**Teoria Econômica dos Contratos na Administração Pública**

**Universidade de São Paulo – USP**

**Faculdade de Direito do Largo São Francisco – FDUSP**

**Prof. Dr. Marcos Peres**

**Prof. Dr. Marcos Nobrega (colaborador – UFPE)**

**CASO 1 – Concessionárias de Energia Elétrica e Covid.**

**1 – DOS FATOS.**

A COVID trouxe imensos impactos para a diversos setores econômicos. E mais especificamente sobre o segmento de distribuição de energia elétrica podemos destacar:

* o aumento dos níveis de inadimplemento pelos consumidores (o que gerou uma queda de arrecadação) e
* (ii) a diminuição do mercado, isto é, diminuição do consumo de energia elétrica pelos consumidores.

Quanto ao inadimplemento, a ANEEL editou a Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020 (anexo 1), que vedou a suspensão do fornecimento de energia para determinados consumidores até 31.12.2020. Parece evidente que tal medida impôs perdas às concessionarias. Além disso, foi publicada a Medida Provisória nº 950/2000 (anexo 2), que apresentava as seguintes considerações

* a ampliação do subsídio para os consumidores de baixa renda, que ficaram isentos do pagamento de fatura de energia até 30.06.2020; e
* destinação dos recursos da Conta de Desenvolvimento Energético ("COE") para a *"amortização de operações.financeiras vinculadas a medidas de enfrentamento aos impactos no setor elétrico decorrentes do estado de calamidade pública".*

Além disso, vale ressaltar o Decreto nº 10.350/2020 (anexo 3) que regulamentou a Medida Provisória nº 950/2020 e, entre outras coisas determinou que:

* os recursos da denominada Conta-covid seriam destinados a cobrir os problemas de caixa das distribuidoras (com vistas a assegurar a manutenção de sua capacidade de pagamento), tendo em vista que cerca de 80% dos valores arrecadados pelas distribuidoras são repassados a geradores, transmissores e entes públicos ou paraestatais (a título de tributos e encargos).
* Estabeleceu regras de reequilíbrio econômico financeiros dos contratos, estabelecida nos seguintes termos:

*"Artigo 6º* - *A necessidade de recomposição do equilíbrio econômico­ financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição de energia elétrica será avaliada pela Aneel em processo administrativo, mediante solicitação fundamentada do interessado, na forma do respectivo contrato de concessão ou permissão e da legislação aplicável.* "

A ANEEL estabeleceu uma primeira fase da Consulta Pública nº 35/2020 com o objetivo de regulamentar a Conta-covid. Na primeira fase de tal consulta, a ANEEL decidiu postergar a discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro das distribuidoras para uma segunda fase da consulta pública, a ser aberta em até 60 (sessenta) dias contados da publicação da resolução, conforme refletido no artigo 15 abaixo transcrito da Resolução N01mativa ANEEL nº 885/2020:

*"Artigo 15* - *A recomposição do equilíbrio económico-financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição de energia elétrica será avaliada pela ANEEL em processo administrativo, mediante solicitação fundamentada do interessado e conforme regulação a ser instituída pelaANEEL.*

*§ 1°A regulação prevista no caput será precedida de Consulta Pública a ser instaurada em até sessenta dias, contados da data de publicação desta Resolução."*

Nos documentos que instruíram essa decisão, a Diretora Relatora do caso teceu considerações sobre o direito das distribuidoras ao reequilíbrio econômico-financeiro, senão veja-se:

*"33.* O *Direito brasileiro acolheu, assim, a teoria de risco oriunda do Direito francês, adaptando-a a nossa realidade. Desse modo, a doutrina reconhece o direito à recomposição do equilíbrio económico-financeiro quando ocorrerem fatos excepcionais relacionados às áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da Administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão) que provoquem a ruptura do equilíbrio econômico­ financeiro do contrato, desde que atendidas determinadas condicionantes e respeitadas todas as etapas dos processos administrativos.*

* *No caso em tela,* ***temo... presente tanto fatos relacionados às á/ea... administrativas quanto à econâmka.*** *Isso porque, pela aplicação da teoria da imprevisão, são requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico­ financeiro dos contratos de concessão epermissão que o fato seja: (i) imprevisível ou justificavelmente não previsto quanto a sua ocorrência ou quanto a suas consequências; (ii) estranho à vontade das partes; (iii) inevitável; e (iv) causa de onerosidade excessiva no cumprimento do contrato.*
* *Ademais, as áleas adminb·trativas também restam configuradas., uma vez que em razão da crise decorrente da pandemia, houve uma série de fatos do príncipe, no âmbito dos diferentes entes da federação, que alteraram unilateralmente as condições de contrato. Como exemplo, podemos citar a própria Resolução Nonnativa (REN) nº 878/2020 da ANEEL que suspendeu o corte de energia elétrica como medida das distribuidoras combaterem a inadimplência, além dos inúmeros decretos publicados por diferentes entes da federação impondo o fechamento e suspensão de atividades comerciais e econômicas.*

*(...)*

*38. No entanto, reitero que, ao trazer tal afirmação quanto às áleas administrativas e econômicas, não estou reconhecendo a reconstrução de equilíbrio econômico-financeiro por antecipação, uma vez que cabe aos agentes o dever de demonstrar, em processo específico a ser avaliado pela ANEEL, a onerosidade excessiva no cumprimento do contrato e o nexo de causalidade com a crise decorrente da pandemia, além de atenderem aos critérios a serem definidos pela ANEEL na segunda fase de Consulta Pública."*

.

Ademais, com relação às disposições contratuais relevantes presentes nos contratos das distribuidoras, destacamos as seguintes:

*"CLÁUSULA SÉTIMA* - *TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS*

*(...)*

*Subcláusula Nona -A ANEEL poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando a manter o equilíbrio econômico-:financeiro deste contrato,* ***sem prejuízo dos reajustes e revisões a que se referem as Subcláusulas anteriores desta Cláusula, caso haja alterações significativas nos custos da CONCESSIONÁRIA,*** *incluindo as modificações de tarifas de compra de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período,* ***por solicitação da concessionária, devidamente comprovada.***

*Subcláusula Décima* - *No atendimento do disposto no§ 3º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura deste Contrato, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão das tarifas, para mais ou para menos, conforme o caso.*

*(...)*

*Subcláusula Decima Sétima* - ***Havendo alteração unilateral do Contrato que afete o seu inicial equil,õrio econômico-financeiro, a ANEEL deverá restabelecê-lo, a partir da data da alteração mediante comprovação da CONCESSIONÁRIA."*** (grifou-se)

No caso da pandemia, no entanto, a causa do desequilíbrio não diz respeito a "alterações significativas de custos", mas sim a redução de receita em razão da redução de mercado e queda na arrecadação, conforme acima referido.

Nesse sentido, com base na teoria das áleas no direito administrativo e considendo a situação excepcional promovida pelo Covid, considere as seguintes questões:

**2. QUESTOES**

* É fato que o artigo 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93 positivou a teoria da imprevisão sob o Direito Administrativo Brasileiro? Quais as diferenças entre a teoria da imprevisão conforme aplicada originalmente no Direito francês e tal como positivada no Direito Administrativo Brasileiro?
* Um evento que configure álea econômica e administrativa gera o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sob o artigo 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993 para uma concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica no Brasil? E essa recomposição do equilíbrio econômico­ financeiro da correspondente concessão pela Administração Pública deve ser integral? Por quê?
* Quais são os princípios e/ou comandos constitucionais que se visa salvaguardar com a correta aplicação do art. 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993?
* Aplica-se o artigo 9°, § 4º, da Lei nº 8.987/1995 à queda de arrecadação experimentada pelas distribuidoras em deconência da proibição temporária de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento?
* As conclusões acima são alteradas pelo fato de que foi reconhecido, pelo Congresso Nacional, estado de calamidade pública exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, nos termos do Decreto Legislativo nº 6/2020, sem a decretação de estado de defesa nem estado de sítio?
* Em resumo, considerando que efeitos adversos da pandemia para as distribuidoras de energia elétrica são: (i) diminuição de mercado; e (ii) o aumento da inadimplência, é correto afirmar que as distribuidoras têm direto à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro, em relação a ambos esses efeitos,

com fundamento nos (i) artigos 37, XX1, da Constituição Federal, art. 65, II, alínea "d", da Lei nº 8.666/1993, art. 65, §6°, da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995 (conforme aplicável); e (ii) princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade, da indisponibilidade do interesse público, da continuidade do contrato administrativo, da segurança jurídica e da moralidade administrativa?

* É fato que, quando materializado risco ou incerteza para o qual o contrato de concessão não previu qualquer consequência, como é o caso dos contratos de concessão de distribuição no presente caso, devem ser aplicados o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o artigo 65, inciso II, alínea *d,* da Lei nº 8.666 e o artigo 15 da Lei nº 9.527, com a recomposição integral do desequilíbrio verificado?
* Há margem de discricionariedade do Poder Concedente/ANEEL para condicionar o exame de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro em razão de evento extraordinário a qualquer forma de transação regulatória, tais como, mas não se limitando, a celebração de um novo contrato de concessão ou limites temporais para exercício do pedido?

3 – ANEXOS.

A ABRADEE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica contratou uma série de pareceres para subsidiar seus argumentos. Eles são públicos e podem ser encontrados nessa pagina:

<https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_auth=TNEOY6Jo&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3439&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica>

Por favor, clique no ícone "2ª fase", porque foi nessa fase da consulta publica que os pareceres foram apresentados.

Por favor, os consulte esse material para subsidiar suas respostas.