

A INVALIDADE DA EXIGÊNCIA DE INDENIZAÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO EM MECANISMOS DE DESCONTRATAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Vlândia Viana Regis

*Mestre em Direito da Regulação pela FGV
Sócia da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini
vladia.regis@justen.com.br*

Mayara Gasparoto Tonin

*Mestre em Direito Comercial pela USP
Graduada em Economia pelo IDP
Advogada da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini
mayara.tonin@justen.com.br*

1) Introdução

O art. 106, §11, e o art. 108, § 11, da Resolução Normativa 1.009/2022-ANEEL tratando, respectivamente, da participação no Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits de Energia – MCSDEN e da celebração de acordos bilaterais com o objetivo de redução de montante de energia contratada ou de descontratação integral de compra e venda de energia, preveem uma indenização a ser paga pela geradora que participar de tais mecanismos.

Contudo, para a configuração de uma indenização, é necessária a existência de elementos essenciais, tais como ato ilícito, dano e nexó de causalidade. O presente artigo examina a (in)compatibilidade dos dispositivos normativos citados com o regime jurídico da responsabilidade civil, em cujo âmbito se inserem as previsões indenizatórias que contemplam.

2) O contexto legal

A Lei 10.848/2004 trata, dentre outros temas, do arcabouço aplicável aos Ambientes de Contratação Livre e Regulada de Energia (ACL e ACR), o primeiro, regido pelo princípio da autonomia privada e o segundo, sujeito a forte regulação estatal, aplicável à compra de energia pelas concessionárias de distribuição e respectiva venda aos seus consumidores, cativos e potencialmente livres.

3) A sobrecontratação e a descontratação

As concessionárias de distribuição de energia têm o dever de adquirir quantitativos de energia suficientes para o atendimento integral de seus mercados (art. 2º da Lei 10.848/2004). Esses montantes são adquiridos em Leilões organizados pelo Poder Concedente, a quem as distribuidoras informam anualmente uma previsão de demanda de energia para um ciclo de cinco anos.

Quando o consumo efetivo for inferior aos quantitativos adquiridos pelas

distribuidoras, haverá “sobrecontratação”, cujos custos poderão ser integralmente repassados aos consumidores cativos até o total de 105% da demanda. Ou seja, a sobrecontratação que superar esse limite deverá ser arcada pela própria concessionária.

Daí a solução regulatória da “descontratação” de energia. O Decreto 5.136/2004 admite a “redução dos montantes contratados, a critério exclusivo do agente de distribuição” (art. 29). Ou seja, o concessionário de distribuição pode promover medidas para reduzir a quantidade de energia que adquiriu.

4) As características da descontratação

A descontratação é uma necessidade da distribuidora, cabendo-lhe declarar seu interesse em reduzir montantes contratados, indicando o volume de energia excedente que pretende descontratar.

Também pressupõe consensualidade: sua implementação depende da concordância do vendedor da energia. Isso significa que a descontratação se viabiliza quando o desfazimento total ou parcial, definitivo ou temporário, das condições da contratação for conveniente para o vendedor.

5) As vantagens da descontratação

A descontratação é orientada a promover vantagens para a distribuidora e para os consumidores finais.

A distribuidora se exime dos custos de energia excedente, que não seriam repassáveis aos consumidores. Elimina a obrigação de pagar por energia que não teria demanda para consumo em seu mercado e pela qual não teria receita correspondente. Evita que uma aquisição que se tornou descabida onere a empresa e desequilibre economicamente a respectiva concessão.

Para o consumidor final, a descontratação apresenta benefícios diretos, no limite dos custos de sobrecontratação que sejam repassáveis para a tarifa. Propicia, ainda, de modo indireto, a potencial redução dos custos da tarifa em vista da exploração mais eficiente dos recursos energéticos e a mitigação do risco de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, que inevitavelmente opera em detrimento da qualidade do serviço de energia que é prestado.

6) Os elementos necessários para a configuração de indenização

A indenização é uma compensação patrimonial imposta ao responsável por um ato ilícito (art. 927 do Código Civil) e destina-se a reparar os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes de conduta ilícita alheia.

Ou seja, pressupõe a existência de pelo menos três elementos: conduta humana (ação ou omissão), ocorrência de dano (material ou moral), e nexo de causalidade entre o dano e a ação – que gera o dever de indenizar.

Em primeiro lugar, o exercício de uma faculdade jurídica não configura ato ilícito. Se o direito reconhece ao sujeito o direito subjetivo da prática de uma certa conduta, está excluída a configuração da ilicitude.

No caso, participar de processo de descontratação não configura violação à ordem jurídica. Como visto, é uma solução consensual, que pressupõe o

interesse da distribuidora e acordo entre ela e geradora. Isso torna impossível a configuração de ato ilícito, muito menos imputável exclusivamente à geradora.

Em segundo lugar, a ocorrência de dano é um pressuposto inafastável do dever de indenizar. A indenização destina-se a repor o patrimônio da parte lesada ao estado em que se encontraria caso a ilicitude não tivesse ocorrido.

No caso, também inexistente dano. Não houve perda patrimonial decorrente da conduta de pleitear a desconstrução. A resolução consensual ou a modificação do contrato de comercialização não se configuram como atos aptos a produzir lesão patrimonial a qualquer das partes.

Tanto é que há um valor determinado da “indenização”, que seria “equivalente a um ano de receita do empreendimento, proporcional ao montante reduzido”. Ou seja, o montante da indenização não é vinculado à dimensão de algum dano sofrido pela outra parte. O valor é calculado em vista da atividade a ser desenvolvida pela geradora, não em função do dano sofrido pela parte.

Na verdade, a desconstrução produz benefícios para a distribuidora e para os consumidores, como antes apontado.

Em terceiro lugar, é preciso que haja nexo de causalidade entre a ação e o dano. No caso, os dispositivos que instituem a indenização estabelecem “sua reversão integral para modicidade tarifária”, ou seja, em benefício dos consumidores, que já se beneficiaram da desconstrução. Mas os consumidores são favorecidos pela desconstrução da energia excedente, de forma direta e indireta, não havendo causa juridicamente reconhecida para indenizá-los.

Portanto, não existem os requisitos indispensáveis para a configuração de responsabilidade civil, de modo que não há que se falar em indenização.

7) A configuração como penalidade administrativa

A exigência de pagamento de indenização apresenta, na verdade, as características de uma penalidade administrativa. Impõe pagamento pecuniário, desvinculado de dano efetivo. Associa-se a conduta supostamente indesejável, mas se destina a interesse coletivo.

Ocorre que a penalidade administrativa se subordina ao regime do Direito Administrativo Sancionador, exigindo tipificação clara da conduta, pressupondo elemento subjetivo e demandando devido processo legal.

A Constituição reserva à lei a instituição de penalidades, conforme o princípio da legalidade (arts. 5º, II e XXXIX). A Lei 9.427/1996 autoriza a ANEEL a aplicar multas de até 3% do faturamento por infrações à legislação, não havendo, porém, autorização legislativa para a “indenização” por desconstrução.

8) A violação à isonomia

A desconstrução é ato bilateral: geradora e distribuidora participam em condições idênticas, ou seja, ambas manifestam concordância e ambas se beneficiam.

A regulação, todavia, impõe ônus apenas à geradora, a distribuidora não sofre qualquer encargo equivalente, inexistindo diferença fática ou jurídica a justificar o tratamento desigual.

Se a exigência decorre da descontratação, ambas as partes deveriam ser oneradas. Se decorre de outra causa, como a não entrada em operação do empreendimento, deveria observar o regime próprio da responsabilidade civil ou das penalidades administrativas, ambos, entretanto, inaplicáveis.

9) Conclusão

A Resolução Normativa 1.009/2022 da ANEEL contemplou a obrigação de pagamento de “indenização”, a ser arcada pela geradora de energia elétrica em caso de descontratação pela concessionária de distribuição.

O art. 106, §11, prevê o pagamento de indenização pela geradora no caso de participação no MCSDEN. O art. 108, §11, exige o pagamento de indenização pela geradora no caso de celebração de acordos bilaterais.

Todavia, a descontratação consiste na resolução consensual do contrato de compra e venda de energia ou na sua alteração para redução dos quantitativos originalmente contratados: (1) não envolve violação a deveres contratuais; (2) não se trata de extinção do contrato por inadimplemento da parte; (3) não envolve a existência de danos emergentes nem de lucros cessantes a serem indenizados; (4) nem existe ilicitude que acarrete alguma sanção às partes.

A exigência configura, em verdade, penalidade administrativa, sem que haja autorização legislativa nesse sentido. Falta tipificação da conduta e devido processo legal e, além disso, o tratamento discriminatório entre geradora e distribuidora viola a isonomia.

Desse modo, há incompatibilidade dos dispositivos normativos com o regime jurídico da responsabilidade civil, que pressupõe a existência de elementos essenciais, sem os quais não se configura uma indenização, de modo que os arts. 106, §11, e 108, §11, da REN 1.009/2022-ANEEL padecem de nulidade.

Informação bibliográfica do texto:

REGIS, Vlândia Vianna; TONIN, Mayara Gasparoto. A invalidade da exigência de indenização pela participação em mecanismos de descontratação de energia elétrica: ausência dos pressupostos da responsabilidade civil. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 230, abril de 2026, disponível em www.justen.com.br. Acesso em [data].