbis*:

“3.2 As TRANSMISSORAS devem informar ao ONS o início e o término de cada INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA e a redução da capacidade de transmissão de potência dela resultante.

3.2.1 As TRANSMISSORAS devem manter os dados de forma auditável para fins de fiscalização.

3.3 As INDISPONIBILIDADES NA FT – CONVERSORA resultam na aplicação de PARCELA VARIÁVEL DE FT – CONVERSORA (PVC).”
(grifou-se)

Aliás, confira-se a fórmula do cálculo da PVC, estipulada pela ANEEL:

Figura 8 – Fórmula de Cálculo da PVC

$$PVC = \frac{PB}{24 \cdot 60 \cdot D} \cdot \sum_{i=1}^{NI} \left[\sum_{j=1}^N d_{ij} \cdot \left(0,025 + K_{ij} \cdot \frac{P_{ij}}{P_{nom}} \right) \right] \quad \text{Eq.5}$$

onde:

PB: PAGAMENTO BASE da FT – Conversora;

D: Número de dias no mês;

NI: Número de INDISPONIBILIDADES NA FT – CONVERSORA no mês;

N: Número de alterações no fator K da INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA *i* e/ou na capacidade de transmissão de potência durante a INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA *i*;

d_{ij}: Período, em minutos, da INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA *i* com a redução de capacidade *P_{ij}* e fator *K_{ij}*;

P_{ij}: Capacidade de transmissão de potência, em MW, reduzida no período *d_{ij}* em consequência da INDISPONIBILIDADE NA FT – CONVERSORA *i*; e

P_{nom}: Capacidade nominal contratada de transmissão de potência, em MW.

Fonte: ANEEL (2021)

Quando houver mais de uma indisponibilidade na FT Conversora, no mesmo período, para o cálculo da PVC é considerada a parcela incremental de redução da capacidade de transmissão de potência causada pela indisponibilidade.

2.6. DAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A APLICAÇÃO DE PVA, PVI, PVRO E PVC

Muito embora os aludidos descontos de PVA, PVI, PVRO e PVC sejam “automáticos” e diretamente relacionados com a existência de atrasos, indisponibilidades de rede ou restrições operativas, é certo dizer que existem situações que permitem a isenção dessas reduções das receitas das concessionárias de transmissão.

A exemplo da PVA, o “Módulo 4 – Prestação dos Serviços”, da Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020, da ANEEL, esclarece que “A PVA aplicada pelo ONS poderá ser recontabilizada caso a ANEEL, mediante solicitação da TRANSMISSORA, isente parcial ou totalmente a responsabilidade da TRANSMISSORA pelo atraso”.

Já no caso da PVI, o mesmo normativo orienta, dentre outras hipóteses, que “Não será considerado para aplicação da PVI o desligamento solicitado pela TRANSMISSORA por motivo de: a) segurança de terceiros; ou b) realização de serviços ou obras de utilidade pública.”

Da mesma forma, também há previsão regulatória no sentido de que “Caso ocorra queimada ou incêndio florestal em áreas que não estejam sob responsabilidade da TRANSMISSORA”, a concessionária poderá requerer ao ONS a isenção da PVI ou da PVRO correspondente.

E, ainda, a título de exemplo da PVC, tem-se que essa parcela também não poderá ser aplicada “quando a TRANSMISSORA apresentar relatório técnico demonstrando que o cancelamento foi motivado por condições climáticas adversas”.

Ou seja, é impossível se falar que a PVA, PVI, PVRO e PVC serão aplicadas a todo e qualquer caso de desligamento da rede de transmissão, já que, em algumas

situações expressamente previstas na norma regulatória, essa realidade não se impõe.

Nesse mesmo sentido, insta salientar que existem episódios de atraso, indisponibilidade ou restrição da capacidade operativa de instalações de transmissão de energia elétrica que resultam de fatores alheios à vontade da concessionária e fogem completamente ao seu controle.

Esses casos são reconhecidos pela ANEEL e pelo ONS como hipóteses de “caso fortuito e força maior” e, portanto, também passíveis de isenção de PVA, PVI, PVRO e PVC, conforme bem esclarece o “Módulo 4 – Prestação dos Serviços” da ANEEL:

“Caso fortuito ou força maior

6.7 Quando a TRANSMISSORA alegar, por meio de requerimento específico, que o desligamento de uma FT for decorrente de **caso fortuito ou força maior**, que interfiram na prestação do serviço, o ONS avaliará a possibilidade de **desconsideração do período correspondente**.

6.7.1 O requerimento, para fins de avaliação e aprovação pelo ONS, deve ser acompanhado de relatório técnico demonstrando que o evento foi originado por caso fortuito ou força maior.

6.7.2 No caso de desligamento de emergência, o requerimento deve comprovar que esse foi realizado com o objetivo de evitar riscos à segurança das instalações, do sistema ou de terceiros, sem tempo hábil para programação prévia de intervenção de acordo com os PROCEDIMENTOS DE REDE.

6.7.3 Cessado o evento causador do desligamento, relativo a uma FT - Linha de Transmissão, deverão ser observados os prazos a seguir estabelecidos, a partir dos quais será iniciada a consideração do período, classificado como OUTROS DESLIGAMENTOS, para efeito de desconto da PVI: a) no caso de queda ou dano de estrutura, independente de desprendimento ou queda de cabo ao solo: 20 (vinte) horas para a detecção dos locais de falha, isolamento e mobilização, adicionadas 40 (quarenta) horas para o reparo de cada estrutura afetada de circuito simples e 50 (cinquenta) horas para o reparo de cada estrutura afetada de circuito duplo, sem consideração de tempo adicional referente ao PERÍODO NOTURNO; e b) no caso de desprendimento ou queda de cabo ao solo sem queda ou dano de estrutura: 8 (oito) horas por fase ou cabo para-raios e por trecho entre estruturas, não sendo computado o eventual PERÍODO NOTURNO utilizado para a localização da falha. 6.7.3.1 A TRANSMISSORA poderá solicitar prorrogação do início da contagem do prazo de recomposição em função de dificuldades para acesso ao local relacionadas com o evento causador do caso fortuito ou força maior, sendo necessário encaminhamento de relatório para avaliação do ONS.” (grifou-se)

Nesse contexto, desligamentos que resultem de caso fortuito ou força maior não estão sujeitos aos desconto ora em voga, desde que reestabelecidos dentro da franquia de tempo conferida pela norma ou desde que devidamente comprovados e

submetidos à análise do ONS ou, em caso de indeferimento desta instituição, submetidos à análise da ANEEL.

3. A APLICAÇÃO DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

3.1. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O art. 393, do Código Civil de 2002, estabeleceu requisitos objetivos para fins de enquadramento de eventual situação como hipótese de caso fortuito ou força maior, senão vejamos *in verbis*:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Ou seja, para o legislador ordinário, em havendo “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” resta configurado o caso fortuito ou a força maior, inexistindo qualquer distinção entre tais institutos.

Por outro lado, do ponto de vista doutrina doutrinário, o caso fortuito não se confunde com a força maior.

Nesse sentido, CAVALIERI FILHO (2004, p. 84) explica que:

“o Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível”

Nessa linha, entende-se que o caso fortuito é aquele evento oriundo de ação humana imprevisível e inevitável, ao passo que, a força maior diz respeito a eventos inevitáveis ligados às forças da natureza. Ambas as hipóteses são compreendidas pela doutrinas como situações capazes de romper o nexos causal entre a conduta e o resultado danoso.

Todavia, não para por aí. A doutrina mais atual vem, sob respaldo dos Tribunais brasileiros, traçando uma nova distinção entre caso fortuito interno e caso fortuito externo.

Sobre o tema, VENOSA (2013, p. 60) menciona que: “Ganha repercussão mais recentemente a diferença entre o caso fortuito interno e o caso fortuito externo. O chamado fortuito interno tem sido considerado insuficiente para afastar a responsabilidade.”

Para CAVALIERI FILHO (2019, p. 99):

“Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível (...) que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo prestador do serviço (...). O fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço, porque está ligado à organização da empresa. Embora a sua ocorrência seja inevitável, as consequências são evitáveis, pelo menos em grande parte, pelo estado da técnica. O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio, não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao seu fornecimento (...) razão pela qual exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço.”

Em resumo, entende-se por fortuito interno a situação imprevisível, mas que está ligada ao risco da atividade exercida, não sendo passível, portanto, de afastar a responsabilidade do agente. Já o fortuito externo é entendido como o fato imprevisível estranho à atividade exercida, razão pela qual exclui eventual responsabilidade.

3.2. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NOS CASOS DE INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

O tema acerca da aplicação de caso fortuito e força maior no segmento de transmissão de energia elétrica não é novo e muito menos escasso.

Tanto isso é verdade que, desde a Resolução Normativa nº 270, de 26 de junho de 2007, a ANEEL expressamente previu a possibilidade de isenção de descontos de PVA, PVI, PVRO e PVC para os eventos de caso fortuito e força maior, dentre outras situações expressas de sabotagem, calamidade pública, de emergência e por motivo de segurança de terceiros. Confira-se *in verbis*:

“Art. 18. Quando o desligamento de uma FT for qualificado pela concessionária de transmissão como decorrente de **caso fortuito ou força maior** ou de situações de sabotagem, terrorismo, calamidade pública, de emergência e por motivo de segurança de terceiros, que interfiram na prestação do serviço, ela poderá requerer ao ONS a desconsideração do período correspondente.” (grifou-se)

A seu turno, a aludida Resolução Normativa foi revogada pela Resolução Normativa ANEEL nº 729, de 28 de junho de 2016, que, em seu texto, deixou de incluir situações de sabotagem, terrorismo, calamidade pública, emergência e motivo de segurança de terceiros como hipóteses expressas de excludente de responsabilidade, mantendo apenas aquelas decorrentes de “caso fortuito ou força maior”. Vejamos *in fine*:

“Art. 16. Quando a concessionária de transmissão alegar, por meio de requerimento específico, que o desligamento de uma FT for decorrente de **caso fortuito ou força maior**, que interfiram na prestação do serviço, o ONS avaliará a possibilidade de desconsideração do período correspondente.”
(grifou-se)

Muito embora tais itens tenham sido retirados do texto normativo, insta salientar que os contratos de concessão das concessionárias de transmissão contém cláusula que expressamente afasta a responsabilidade das transmissoras quando da ocorrência de desligamentos de instalações de transmissão decorrentes de “sabotagem, terrorismo e catástrofes consideradas calamidades públicas, bem como as causadas por caso fortuito ou força maior” (e desde que reconhecidas pela ANEEL). Analisa-se:

“As indisponibilidades da prestação do serviço decorrentes de **sabotagem, terrorismo e catástrofes consideradas calamidades públicas, bem como as causadas por caso fortuito ou força maior, reconhecidas pela ANEEL**, não estão sujeitas à aplicação de penalidades previstas neste CONTRATO”
(grifou-se)

Ainda, imperioso apontar que a Resolução Normativa nº 726, de 28 de junho de 2016, foi posteriormente revogada pela Resolução Normativa nº 782, de 19 de setembro de 2017, a qual, em nada alterou o texto da antiga norma.

Ato contínuo, a então Resolução Normativa nº 782, de 2017, foi revogada pela atual Resolução Normativa nº 906, de 08 de dezembro de 2020, a qual, de igual modo, manteve a isenção de PVA, PVI, PVRO e PVC nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Sendo assim, forçoso concluir que se um evento ocorre de forma imprevisível e inevitável, estranho à atividade da empresa, deve ser considerado como fortuito externo e, portanto, apto a afastar a responsabilidade da concessionária de transmissão de energia elétrica.

Ocorre, porém, que nem sempre a ANEEL vem concluindo deste modo.

3.3. O ENTENDIMENTO DA ANEEL ACERCA DA APLICAÇÃO DE PARCELA VARIÁVEL

Desde o passado, a ANEEL vem justificando a adoção da Parcela Variável como um mecanismo de incentivo à busca de maior eficiência pelas concessionárias de transmissão de energia elétrica, ao invés de uma mera “penalidade”, o qual é aplicado conforme o grau de eficiência do serviço público e que é passível de isenção nos casos que extrapolem a gerência das concessionárias de transmissão.

Não à toa, conforme verifica-se do Parecer 0668/2011/PGE-ANEEL/PGF/AGU, de 20 de outubro de 2011, a Procuradoria Geral Federal da ANEEL esclareceu que a Resolução Normativa nº 270, de 2007, veio a lume com o objetivo de que (i) “sejam mais bem remuneradas as concessionárias que prestem o serviço em níveis qualitativos superiores aos padrões definidos normativamente”, enquanto (ii) “aquelas concessionárias que não atinjam a meta qualitativa estipulada se sujeitem a um decréscimo remuneratório proporcional a essa prestação insatisfatória do serviço na Receita Anual Permitida – RAP”.

Ainda, nessa mesma oportunidade, a Procuradoria Federal esclareceu que:

“longe de configurar uma penalidade, a **Parcela Variável insere-se na concessão como componente da remuneração da Concessionária, possibilitando a variação do lucro da mesma em conformidade com o grau de eficiência do serviço prestado.**

15. A Parcela Variável constitui-se num **mecanismo de incentivo** à busca de maior eficiência pelos concessionários de transmissão. **Trata-se, outrossim, de elemento inerente à equação econômico-financeira do contrato**, de forma que mantidas as mesmas condições da época da celebração do contrato, não há fundamento que justifique a suspensão dos efeitos da cláusula a ela referente.

(...)

18. As ocorrências de indisponibilidade das linhas são eventos comuns na operação de sistemas de transmissão, havendo mesmo a previsão de desligamentos programados. **O objetivo, pois, da introdução nos novos contratos de concessão de transmissão, do mecanismo da Parcela Variável não é penalizar a empresa e sim estimulá-la a investir em eficiência e produtividade de forma que os desligamentos passem a ocorrer com a menor frequência possível.**

19. No ano 2007, após um período de cerca de 5 anos de discussões na agência e com os diversos agentes do setor elétrico, a ANEEL publicou em 09 de julho de 2007 a Resolução Normativa nº 270/2007, que estabelece as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, aplicada 330 dias após a publicação, especificamente para as instalações de rede básica.

(...)

24. A resolução dispõe, ainda, dos desligamentos com **isenção de PV, por extrapolarem as possibilidades de gestão da empresa**, particularmente aqueles necessários para obras de ampliação da rede, os solicitados ou por ação indevida do ONS, os decorrentes de **caso fortuito ou força maior**, os resultantes de queimadas em vegetação pertencente áreas de preservação permanente, entre outros descritos no documento.” (grifou-se)

Ou seja, é possível analisar que a orientação da ANEEL sempre caminhou no sentido de que a aplicação da Parcela Variável é necessária à prestação de um serviço público de transmissão de alta qualidade, admitindo sua isenção apenas em casos excepcionais, como aqueles de caso fortuito ou força maior (necessários, imprevisíveis e inevitáveis).

Aliás, em oportunidade anterior, a Procuradoria bem explanou no Parecer 125/2020-PGE/ANEEL, de 22 de fevereiro de 2010, que um evento:

“pode caracterizar caso fortuito ou força maior, a depender da **comprovação**, a ser feita à luz das circunstâncias do caso concreto, de que os referidos eventos realmente ensejaram o desligamento involuntário da FT e **não podiam ser evitados ou impedidos pela concessionária, observadas as especificações do projeto e da fabricação do empreendimento, bem como os procedimentos de montagem, construção, comissionamento, operação e manutenção.**” (grifou-se)

Em que pese seja clara a possibilidade de isenção da aplicação da Parcela Variável sobre a RAP das concessionárias de transmissão em casos atípicos, tem-se que a ANEEL passou a recusar, de modo geral, a abonação desses descontos, muito em razão da dicotomia doutrinária entre caso fortuito “interno” e caso fortuito “externo”. Explica-se.

Após a negativa de isenção da Parcela Variável, as concessionárias de transmissão recorrem à ANEEL para que esta, enquanto Agência reguladora e fiscalizadora do setor elétrico, analise a possibilidade de afastamento dos descontos às receitas das transmissoras.

Tratando-se de questão jurídica, os órgãos de deliberação da ANEEL possuem a prerrogativa de pedir a opinião da Procuradoria Federal desta Agência, a fim de que tomem a decisão mais adequada à norma jurídica e regulatória.

Nesse sentido, o que passou a ocorrer foi a existência de pareceres opinativos recomendando pela inserção de eventos excepcionais na seara do chamado “fortuito interno”.

Ainda que meramente opinativos, como tratam de questões jurídicas – atreladas à norma –, os pareceres jurídicos possuem grande importância para a tomada de decisão pela ANEEL.

Assim, nessa linha, a Diretoria da ANEEL passou, ainda no início da vigência da Resolução Normativa nº 270, de 2007, a negar pedidos de isenção de Parcela Variável com base no risco do negócio das transmissoras, conforme se analisa do voto do antigo Diretor da ANEEL, Romeu Donizete Rufino:

“Em 20 de julho de 2011, a Transmissora Aliança de Energia Elétrica S.A. – TAESA protocolou correspondência por meio da qual relatou que, em razão da contaminação do óleo isolante com enxofre corrosivo, ocorreu a falha no reator da LT 500 kV Gurupi-Miracema C2, na subestação Gurupi, no dia 11 de abril de 2010, provocando a indisponibilidade da referida Função Transmissão e gerando um desconto de parcela variável de R\$ 1.210.526,52 (um milhão, duzentos e dez mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e dois centavos). 2. A TAESA apresentou ainda uma síntese da situação atual das ações empreendidas nos equipamentos contaminados com enxofre corrosivo e as dificuldades encontradas para o cumprimento das ações corretivas em curto prazo e, ao final, solicitou a isenção de aplicação da Parcela Variável por Indisponibilidade (PVI) da referida linha de transmissão. (...)

15. **Compartilho do entendimento da PGE** de que a alegação de “limitação de atendimento pelos fabricantes dos equipamentos”, não constitui elemento abonador da aplicação da Parcela Variável, pois **trata-se de risco ordinário do negócio**, ou seja, é implícito à prestação do serviço público de transmissão a possibilidade da concessionária enfrentar problemas pela falta de peças junto aos fabricantes.

(...)

21. Diante do exposto e com base nos documentos constantes do Processo n. 48500.003218/2011-72, voto por (i) conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Transmissora Aliança de Energia Elétrica S.A. - TAESA, em face do Despacho n. 3.171, de 5 de agosto de 2011.” (Voto – Diretor Relator Romeu Donizete Rufino – Processo Administrativo nº 48500.003218/2011-72 – 17/11/2011 - grifou-se)

Com o decorrer dos anos, esse entendimento passou a ganhar ainda mais força, já que a Diretoria da ANEEL passou a adotá-lo juntamente com o argumento de que tais riscos ordinários não podem ser transferidos aos consumidores, sob pena de onerosidade excessiva destes. Confira-se:

“Não é admissível, portanto, que a concessionária alegue razões de isolamento do local do abalroamento, da complexidade de realizar serviços em ambientes aquáticos, enfim, que **são características intrínsecas do**

negócio decorrente do contrato de concessão, para alegar que seu caso é excepcionalíssimo. A responsabilidade dos riscos do negócio assumidos pela transmissora, portanto, não podem ser arcados pelos consumidores dos serviços e pela ANEEL.

36. Desta forma, cumpre-me discordar de que a situação narrada apresenta características técnicas especiais, para além dos casos estipulados na ReN nº 270/2007.

(...)

Por mais que não seja rotineiro que ocorra um abalroamento e a queda de uma LT, impõe-se que a transmissora esteja preparada para esta ocorrência, para suas consequências, bem como para o reestabelecimento do serviço.

Para este tipo de fortuito interno, portanto, deve a concessionária se antever” (Voto – Diretor Relator Efrain Pereira da Cruz – Processo Administrativo nº 48500.003858/2016-97 – 27/11/2018 – grifou-se)

E mais: a tendência que passou a se verificar no âmbito administrativo foi a modulação do entendimento do ONS pelas próprias Superintendências ANEEL.

Ou seja, na prática, a ANEEL passou a repassar, informalmente, as suas diretrizes de aplicação de Parcela Variável ao ONS, gerando quebras de confiança entre os agentes e a Administração Pública, já que, por meio de decisões surpresas, o ONS passou a aplicar descontos a eventos que assim não costumava fazer.

Tal fato pode ser claramente observado pelas respostas que o ONS confere à ANEEL no âmbito dos processos administrativos. Vejamos o exemplo abaixo:

“casos em que foram acatadas alegações de ocorrência de sabotagem ou vandalismo, como excludente para afastamento de PVI, com discriminação da causa do evento e as razões de acolhimento por parte do ONS.

Inicialmente, cumpre informar que as alegações de vandalismo não estão previstas na regulação como excludente para afastamento de PVI e, portanto, não foram consideradas para essa finalidade. Por outro lado, as caracterizações de sabotagem foram consideradas de formas distintas em três diferentes períodos, a saber:

Período 1: Até 14 de março de 2018, os eventos comprovados de sabotagem foram apurados como Caso Fortuito ou Força Maior, com isenção de PVI, tendo por base a Resolução Normativa ANEEL vigente.

Período 2: No período de 14 de março de 2018 a 07 de fevereiro de 2019, os eventos de sabotagem deixaram de ser apurados pelo ONS como Caso Fortuito ou Força Maior, **conforme orientação da ANEEL, após reunião do ONS com a SRT/ANEEL, realizada no dia 14 de março de 2018. Durante esse período os agentes deveriam recorrer à SRT/ANEEL que avaliaria a caracterização ou não de isenção.**

Período 3: A partir de 07 de fevereiro de 2019, apenas os eventos que apresentassem características inequívocas de atos de sabotagem poderiam ser apurados como Caso Fortuito ou Força Maior pelo ONS, com isenção de PVI, **conforme orientação da SRT/ANEEL manifestada por meio de mensagem encaminhada ao ONS naquela data.**” (CARTA ONS - 0058/DGL/2020 - Processo nº 48500.000526/2019-01 – 02/03/2020 – grifou-se)

Essa situação vem cada vez mais se repetindo e movimentando a ANEEL, em razão de insatisfação por parte dos agentes.

A título exemplificativo, oportuno mencionar que, recentemente, uma série de agentes ingressaram perante a Agência para fins de discutir uma mudança brusca de entendimento do ONS, que já vinha sendo adotado durante mais de uma década. É o caso da aplicação de PVI em razão da queda de balões em ativos de transmissão.

Nesse caso específico, o ONS vinha adotando, há mais de 10 (dez) anos, o entendimento de que não é passível a aplicação de PVI em razão de queda de balões em linhas de transmissão, já que tais situações configuram caso fortuito ou força maior.

Todavia, no ano de 2020, o ONS passou a aplicar PVI para esses casos, ainda que sob o argumento de que:

“... queda de balões em instalações de transmissão, **ainda que inevitáveis**, são de ocorrências esperadas nos sistemas de transmissão, que possuem características intrínsecas aos serviços de rede: são equipamentos expostos a ação do tempo, condições ambientais, falhas humanas, ações de terceiros, entre outros. Sendo assim, **não há isenção da PVI para esta situação.**” (Processo Administrativo 48500.006325/2020-43. - grifou-se)

Instada a se manifestar sobre o tema, a ANEEL, por meio de sua Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão (SRT), entendeu por bem manter o posicionamento do ONS, sob o costumeiro argumento de que a queda de balões se enquadraria no risco do negócio da concessionária de transmissão e, portanto, configuraria “fortuito interno”. Confira-se *in verbis*:

“A interrupção do serviço de transmissão por uma ação realizada por terceiro não exclui necessariamente as responsabilidades do agente de transmissão, pois representam riscos inerentes ao negócio praticado, podendo constituir, como no presente caso, um “fortuito interno”. (...) as quedas de balão aqui trazidas pela empresa são ocorrências do tipo “corpos estranhos e objetos”, que possuem uma certa recorrência. Assim, não se vê qualquer fato que as diferencie dos milhares de outras ocorrências que se registram nas linhas de transmissão e de distribuição do país” (Nota Técnica nº 107/2020-SRT/ANEEL – 22/12/2020)

Após a interposição de recurso administrativo em face desse entendimento, a Diretoria da ANEEL avaliou adequado intimar a Procuradoria Federal para que esta expressasse o seu entendimento acerca do tema.

Nesse ínterim, corroborando com o Parecer 125/2020-PGE/ANEEL, de 22 de fevereiro de 2010, o qual trazia a conclusão de “a queda de balões e pipas sobre a Função Transmissão pode caracterizar caso fortuito ou força maior”, Procuradoria Federal exarou o Parecer nº 00200/2021/PFANEEL/PGF/AGU, de 05 de julho de 2021, por meio do qual opinou pelo provimento do recurso, uma vez que os eventos de queda de balões configuram “fortuito externo”, apto a isentar a aplicação de PVI:

“20. Pois bem, no caso concreto, o lançamento de balões é ato doloso e exclusivo de terceiro. Assim, a sua interferência nas linhas de transmissão é fato externo à prestação do serviço, bem como não evitável pela concessionária. 21. Cabe ressaltar, aliás, que a Aneel não pode exigir das concessionárias algo impossível, como seria impor-lhes a obrigação de evitar ou impedir o ato criminoso praticado por terceiro ou interceptar o balão antes de cair nas instalações de transmissão. 22. Fica clara, portanto, a natureza de fortuito externo no caso sob exame. Em situação idêntica à presente, a PF/Aneel reconheceu a natureza de fortuito externo ao evento. A título de exemplo, faz-se referência ao Parecer n. 125/2010-PGE/ANEEL. 23. Assim, por aplicação direta do artigo 6º, § 3º, I, da Lei n. 8.987/1995, do artigo 16, § 2º, II, da Resolução n. 729/2016, com redação dada pela Resolução Normativa n. 782/2017, que se encontrava vigente à época do fato, concluo que a concessionária não pode ter a PVI descontada em razão do lançamento criminoso de ar quente contra suas instalações de transmissão. 24. Em conclusão, caso se encontrem satisfeitos os requisitos do artigo 16, § 2º, II, da Resolução n. 729/2016 - vigente à época dos fatos, e, por isso, aplicável à espécie -, deve-se dar provimento ao recurso.” (grifou-se)

Foi diante dessa visão que a Diretoria da ANEEL, de modo inovador para o setor, passou a admitir a máxima de que a “*Aneel não pode exigir das concessionárias algo impossível*”, de modo que nem todos os riscos podem ser suportados pela concessionária de transmissão. Vejamos *in fine*:

“57. Devidamente sedimentado o entendimento de que os contratos de concessão **não transferem ao particular todos os riscos de implementação do empreendimento, tem-se que esses riscos, consoante doutrina clássica, são divididos entre as partes contratantes, de acordo com a natureza ordinária ou extraordinária do evento.**

58. Portanto, entende-se que a temática discutida neste Processo está inserida na álea extraordinária do empreendedor e, assim, decide-se por deferir o pleito da ISA CTEEP de isenção da aplicação de PVI referente aos desligamentos de FT, ocorridos em maio, julho e agosto de 2020, ocasionados por queda de balões em ativos de transmissão.

(...)

60. Diante do exposto e da documentação constante do Processo nº 48500.006325/2020-43, voto por CONHECER e, no mérito, DAR PROVIMENTO ao Recurso Administrativo interposto pela Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (“ISA CTEEP”), reformando-se o teor do Despacho SRT nº 3.640, de 2020, e especialmente para os fins de **isentar da aplicação de Parcela Variável por Indisponibilidade (“PVI”)** referente aos desligamentos de Funções Transmissão (“FT”) da ISA CTEEP, ocorridos em maio, julho e agosto de 2020, ocasionados por **queda de balões em ativos de transmissão.**” (Voto – Diretor Relator Sandoval Feitosa

- Processo Administrativo nº 48500.006325/2020-43 – 12/04/2022 – grifou-se)

E ainda, no que diz respeito à transferência do ônus da Parcela Variável ao consumidor, válido destacar que o novo entendimento da Agência é no sentido de que o repasse de riscos não controláveis pela concessionária também implica no aumento de custos dos usuários, revelando-se adequado, que em hipóteses excepcionais, os consumidores arquem com o ônus da PV, como bem aponta MARQUES NETO (2016, p. 184):

“Ao leigo poderia parecer um ótimo arranjo atribuir ao concessionário os mais variados e imponderáveis riscos. Porém, a todo risco se associa um custo. Um arranjo concessório que atribua ao privado um plexo de riscos que ele, concessionário, não consegue avaliar e absorver, leva ao encarecimento da contrapartida que os particulares exigem para aceitar tal encargo. Em suma, todo o universo de cidadãos usuários do serviço público concedido arcará com o custo de um potencial sinistro que pode, inclusive, não se concretizar. Tivesse o poder concedente assumido para si esse risco, só teria de distribuir entre os cidadãos usuários os custos do evento danoso se e quando materializado o sinistro.”

Note que essa nova linha de entendimento foi tão inovadora ao setor elétrico brasileiro que acabou dando azo para flexibilização de algumas situações que vinham, no passado, sendo inseridas na álea ordinária do agente, como é o caso, por exemplo, “da culpa exclusiva de terceiro” e do “ato de sabotagem”, os quais era entendidos pela Agência como hipóteses aptas a aplicação de Parcela Variável, uma vez que a concessionárias poderiam, em tese, buscar junto a terceiros o reembolso pelos prejuízos eventualmente sofridos. Analisa-se *in verbis*:

“1. Em 28 de maio de 2018, ocorreu desligamento automático devido à curto-circuito monofásico envolvendo a fase C da Linha de Transmissão (LT) 500 kV Ribeiro Gonçalves – São João do Piauí C1, atribuído, segundo a Transmissora Aliança de Energia S.A. (Taesa), **por disparos de arma de fogo na cadeia de isoladores da Torre nº 577.**

(...)

54. Do exposto, identifico que **o caso em análise é excepcional** dado que não há histórico de desligamentos decorrentes de disparos em cadeia de isoladores e diante da quantidade expressiva de isoladores danificados. Ainda, com base nas informações apresentadas, não identifico conduta comissiva ou omissiva do concessionário que tenha contribuído para o desligamento.

55. Sobre a PVI, quando a Agência isenta a transmissora do desconto, automaticamente há um reflexo no direito do consumidor de ter a prestação do serviço adequada, conforme os indicadores de qualidade contratados. **Porém, ao exigir que a transmissora adote soluções de engenharia e segurança visando evitar todo o tipo de desligamento, inclusive os oriundos de sabotagem, poderá haver a majoração do valor da prestação do serviço em leilões futuros, de modo que o consumidor arcará com valores maiores na tarifa.**

(...)

58. A LT 500 kV Ribeiro Gonçalves – São João do Piauí não possuía histórico de desligamento decorrente de vandalismo, e, quando verificado, foi durante um movimento nacional de greve dos caminhoneiros. Sendo assim, **considero que os elementos indiciários demonstram uma relação entre o desligamento e os protestos do movimento grevista, o que permite classificar o caso como ato de sabotagem.**” (Voto – Diretor Relator Giacomo Francisco Bassi Almeida – Processo Administrativo nº 48500.000526/2019-01 – 27/09/2022 - grifou-se)

“93. Diante da situação fática e específica deste caso concreto e tendo em vista a manifestação da Procuradoria Federal, emanada pelo Parecer nº 00308/2020/PFANEEL/PGF/AGU, compreendo que o desligamento da Linha de Transmissão 500kv Ribeiro Gonçalves/São João do Piauí C2, ocorrido em 26 de julho de 2018, **foi causado pela "utilização de uma espécie de maçarico artesanal criado com um botijão de gás caseiro", o que considero ato de sabotagem, isto é, uma ação dolosa de terceiro com o objetivo de prejudicar a prestação do serviço, para a qual a concessionária não estaria preparada para evitar ou impedir.**

(...)

95. Frente ao exposto e considerando as especificidades do caso em tela, bem como o disposto na REN nº 729/2016, no Código Civil e no Contrato de Concessão nº 1/2008, recomendo que o presente Recurso Administrativo seja conhecido e tenha o seu mérito acolhido, reconhecendo o evento que deu origem ao desligamento como **caso fortuito ou de força maior para fins de aplicação do desconto de PVI.**” (Voto – Diretora Relatora Elisa Bastos Silva – Processo Administrativo nº 48500.001193/2019-20 – 23/08/2022 – grifou-se)

O reconhecimento de que as concessionárias de transmissão não são capazes de evitar todos e quaisquer eventos e de que não assumem o risco integral da prestação do seu serviço revela-se um importante passo inicial para o desenvolvimento da relação trilateral, entre a transmissora, a ANEEL e o consumidor, sob a qual se insere a PVI.

Muito embora muitos casos típicos de caso fortuito e força maior ainda não estejam sendo reconhecidos como excludente de responsabilidade pela ANEEL, sob o argumento de se inserirem na seara do risco do negócio (como é o caso de greves e eventos de vandalismo, por exemplo), nota-se que as recentes decisões emblemáticas representam um marco ao tratamento dos eventos de caso fortuito e força maior pela Agência Reguladora, sobretudo, do ponto de vista de previsibilidade, confiabilidade e segurança aos agentes e aos próprios consumidores.

3.4. A REVISÃO DA APLICAÇÃO DA PARCELA VARIÁVEL PELO PODER

JUDICIÁRIO

A análise de decisões da ANEEL de PVA, PVI, PVRO e PVC pelo Poder Judiciário se dá em duas frentes.

A primeira delas advém de processos (geralmente mandados de segurança) ajuizados pelas concessionárias de transmissão de energia elétrica que buscam a suspensão da aplicação dos descontos de Parcela Variável – os quais, na maioria das vezes, são milionários - até a conclusão do processo administrativo que discute a legalidade desses mecanismos no caso concreto.

Em suma, as concessionárias visam socorrer-se à máquina judiciária tão somente para que não sofram descontos milionários de Parcela Variável até que a legalidade desses descontos e a eventual existência de excludentes de responsabilidade seja definitivamente analisada pela ANEEL.

Trata-se, nesse sentido, de uma atuação sumária do Poder Judiciário, que não adentra no mérito, mas que cinge-se a verificar, liminarmente, a presença da probabilidade do direito e do perigo de dano.

Quanto a isso, uma vez recebido o pedido, verifica-se uma certa resistência dos magistrados atuantes da primeira instância judiciária em reconhecer a presença de tais requisitos, já que se baseiam no argumento de que o ato administrativo emanado pela ANEEL, autarquia responsável por regular e fiscalizar o setor elétrico, ostenta presunção de legitimidade, especialmente considerando que a tese de excludente de responsabilidade sustentada pela concessionária depende de provas para serem confirmadas e/ou produzidas. Analisa-se os exemplos abaixo:

“Cuida-se de mandado de segurança (...) objetivando a declaração do direito a não ter descontos de PVI – Parcela Variável por Indisponibilidade, à sua receita em razão de indisponibilidade de suas funções de transmissões causadas por quedas de balões nos episódios apontados nesta ação, até que a ANEEL conclua a análise e julgamento do requerimento administrativo destes casos, Prot. 48513.025120/2020.

(...)

Como forma de respeitar **o princípio da separação dos poderes e evitar uma indevida e precipitada ingerência do Poder Judiciário em questões de índole administrativa**, entendo que a questão não deve ser deferida, por ora, mormente neste momento, furtando à autoridade coatora a possibilidade de se manifestar em contraditório. Como cediço, **as decisões administrativas não devem ser desconstituídas liminarmente, diante da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.**

Assim, em que pese toda argumentação tecida pela parte demandante em seu petítório inicial, entendo que não há, nesse exame sumário, elementos suficientes e capazes de justificar uma açodada apreciação da matéria posta nestes autos, sem que antes se estabeleça o contraditório constitucional, quando então aportarão maiores esclarecimentos, indispensáveis à formação da convicção do Juízo.

Pelo exposto, **INDEFIRO** o pedido” (Processo nº 1054320-02.2020.4.01.3400 – Juíza Adverci Rates Mendes de Abreu - 20ª Vara/SJDF – 28/09/2020 – grifou-se)

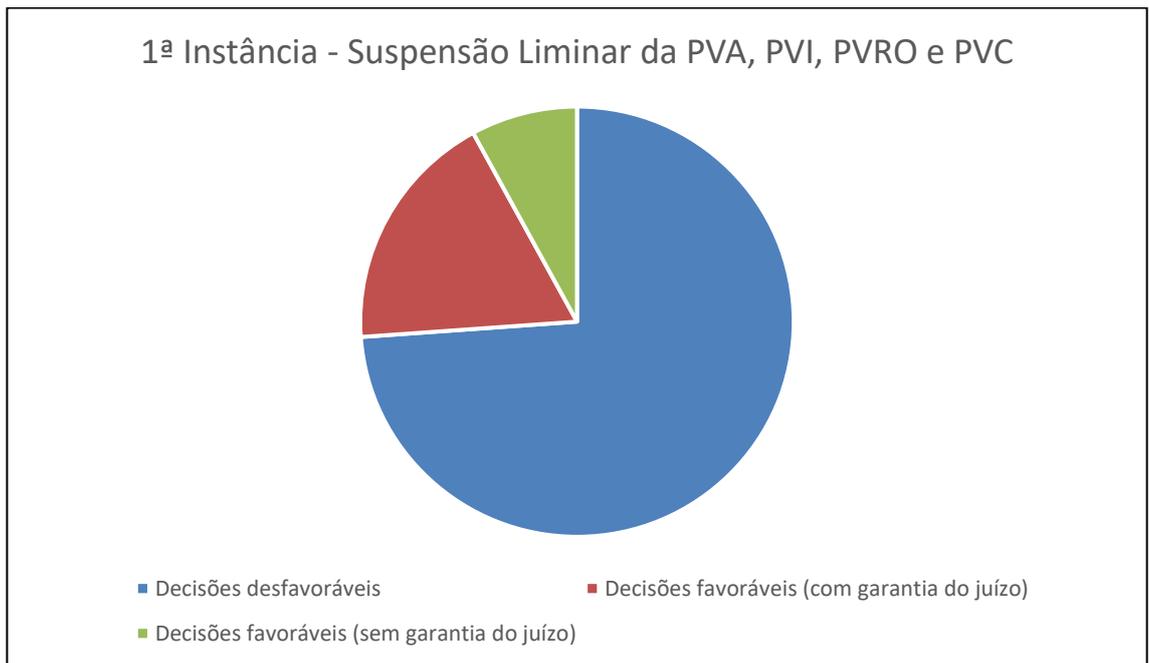
“Trata-se de ação de procedimento comum (...) por meio da qual objetiva, em sede de tutela provisória de urgência, que seja determinado às rés que se abstenham a efetuar novos descontos a sua receita (em relação aos episódios de PVI em questão), bem como que recontabilizem e devolvam os valores ilegalmente retirados de sua receita.(...)

em casos como o presente, **não se recomenda a desconstituição das decisões administrativas liminarmente, diante das presunções várias e notórias que militam em prol da Administração Pública (tanto mais se havido regular processo administrativo)**, que apenas regular instrução e contraditório (cognição exauriente), se e quando o caso, poderão derruir. Por fim, consigno que diante das circunstâncias fáticas probatórias do caso, o deslinde da controvérsia demanda dilação probatória, quiçá com a realização de prova técnica. Assim, pelos motivos acima explanados, reputo que não se encontra devidamente atendido o requisito da probabilidade do direito, indispensável à concessão da medida de urgência vindicada. Pelo exposto, **INDEFIRO** o pedido de tutela provisória de urgência.” (Processo nº 1072830-29.2021.4.01.3400 – Juiz Rolando Valcir Spanholo – 21ª Vara da SJDF – 15/10/2021 – grifou-se)

São raras as exceções em que as suspensões de PVA, PVI, PVRO e PVC ocorrem em primeira instância, sendo que a maior parte dessas decisões que concedem os pedidos das concessionárias de imediato encontram guarida em eventual garantia do juízo, por meio de depósitos judiciais ou seguros garantia que são prestados nos processos.

Nesse seara, em suma, o cenário em primeira instância, pode ser resumido da seguinte forma:

Gráfico 1 – Análise da Suspensão de Parcela Variável em Primeira Instância



Fonte: elaboração própria

Por outro lado, após indeferidos os pedidos, em sede recursal, os Tribunais costumam inclinar-se a deferir (seja por meio da via monocrática, seja por meio da via colegiada), a título precautivo, a suspensão dos descontos de Parcela Variável das receitas das concessionárias de transmissão, em obediência aos princípios da razoabilidade, do devido processo legal, duplo grau de jurisdição e ante o risco de prejuízo que a aplicação dos descontos pode ocasionar à prestação do serviço público. Confira-se, abaixo, alguns exemplos:

“(...) A execução sumária do desconto de receita, a um só tempo, viola o constitucional direito ao devido processo legal e traz prejuízo ao próprio ente público credor, o qual, por desconhecer o exato montante do prejuízo a ser ressarcido, pode vir a executar valor até mesmo inferior ao devido. (...)” (Agravo de Instrumento nº 0030426-05.2015.4.01.0000/DF, Des. Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, Tribunal Regional da 1ª Região – 16/06/2015 - grifou-se)

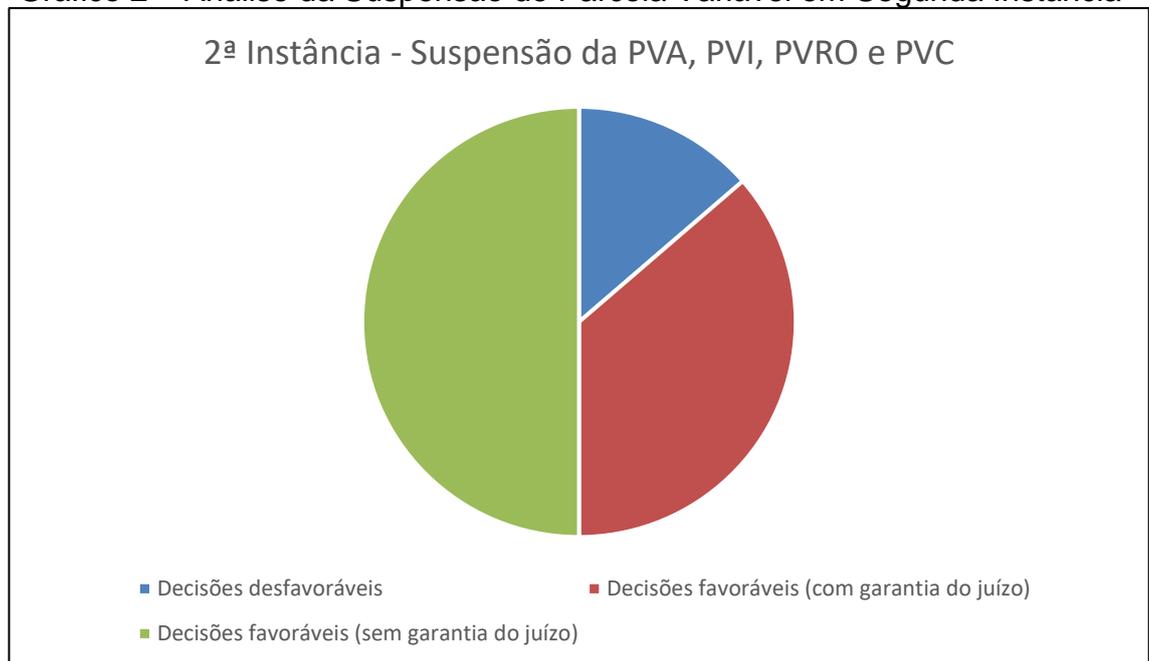
“(...) Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1019, I, do novo CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, notadamente em face sua natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, de forma a autorizar a suspensão da execução da penalidade em referência, até a definição sobre a legitimidade, ou não, da sua imposição, sob pena de frustrar-se o resultado da demanda instaurada naquele feito, em caso de procedência da demanda, com vistas nas garantias fundamentais da ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, incisos LIV e LV). (...)” (Agravo de Instrumento nº. 0019015-28.2016.4.01.0000/DF, Des. Federal Souza

Prudente, Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 12/04/2016 – grifou-se)

(...) o extenso prazo gasto para o licenciamento ambiental, não havendo causa que possa ser imputada à contratada, **configura causa de excludente de responsabilidade a justificar a exclusão do ônus decorrente do atraso no cumprimento do contrato a quem não deu causa**. Registre-se que a própria Aneel, apreciando o recurso administrativo, asseverando que as análises das licenças ambientais podem levar até 24 (vinte e quatro) meses, de acordo com a legislação pertinente, reconhece que, "diante de um cronograma de implantação de 50 (cinquenta) meses, dispensar metade ou mais desse tempo com licenciamento ambiental pode significar um razoável desafio aos empreendedores" (fl. 346). Ante o exposto, presentes os requisitos autorizadores, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, a fim de determinar a suspensão do desconto da Parcela Variável (PV) na Receita Anual Permitida (RAP), em decorrência do atraso para entrada em operação do empreendimento de que trata o Contrato de Concessão n. 012/2009.**" (TRF1. Decisão monocrática. Agravo de Instrumento nº 0039113-34.2016.4.01.0000;. Relator (a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro;. Data do julgamento: 04/08/2017 – grifou-se)

Nesse sentido, em sede de segunda instância, os pedidos de suspensão de Parcela Variável se apresentam da seguinte maneira:

Gráfico 2 – Análise da Suspensão de Parcela Variável em Segunda Instância



Fonte: elaboração própria

Já a segunda atuação do Poder Judiciário diz respeito a análise da legalidade do ato administrativo que aplica a Parcela Variável à receita da concessionária de transmissão, após esgotada a via administrativa.

Ou seja, nesse caso, a máquina judiciária é movimentada para anular, em definitivo, a decisão administrativa da ANEEL, recontabilizando-se a Parcela Variável já descontada ou suspendendo, também liminarmente, os descontos financeiros ainda não realizados.

Todavia, poucas foram as decisões a respeito desse tema.

Em maior número, o Poder Judiciário pôde apreciar - e, na maioria das vezes, conceder - os pedidos de antecipação de tutela formulados pelas concessionárias de transmissão para fins de suspender a aplicação dos descontos de Parcela Variável até o julgamento final da ação anulatória, em que pese venha manifestando uma maior preocupação com os consumidores. Veja-se *in fine*:

“Requeriu a parte autora (...) a anulação de todos os atos proferidos pelas Rés que aplicaram ilegalmente os referidos descontos de PVI à RAP das Transmissoras. Ocorre que o caso “fortuito interno”, conforme a jurisprudência a seu respeito, “apesar de também ser imprevisível e inevitável, relaciona-se aos riscos da atividade, inserindo-se na estrutura do negócio” (REsp 1.450.434), não havendo que se falar, por conseguinte, em excludente de responsabilidade, por parte da transmissora de energia, principalmente em face dos seus clientes e consumidores, esses os mais prejudicados pela falta de luz em suas casas. Não faz nenhum sentido que as transmissoras transfiram tal ônus, inerente ao risco do seu rentável negócio, para a ANEEL, o ONS e, muito pior e mais grave, para o consumidor!” (Processo nº 1064731-36.2022.4.01.3400/DF – Juiz Francisco Alexandre Ribeiro - 8ª Vara Federal Cível da SJDF – 10/10/2022 – grifou-se)

A seu turno, quanto a análise dos pedidos de anulação de atos administrativos de Parcela Variável, a maioria delas ainda está em curso, seja aguardando sentença, seja aguardando o julgamento de apelação.

Por ora, o que é certo afirmar é que a grande parte de tais análises depende da comprovação, pela concessionária de transmissão, do caso fortuito ou da força maior abonadora da aplicação da PVA, PVI, PVRO e PVC, conforme se vê da sentença abaixo, da qual a transmissora acabou recorrendo e, atualmente, aguarda julgamento do seu recurso:

“O cerne da controvérsia é definir se o desligamento da Linha de Transmissão LT 230 KV Vila do Conde Castanhal, em 10/12/2014, foi causada por **caso fortuito ou força maior** e, assim, ser desconsiderado para efeito de desconto da PVI da parte autora.

(...)

Ressalte-se que as conclusões presentes no memorando, notadamente a de que a observância da NBR 5422 evitaria o desligamento, estão revestidas de **presunção de legitimidade, que não foi afastada pela parte autora,**

conforme o ônus da prova que lhe incumbia. Registre-se que, intimada para especificar provas, informou que não possuía mais provas a produzir (fl. 545).

Por conseguinte, **como a parte autora não logrou provar que o desligamento da Linha de Transmissão LT 230 KV Vila do Conde Castanhal decorreu de caso fortuito ou força maior, o seu pedido não pode ser acolhido.**

Ante o exposto, REVOGO A DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA e **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS**, nos termos do art. 487, I, do CPC” (Processo nº 0059804-54.2016.4.01.3400 – Juiz Anderson Santos da Silva - 2ª Vara/SJDF – 26/11/2021 – grifou-se)

Em síntese, ainda há muito o que ser analisado pelo Poder Judiciário no que diz respeito ao tema de Parcela Variável atrelada a casos fortuito e força maior.

Cabe, portanto, às concessionárias, por meio de seus respectivos procuradores, encontrarem a melhor abordagem dos temas regulatórios perante a máquina judiciária, a fim de cabalmente comprovarem, por meio de documentos e outros tipos de provas, que não merecem a aplicação de PVA, PVI, PVRO ou de PVC.

E, a seu turno, cumpre ao Judiciário a melhor aplicação da norma jurídica e regulatória ao caso concreto, equilibrando a relação trilateral - transmissora, ANEEL e o consumidor – a qual a Parcela Variável está envolta, devendo observância, nesse sentido, ao Enunciado nº 20, do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (FONACRE), o qual orienta que “ao decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica, os juízes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo geral, a evolução do setor elétrico brasileiro durante os anos, fez com que seus segmentos ficassem mais estruturados e em constante crescimento, ensejando, cada vez mais, um ambiente seguro para aqueles que nele se inserem, a fim de funcionar, em última análise, como grande mola propulsora de investimentos externos.

As recentes decisões da ANEEL revelam-se, nesse contexto, de suma importância para o segmento de transmissão de energia e para todo o Setor Elétrico na medida em que garantem maior confiabilidade, previsibilidade e segurança jurídica às concessionárias de transmissão e aos usuários do sistema em geral.

Sem dúvida, o reconhecimento de que, em termos de Parcela Variável, a assunção de riscos exclusiva pela transmissora também é prejudicial aos consumidores significa uma quebra de paradigma que, por muito tempo, ficou enraizada sob a proteção do chamado “fortuito interno”.

Em que pese tais inovações e a tendente inclinação abertura para “o novo”, que muito está relacionada à orientação que a Procuradoria Federal vem dando à ANEEL, não se pode deixar de ignorar que a análise regulatória é casuística e todos os requisitos necessários à comprovação da excludente de responsabilidade devem ser cuidadosamente demonstrados pelas transmissoras.

O mesmo se dá no Poder Judiciário, considerando que, atualmente, existem diversos casos que estão pendentes de julgamento e que discutem a anulação de decisões da ANEEL de Parcela Variável (em sua maioria, de PVI e PVA), em razão de caso fortuito e força maior.

Revela-se necessária uma atuação justa, estratégia e equilibrada por parte da ANEEL, a fim de que coibir injustiças no setor elétrico e com vistas a evitar uma movimentação excessiva da máquina judiciária, que, hoje, possui atuação tímida e meramente precautiva em relação a esse tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Nivalde José de & FRANCESCUTTI, Fábio G.. Algumas considerações sobre as transformações recentes do Setor de Energia Elétrica no Brasil. In: **III Encontro de Economistas de Língua Portuguesa**, Macau: jun 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2004

FILHO, Marçal Justen. **As diversas configurações das Concessões de Serviços Públicos**, 2008. <Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf> , acesso em 09/10/2022>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PINTO JR., Helder Q. Economia da Indústria Elétrica. In: **Economia da Energia**. (p. 129-229) Rio de Janeiro. Campus. 2007.

TOLMASQUIM, Mauricio T. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas 2013.