

A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica. –
ABRADEE apresenta

CONSULTA

sobre os fundamentos jurídicos que devem nortear a avaliação e a reparação dos impactos da pandemia de Covid-19 em 2020 no equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.

O tema é objeto de consulta pública aberta pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (consulta pública 35/2020). No curso desse procedimento administrativo, a agência divulgou parecer de sua Procuradoria, que apontou balizas jurídicas para orientar a metodologia a ser adotada na disciplina da matéria (parecer 262/2020/PFANEEL/PGF/AGU, doravante “Parecer da Procuradoria da ANEEL”). Também foi publicada manifestação

de Diretora da ANEEL que encaminhou proposta para recomposição do referido desequilíbrio¹.

Essas manifestações da agência reconheceram que a pandemia afetou a demanda pelos serviços de energia elétrica e que esse tipo de perda de receita das concessionárias de distribuição não foi previsto como álea contratual. Houve indicação, porém, de que não estaria assegurada a reparação integral das perdas que venham a ser por elas comprovadas.

Diante dos elementos de fato já reconhecidos pela própria agência, quer-se saber quais os fundamentos jurídicos que impõem o reequilíbrio dos contratos de distribuição de energia elétrica e como, juridicamente, deve ser tratado o prejuízo decorrente de efetiva perda de receita derivada da pandemia.

Responderei à consulta com base no parecer que segue, elaborado com a colaboração do professor Jacintho Arruda Câmara.

¹ Voto da Diretora Elisa Bastos Silva no Processo 48500.002846/2020-21.

P A R E C E R

INTRODUÇÃO

A indicação de critérios para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão de serviço público exige conhecimentos econômicos e jurídicos.

Provêm da economia os instrumentos para apurar a ocorrência de prejuízo a uma das partes, suas causas e os meios capazes de realizar a adequada recomposição. As premissas jurídicas devem ser conjugadas a esse instrumental. É com base na análise do Direito aplicável que será possível responder se, em princípio, determinado tipo de perda enseja ou não o reequilíbrio do contrato.

O presente estudo está circunscrito ao campo jurídico de investigação do reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição de energia elétrica em face da pandemia. Será tomada como premissa a comprovação de perda de caráter excepcional de receita das concessionárias, por ela causada. A quantificação dessa perda e a indicação do método econômico de recomposição são aspectos do problema que não serão objeto desta análise.

Este parecer pretende apontar os fundamentos jurídicos para a adoção de medidas compensatórias integrais às concessionárias de distribuição de energia elétrica, diante das premissas de fato acima descritas.

1. A PANDEMIA COMO FATO IMPREVISÍVEL GERADOR DE QUEDA DE DEMANDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL

A excepcionalidade da pandemia e seus efeitos gravosos em toda a sociedade, e também na economia, a esta altura dos acontecimentos dispensam novos esforços de comprovação. Trata-se de fato público e notório, reconhecido mundialmente.

Medidas governamentais excepcionalíssimas foram adotadas no Brasil nas esferas nacional, estadual e local, reduzindo a circulação de pessoas e impedindo o regular desenvolvimento de atividades econômicas e sociais. Nesse contexto, foi inevitável a queda extraordinária, imprevisível e inadmissível de demanda por uma série de serviços, inclusive os essenciais, como o de energia elétrica.

Tomando como exemplo apenas medidas jurídicas gerais de âmbito nacional, devido à pandemia foi promulgada emenda constitucional para autorizar a adoção de medidas fiscais extraordinárias pelo Governo Federal (EC 106, de 2020), foi decretada emergência de saúde pública de importância nacional (portaria do Ministro da Saúde 188, de 2020), foi editada uma lei geral sobre o “enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional” (lei 13.979, de 2020), e surgiram várias outras medidas provisórias e decretos federais.

Algumas medidas foram destinadas especificamente ao setor elétrico².

A circunstância de, segundo o art. 65 da lei complementar 101, de 2000, a

² O voto da Diretora Elisa Bastos Silva expõe algumas medidas governamentais relevantes adotadas até então:

decretação do estado de excepcionalidade ter o propósito específico de afastar a incidência de regra fiscal, não afeta o caráter geral do impacto da pandemia em vários segmentos da economia, mesmo porque ele foi reconhecido por outros atos jurídicos, gerais e de maior envergadura.

Em relação ao setor elétrico, o principal impacto envolveu a perda de receita das concessionárias de distribuição. Isso ocorreu, principalmente, devido à queda na demanda pelos serviços e ao aumento da inadimplência³.

“1. A Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU), em 11 de março de 2020, classificou como pandemia a COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2.

2. Em 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo nº 6 reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

3. Em 8 de abril de 2020, foi publicada a Medida Provisória nº 950, que dispôs sobre medidas temporárias emergenciais destinadas ao setor elétrico para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus.

4. Entre as medidas instituídas pela Medida Provisória nº 950/2020, foi incluído o inciso XV no art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, para permitir que a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) provesses recursos, exclusivamente por meio de encargo tarifário, para permitir a amortização de operações financeiras vinculadas a medidas de enfrentamento aos impactos no setor elétrico decorrentes da pandemia, para atender às distribuidoras de energia elétrica.

5. Em 18 de maio de 2020, o Decreto nº 10.350, regulamentou a Medida Provisória nº 950/2020, autorizando que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) crie e faça a gestão de uma conta contábil denominada Conta-covid, destinada a receber recursos para cobrir déficits ou antecipar receitas, total ou parcialmente, referentes a uma série de itens relativos às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

6. Vale destacar que o art. 6º do referido Decreto estabeleceu que a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição 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.”

³ V. voto da diretora Elisa Barros Silva: “26. Devido às consequências diretas e indiretas das medidas de distanciamento social e restrição da atividade econômica em geral, verifica-se que o principal impacto no setor elétrico brasileiro decorre da redução do consumo de energia, principalmente das classes industrial e comercial, e do aumento da inadimplência, sobretudo no segmento de distribuição de energia elétrica, que concentra grande parte da arrecadação do setor.”

Embora, nessas concessões, o risco da natural variação de demanda tenha sido assumido pelas concessionárias, ele não inclui a variação por situações de grande excepcionalidade, como a pandemia em 2020.

Os riscos assumidos pelas concessionárias são os das oscilações ordinárias ou frequentes de demanda, as quais podem ser maiores ou menores, conforme as épocas e as crises. Mas eles não incluem os eventos excepcionais, anômalos, inusitados, como a pandemia que afetou o funcionamento do mundo em escala sem paralelo na história recente. As concessionárias não respondem pelo extraordinário, imprevisível e inadministrável.

Quanto a esse aspecto há consenso nas manifestações oficiais. Foi editado decreto que reconheceu a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição de energia elétrica⁴. Seu pressuposto lógico: a consideração de que foi excepcional a redução da demanda provocada pela pandemia — isto é, ela configurou fator alheio à álea contratual assumida pelas concessionárias.

⁴ Decreto 10.350, de 2020: “Art. 6º. A necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição 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.”

Havendo demonstração efetiva de que certa perda de receita se deveu à pandemia e não a outros fatores (aspecto factual a ser apurado), já estará, assim, assumido oficialmente que a perda foi de caráter imprevisível.

O presente estudo parte, portanto, desta premissa já sedimentada: a variação de demanda e o aumento da inadimplência associados à pandemia de 2020 configuram álea extraordinária não assumida pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica. O desafio jurídico é saber como essa perda deve ser considerada no reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição.

2. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A Procuradoria da ANEEL, ao orientar a regulamentação do reequilíbrio econômico-financeiro por perdas extraordinárias, baseou-se na convicção de que o tratamento do tema teria passado por mudança substancial no Direito brasileiro, o qual teria migrado de um para outro modelo jurídico, bem distinto.

No primeiro modelo, que teria sido o adotado pelas constituições brasileiras anteriores a 1988, haveria a obrigação diretamente constitucional de o concedente recompor o equilíbrio econômico-financeiro afetado por evento não assumido como álea contratual pelas concessionárias. Essa formulação seria representativa do que denominou de “teoria das áleas ou teoria da imprevisão”.

No outro modelo jurídico, que seria o do Direito brasileiro atual, a garantia de reequilíbrio não mais estaria diretamente na Constituição, tampouco na legislação ordinária vigente. Sua base exclusiva seriam as eventuais cláusulas de cada contrato. Essa outra fórmula, claramente inspirada no direito privado, seria a “teoria da base objetiva do negócio ou teoria do caso base”.

A partir daí, a Procuradoria concluiu que, no atual regime jurídico do país, para as concessionárias terem direito à recomposição das perdas por fatos imprevistos, seria indispensável que uma cláusula contratual o dissesse expressamente, excluindo tais fatos dos riscos por elas assumidos e atribuindo-os ao concedente. Na ausência de atribuição contratual expressa a qualquer das partes, a recomposição do equilíbrio seria admitida, mas não de modo

integral. O reequilíbrio dependeria de negociação entre concedente e concessionárias, que repartisse o prejuízo entre ambos, de modo justo.⁵

Esta, em síntese, parece ter sido a orientação apresentada pela Procuradoria da ANEEL.

O referido parecer é bem articulado, apresenta informações úteis sobre a evolução do tratamento jurídico da matéria e expõe diretrizes importantes da metodologia para preservação do equilíbrio econômico-financeiro, além de dar relevo ao tratamento contratual.

Há, contudo, um primeiro equívoco: supor que as alterações textuais ocorridas na Constituição e na legislação atuais teriam produzido mudança radical do modelo jurídico brasileiro quanto ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público. É incorreta a conclusão de que nosso Direito positivo teria deixado de prever, em favor das concessionárias de serviço público, o direito à recomposição integral da álea extraordinária

⁵ O cerne da argumentação do Parecer da Procuradoria da ANEEL está em seus §§ 38 a 45.

(isto é, dos riscos que elas não assumiram explícita e claramente) ou, em outras palavras, da imprevisibilidade.

A orientação jurídica da Procuradoria reconhece a necessidade de reequilíbrio dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica em virtude da perda excepcional e comprovada de receita, por conta da pandemia. Reconhece que essa álea não foi assumida pelas concessionárias. Sugere, porém, uma inexplicável mitigação do direito ao reequilíbrio: impressionada pela variação textual das normas constitucionais, conclui que essa perda das concessionárias não deveria ser plenamente compensada.

Aqui o segundo equívoco: para a Procuradoria, a ausência de cláusula expressa atribuindo esse risco ao concedente seria omissão contratual eloquente, de efeito negativo, levando à necessidade de solução negociada, para repartir as perdas entre as partes. A ANEEL, nesse cenário, exerceria papel determinante e discricionário: o de fixar as balizas para disciplinar o parcial reequilíbrio dos contratos.

Mas não há fundamento jurídico para reduzir o valor da compensação.

A razão é muito simples. Tais riscos não foram assumidos de modo expreso

pelas concessionárias e, por isso, *permaneceram em mãos de quem, por ser o titular do serviço público, já os suportava antes: o concedente.*

De acordo com o Direito vigente, inclusive e especialmente em razão do que preveem os contratos de distribuição de energia elétrica, é sim devida a recomposição plena e *in natura*, por mecanismos internos à concessão. É o modelo jurídico vigente para esse serviço público.

O tratamento constitucional da matéria

As Constituições anteriores já tratavam das concessões de serviço público. Seus dispositivos assinalavam de algum modo a necessidade de assegurar a adequada remuneração das concessionárias. Nas Constituições de 1967 e 1969, inclusive, houve expressa referência à adoção de regime tarifário que assegurasse a preservação do equilíbrio econômico-financeiro⁶.

⁶ “Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”

A atual Constituição também fixa balizas sobre o regime das concessões de serviços públicos. Em primeiro lugar, a *titularidade jurídica* dos serviços públicos é expressa e bem marcada: ela é do poder público, a quem incumbe assumir a responsabilidade por eles, prestando-os ou *diretamente*, por seus órgãos e empresas, ou *indiretamente*, por concessão ou permissão. A prestação dos serviços concedidos é, portanto, constitucionalmente definida como uma *prestação do poder público*, o que tem consequências jurídicas. Não há referência textual ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões, mas está prevista a necessidade de lei disciplinar o regime tarifário. E, em aspecto decisivo, a *natureza desse vínculo* foi constitucionalmente definida: ela é *contratual*⁷.

As consequências jurídicas dessas definições, no que aqui importa, são duas. A primeira é que, quando concedido, o serviço nem deixa de ser público, nem deixa de ser prestado pelo estado, embora indiretamente — de modo que

⁷ “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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - **política tarifária**;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

remanescem com ele, como titular do serviço, os poderes, os bônus, os ônus e os riscos que não tenham sido repassados explicitamente à concessionária. A segunda é que os direitos econômicos desta, como prestadora direta, têm natureza contratual — e são protegidos como tal.

Algumas leituras, mais superficiais, supervalorizaram a alteração textual havida na Constituição. Considerando que a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões era prevista expressamente em Constituições anteriores, e que o dispositivo não foi repetido da mesma forma pela Constituição atual, alguns interpretaram negativamente essa falta de menção, como se ela tivesse significado a automática supressão da garantia.

Outro argumento se escorou na diferença textual, contida na própria Constituição de 1988, entre o dispositivo relativo às *contratações ordinárias* da administração (obras, serviços, compras e alienações), o art. 37, XXI, e o das *concessões de serviço público*, o art. 175. O argumento foi que a preservação das condições da proposta do particular só beneficiaria as *contratações ordinárias*, mas não se aplicaria às concessões⁸.

⁸ Gustavo Kaercher Loureiro, *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, 1ª ed., Londres, Laccademia Publishing, 2020. Esse posicionamento, frise-se, é reconhecidamente minoritário na doutrina brasileira (v. Gustavo Kaercher Loureiro, ob. cit., pp. 61-64).

Mas não era convincente a tese que vislumbrou como excluída da Constituição a garantia do equilíbrio econômico-financeiro para os serviços públicos concedidos — por isso ela foi majoritariamente rejeitada.⁹

Um equívoco era desde logo evidente: se a concessão tem caráter contratual, como diz o art. 175, as condições efetivas da proposta (que foi vencedora da licitação e deu base à concessão) estão sim estabilizadas e preservadas durante toda a relação contratual, como ocorre com outros contratos públicos, nomeados no art. 37, XXI. Aliás, não é para outro fim que se contrata: o objetivo é sempre estabilizar a relação de equilíbrio econômico-financeiro que tiver sido definida inicialmente pelas partes. Logo, é um contrassenso lógico-jurídico imaginar um contrato — ainda mais o de

⁹ Para uma ideia do quão assentada está na doutrina brasileira a posição que confere *status* constitucional à garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, vale o relato de Luís Roberto Barroso: “Não há necessidade de discorrer sobre o direito ao equilíbrio econômico-financeiro de que é titular todo particular que contrata com a Administração. Trata-se de direito expressamente assegurado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional e que a rigor pode ser reconduzido a diversos princípios constitucionais, como o da isonomia — já que nada justifica que o contratado seja particularmente onerado para a produção de um benefício a ser fruído por toda a sociedade — e o da moralidade — do qual se extrai o dever de lealdade da Administração em face dos particulares em geral e de seus contratados em particular.” (*Alteração dos contratos de concessão rodoviária*, “Revista de Direito Público da Economia – RDPE”, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006).

Nesse mesmo sentido, já afirmei: “A legislação brasileira assegura aos contratados da administração pública (inclusive às concessionárias) a manutenção das mesmas condições da proposta na execução de seus contratos. Trata-se de garantia, à administração e aos contratados, estatuída pelo art. 37, XXI, da Constituição, expressamente aplicável aos contratos de concessão de serviço público (arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/95) e aos contratos administrativos em geral (art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93).” (Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Arruda Câmara, *Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão*, em: “Revista de Direito Público da Economia – RDPE”, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2018, p. 47).

concessão, com seus investimentos de porte — em que tal estabilização não ocorresse.

Mas havia na tese da exclusão outra impropriedade, quanto ao método de enfrentamento da questão do equilíbrio econômico-financeiro, pois a leitura desprezava o essencial: os contextos históricos para os quais foram redigidos os dispositivos constitucionais de cada época. Como se sabe, adotar o anacronismo, fazer descontextualização temporal, é desvio certo na interpretação jurídica.

É importante lembrar porque a previsão de equilíbrio econômico-financeiro não foi repetida *formalmente* no atual texto constitucional, além de perquirir a razão de ela ter figurado em Constituições passadas.

As concessões surgiram na realidade jurídica como atos do estado que conferiam certos “privilégios” a empresários ou a empresas. Eram outorgadas por decretos, que pouco ou nada detalhavam as obrigações de investimento e demais condições de exploração dos serviços. O detalhamento formal do regime em si de exploração, quando havia, era feito por outros atos do poder

público, posteriores à outorga. Àquela época, não se celebrava contratos de concessão com o formato hoje exigido pela legislação.

Muito incompletas, as concessões não nasciam com a exata e clara determinação das espécies, características e valores das prestações e contraprestações dos envolvidos; havia, portanto, grau relevante de incerteza jurídica quanto a elas, de modo que a segurança econômica da concessionária não estava exatamente na possibilidade de demonstração de que, para cada uma delas, se havia pactuado tais ou quais custos, valores e riscos.¹⁰

¹⁰ Um exemplo do nível de vagueza das regras de uma concessão no período de sua origem no Direito brasileiro. O decreto imperial 9.986, de 18 de julho de 1888, concedeu um prolongamento à concessão para construção de estrada de ferro à Companhia Rio de Janeiro and Northern Railway. Continha apenas 4 cláusulas, uma delas para excluir a garantia de juros que havia sido dada ao empreendimento principal.

Confira-se o inteiro teor: “I - O privilegio concedido à Rio de Janeiro and Northern Railway Company, limited, para o prolongamento da respectiva estrada até o Porto das Caixas, vigorará durante o prazo que ainda resta à mesma companhia da concessão relativa à sua linha da Côrte a Magé. II – Em relação a este prolongamento, a companhia fica sujeita a todas as clausulas da concessão da linha já concedida da Côrte a Magé, feita pelos Decretos ns. 8725 de 4 de Novembro de 1882 e 9011 de 15 de Setembro de 1883, exceptuadas as que não estiverem de accôrdo com as do presente decreto, e não gozando a companhia, outrosim, da isenção de direitos concedida no § 3º da 1º das clausulas do citado Decreto n. 8725 de 4 de Novembro de 1882. III – A companhia fica sujeita, tanto para a linha já concedida como para o prolongamento, ás disposições do Decreto n. 6995 de 10 de Agosto de 1878, com exclusão das que dizem respeito á garantia de juros e das que importarem revogação das clausulas do Decreto n. 8725 de 4 de Novembro de 1882. IV - A companhia submeterá à aprovação do Governo os estudos definitivos do prolongamento no prazo de seis mezes da data do presente decreto. Os trabalhos de construcção começarão no prazo de seis mezes contados da data da aprovação dos referidos estatutos, devendo proseguir sem interrupção e ficar concluidos e o prolongamento aberto ao trafego no prazo de 18 mezes contados da mesma data.”

(disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM9986impressao.htm> Acesso em 25.09.2020).

As concessionárias investiam em bens e obras — que, ao final do tempo de outorga, reverteriam ao poder público — embora não estivessem fixadas total, prévia e claramente, todas as condições de exploração dos serviços. Havia, nesse contexto, necessidade de conferir por outro modo a segurança jurídica indispensável ao investimento privado em infraestrutura.

De início, ainda no século XIX, em alguns casos essa garantia consistiu em o concedente assumir, no próprio decreto de outorga ou em lei própria, o compromisso de garantir certa remuneração (juros) ao capital que viesse a ser investido. Em outros casos, os atos de outorga eram silentes ou indefinidos.

Em função disso, houve décadas de polêmica jurídica, e não só no Brasil, sobre a existência e extensão da proteção jurídica dos investimentos das concessionárias, cuja rentabilidade, na prática, acabava afetada por atos estatais ou circunstâncias variadas. Aos poucos — no direito francês, por exemplo, conforme o relato de Caio Tácito — assentou-se a ideia de que, *mesmo sem texto expresso em lei ou outro instrumento*, o equilíbrio econômico seria um “direito fundamental de quantos pactuam com o estado”, na seguinte configuração:

“Sempre, no entanto, que por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes.”¹¹

No Brasil, o desenvolvimento natural do uso do instituto levou a que, com o tempo, se conferisse constitucionalmente às concessionárias — mesmo com vínculos de concessão nascidos por atos públicos unilaterais (leis ou decretos) ou por instrumentos bilaterais muito incompletos — a proteção que já era típica de regimes contratuais maduros. Foi assim que surgiram na Constituição as regras assegurando às concessionárias a *justa retribuição*¹² a seus investimentos ou, mais recentemente, o *equilíbrio econômico-financeiro* da relação¹³.

¹¹ “O equilíbrio econômico financeiro na concessão de serviço público”, *Revista de Direito Administrativo*, FGV, vol. 63, 1961, p. 2. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455>. Acesso em: 26.09.2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v63.1961.21455>.

¹² Era o que dispunha a Constituição de 1934: “Art. 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a **justa retribuição do capital**, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.”

Nesse regime constitucional, buscava-se o equilíbrio entre a garantia de justa retribuição ao capital e a vedação de modelo tarifário que proporcionassem rentabilidade excessiva.

¹³ Exemplos são as Constituições de 1967 e 1969 (ver nota 6).

O equilíbrio e a justa remuneração — que, em outras situações, são definidos e assegurados por cláusulas expressas e detalhadas de instrumentos contratuais — passaram, por força da Constituição, a se aplicar como uma âncora de segurança a todos que assumissem serviços públicos em regime de concessão, ainda que em seu favor não houvesse instrumento contratual algum, ou os instrumentos fossem por demais incompletos.

Mesmo que, na origem, o caráter contratual de certo vínculo de concessão não existisse, fosse duvidoso ou fosse questionado, de qualquer modo o Direito positivo passou a prover a segurança necessária ao investimento privado nos serviços públicos.¹⁴

¹⁴ É preciso lembrar que foi forte entre publicistas, no passado, o debate sobre a viabilidade jurídica ou não de o estado se obrigar contratualmente com particulares — o que, a alguns, parecia como contraditório com a condição majestática de “poder público”, poder que não envolveria direitos disponíveis para serem negociados e transacionados. Para essa visão mais radical, as relações entre estado e particulares seriam sempre estatutárias, mesmo nas concessões, razão pela qual estes últimos não teriam exatamente o direito ao regime legal de proteção dos contratos.

Com o tempo, esse radicalismo foi perdendo força e, embora certos juristas ainda persistissem mitigando a possibilidade de verdadeira contratação quanto a todos os aspectos da relação (negando caráter contratual, por exemplo, às cláusulas de serviço), acabaram por aceitar que, nas concessões, a equação econômica (isto é, a relação entre direitos e encargos, com suas receitas e despesas) poderia ser contratualizada, sendo assim estabilizada juridicamente.

A Constituição de 1988 não abriu mão dessas salvaguardas ao investimento privado em serviços públicos, antes ao contrário. Apenas empregou outra forma jurídica para assegurá-las — bem mais robusta, aliás.

Seu art. 175 eliminou qualquer indefinição ou contestação quanto à natureza jurídica do vínculo de concessão (ou mesmo de permissão) de serviço público. Ele dispôs de modo expresso que *concessões de serviço público têm caráter contratual* (não, portanto, caráter estatutário, de ato complexo, semicontratual ou semirregulamentar, como defendiam alguns doutrinadores). Com isso, imprimiu desde sua gênese as necessárias segurança e estabilidade que os investimentos privados nos serviços públicos exigem¹⁵.

Não houve de fato qualquer descontinuidade no tratamento constitucional do tema¹⁶. Mudou-se apenas a forma de assegurar na

¹⁵ Antes de 1988, o caráter contratual das concessões, para quem o admitia, total ou parcialmente, servia de critério no Brasil para diferenciá-las das permissões de serviços públicos, que teriam caráter estatutário e precário. Assim registrou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda apegada à prática administrativa pré-constitucional: “A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública.” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 168). No mesmo sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 780.

Constituição os requisitos mínimos de viabilização das concessões de serviço público.

Tanto é equivocado supor que, nos regimes anteriores, havia um modelo geral, pronto e acabado, de repartição de riscos entre poder concedente e concessionárias, como é exagerado imaginar que, hoje, não há qualquer baliza constitucional para a análise das mudanças e adaptações necessárias à preservação do equilíbrio econômico-financeiro de concessões.

A razão lógica para, *mesmo sem regra constitucional, legal ou contratual expressa quanto a isso*, o concedente responder pela álea

¹⁶ Caio Tácito, reconhecido como o maior especialista na matéria entre as décadas de 1950 e 2000, relatou, após a Constituição de 1988, a evolução do tratamento constitucional da matéria: “O princípio do equilíbrio financeiro nas concessões de serviço público, embrionariamente contido nos modelos acima assinalados, não desapareceu, antes se consolidou, com o seu reconhecimento no plano constitucional. A Constituição de 1934 marca o critério da justa retribuição do capital como fator essencial a fim de permitir o atendimento normal das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos (art. 137). O comando reaparece aperfeiçoado na Constituição de 1937 que atribui à revisão das tarifas o papel de permitir que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços (art. 147). Distingue o texto constitucional a dupla função da tarifa: retribuir o capital investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento do serviço. Preceito equivalente se reproduz na Constituição de 1946 (art. 151) e alcança a plenitude na Constituição de 1967 e na reforma de 1969, que definem como finalidade das tarifas, ao lado da justa remuneração do capital e do financiamento da expansão do serviço, a de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art. 160, na Constituição de 1937, art. 167 na Emenda Constitucional nº 1, de 1969). A Constituição atual, mais sóbria, conserva, como finalidade da lei, a preservação do caráter especial dos contratos de concessão e destaca como de sua essência, a par dos direitos dos usuários, a adoção de política tarifária compatível com a prestação de serviço adequado (art. 175). **E, significativamente, impondo aos novos contratos a obrigatória precedência de licitação, coloca entre os seus requisitos necessários a manutenção das condições efetivas da proposta vitoriosa (art. 37, XXI).**” (*Concessão de energia elétrica - Tarifas - Equilíbrio financeiro*, em: “Revista de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, v. 203, p. 406-413, jan. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46737>>. Acesso em: 26.09.2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v203.1996.46737>.)

extraordinária nas concessões sempre foi a mesma, tanto no passado, como hoje: ele é o titular dos serviços públicos, ele é que impõe sua continuidade em qualquer circunstância, ele é que define suas características (as quais as concessionárias não podem alterar, nem modular), ele é seu prestador indireto. E é a ele, em suma, que pertencem os poderes, os bônus, os ônus e os riscos que não tenham sido repassados explicitamente às concessionárias.

Tudo o que, em relação ao serviço concedido, o concedente não tiver transferido à concessionária de modo *explícito, claro e incontestável*, permanecerá onde sempre esteve: com o próprio concedente — que, antes de sê-lo, por força de um contrato específico, já era o titular do serviço público, por força da Constituição ou da lei.

Assim, o que de fato impõe ao concedente o ônus da álea extraordinária não é uma previsão expressa do contrato de concessão, mas sim as normas constitucionais ou legais que, muito antes dele, lhe tiverem conferido a responsabilidade pelo serviço — uma responsabilidade integral. Logo, para que alguma concessionária assumisse qualquer parcela do ônus da álea extraordinária seria preciso cláusula explícita, clara e incontestável que a

tivesse incluído entre os seus riscos contratuais. Tão simples e claro quanto isto.

Na síntese de Caio Tácito, escorada na jurisprudência do Conselho de Estado francês: a “regra da equivalência honesta de deveres e direitos do concessionário”, base da garantia de equilíbrio econômico-financeiro em favor dos contratados privados, é o necessário “complemento da continuidade do serviço”, cuja responsabilidade constitucional e legal é toda da administração pública.¹⁷

É incorreta, assim, a conclusão da Procuradoria da ANEEL de que nosso Direito positivo teria deixado de prever, em favor das concessionárias de serviço público, o direito à recomposição integral da álea extraordinária (isto é, dos riscos que elas não assumiram explícita e claramente) ou, em outras palavras, da imprevisibilidade.

¹⁷ “O equilíbrio econômico financeiro na concessão de serviço público”, *Revista de Direito Administrativo*, FGV, vol. 63, 1961, p. 2. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455>. Acesso em: 26.09.2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v63.1961.21455>

Afirmar a distinção entre álea ordinária e extraordinária — para, neste último caso, reconhecer o dever de ela ser assumida pelo concedente, mesmo sem menção contratual explícita — não significa desprezar o conteúdo da contratação, muito pelo contrário. Essa forma de descrever o mecanismo de repartição de riscos pode ter algum grau de indeterminação (o que é ordinário? o que é extraordinário?) mas está longe de ser estratégia para afastar disposições contratuais — é, antes, o modo de aplicá-las corretamente.

A definição do que é álea ordinária (risco assumido pelas concessionárias) ou extraordinária (risco que remanesce com o concedente, titular do serviço, por não haver sido repassado explicitamente às concessionárias) decorre naturalmente dos contratos e das normas legais e regulamentares que disciplinam a concessão. A classificação faz parte da lógica do regime constitucional vigente, como fazia do anterior.

Cada concessão tem, claro, sua própria equação econômico-financeira e sua própria atribuição expressa de riscos. Por isso, à época em que as Constituições tinham norma dizendo que o regime tarifário preservaria o equilíbrio econômico-financeiro, também havia a necessidade de aferi-lo segundo o conteúdo e o equilíbrio de cada relação, tal qual construída entre as

partes, a partir da alocação expressa de riscos. O concedente não assumia prejuízos que, segundo os termos ou a lógica inquestionável dessa relação, estivessem incluídos entre os riscos da outra parte.

A equação, isto é, os elementos exatos do equilíbrio econômico-financeiro de cada concessão, não são, e jamais foram, categoria de direito natural, algo pressuposto a partir de conceitos gerais e de definições pré-fixadas. Sempre se tratou, segundo as opções concretas de cada concessão, de um “sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade”, cujas variáveis têm de ser consideradas segundo suas peculiaridades, estabelecidas em cada relação, para motivar “o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa.”¹⁸

A preservação do equilíbrio se dá em função de relação jurídica pactuada especificamente e leva em conta o balanço entre obrigações, direitos e riscos, o qual precisa ser sempre garantido *in natura* pelo regime tarifário ou

¹⁸ Caio Tácito, “O equilíbrio econômico financeiro na concessão de serviço público”, *Revista de Direito Administrativo*, FGV, vol. 63, 1961, p. 3. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455>. Acesso em: 26.09.2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v63.1961.21455>

por outros mecanismos internos à concessão (adiamento de investimentos, extensão de prazo, etc).

Assim, mesmo sob a égide de Constituições passadas, havia diferenças entre as equações econômico-financeiras de contratações ordinárias da administração (contratos de fornecimento, de serviços e de obras) e as dos contratos de concessão. A dinâmica dos equilíbrios sempre foi, nesse sentido, distinta para os vários tipos contratuais, pois os riscos assumidos em cada contrato podiam variar, assim como os meios de compensação das perdas. E continua sendo.

Quanto a isso, identificar situações que geram desequilíbrio econômico-financeiro passível de compensação sempre foi distinto, por razões ligadas à modelagem um a um dos contratos, em contratações ordinárias da administração, de um lado, e em contratos de concessão, de outro.

Mas isso nem de longe quer dizer que exista regra universal e fixa excluindo, por suposta oposição de natureza entre concessões e contratações administrativas ordinárias, a compensação total e *in natura* dos prejuízos imprevisíveis das concessionárias (em virtude de álea extraordinária, por elas

não assumidas expressamente entre seus riscos), ao contrário do que ocorreria com empreiteiras e fornecedoras, por exemplo.

A diretriz da manutenção “das condições efetivas da proposta”, as quais são absorvidas pelo contrato — manutenção essa prevista no art. 37, XXI, da Constituição de 1988 — tanto se aplica às contratações administrativas ordinárias como às concessões.¹⁹

Mesmo no campo das concessões não há uniformidade de tratamento em relação à exploração dos serviços e à distribuição de riscos, ambas com impacto na equação econômico-financeira. Existem diferentes modelos de concessão e, com essa diversidade, variam as fórmulas para aferir e restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de cada uma.

¹⁹ Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio Loureiro explicam como as particularidades dos contratos de concessão se coadunam com a garantia geral prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal: “A abertura conferida pela lei à regulamentação pelo contrato é instrumento hábil à melhor conformação do equilíbrio de cada concessão, o que, por outro lado, não conduz à conclusão de que nestes contratos os pilares do instituto do equilíbrio não devam ser igualmente respeitados. Mesmo com maior abertura à regulação pelo contrato, a concessão não escapa aos cânones do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabelecem o respeito às condições efetivas da proposta como norte do equilíbrio econômico-financeiro de todos os contratos administrativos. No contrato de concessão não discrepa da regra geral constitucional sobre a conformação do equilíbrio econômico-financeiro, assim como em qualquer outro, prevalece a noção de que a equação contratual se aperfeiçoa com a proposta apresentada pelo licitante vencedor, a partir das condições com as quais essa proposta foi elaborada. A concessão se distingue em termos do tratamento dado ao equilíbrio econômico-financeiro nos parâmetros (ou condições) de elaboração das propostas, o que, por conseguinte, acarreta a estruturação diferenciada da sua equação contratual. Diferencia-se, também, pelos critérios de definição de um evento danoso ao equilíbrio e pelos mecanismos de recomposição.” (*A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões*, em: “Revista de Direito Público da Economia – RDPE”, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. p. 138).

Há concessões que dão às concessionárias liberdade na definição de seus preços, que não estabelecem obrigações rígidas de investimento ou que preveem flexibilidades e prazos muito longos de exploração dos serviços. Essas naturalmente transferem mais riscos às concessionárias do que as outras em que há maior regulação e interferência do concedente.

É o que se constata, por exemplo, nas concessões de radiodifusão (desde sua criação em nosso Direito) ou de serviços aéreos regulares (desde que foram desregulados no Brasil, há cerca de duas décadas), para ficar em dois casos eloquentes de regimes que conferem grande autonomia empresarial às concessionárias. Nesses segmentos, por mais que a exploração dos serviços venha a ser afetada por fatos imprevisíveis ou inadministráveis, como o surgimento de novas tecnologias, crises econômicas ou pandemias, não se vê discussão acerca de medidas de reequilíbrio das concessões como direito das concessionárias²⁰.

²⁰ No setor de linhas aéreas, de inegável interesse público e que sofreu imenso impacto com a pandemia, são estudados instrumentos de socorro estatal às concessionárias em operação no país, mas nada que seja derivado automaticamente do regime das concessões daquele serviço. O debate gira em torno de instrumentos de apoio externos à concessão. Não se fala, portanto, em reequilíbrio de contratos, em revisão de tarifas ou em indenizações do poder concedente. Para um exemplo dos debates sobre o resgate econômico desse setor, v. <https://www.istoedinheiro.com.br/entre-o-ceu-e-o-inferno/>. Acesso em 25.09.2020.

O regime bastante maleável das concessões de radiodifusão e aéreas confere às concessionárias instrumentos de ação empresarial para prevenir ou remediar os efeitos das variadas crises, inclusive as excepcionais, como o fazem quaisquer empresas que atuam no campo privado. Nesses setores não há limitação rígida à permanência das empresas na exploração dos serviços (as concessões podem ser renovadas seguidamente), os bens vinculados aos serviços não reverterem ao poder público, não há controle tarifário e assim por diante. Essa maleabilidade decorre do fato de não existirem imposições constitucionais e legais rígidas quanto à obrigatoriedade, continuidade e características específicas desses serviços — tampouco, portanto, de responsabilidade integral do poder público pela manutenção desses elementos.

A situação é bem diversa em segmentos nos quais as concessionárias não dispõem da mesma liberdade empresarial. Na maior parte dos casos, explorar serviço público em regime de concessão importa a assunção de encargos pré-definidos, com prazo máximo de exploração dos serviços, controle tarifário rígido, imposição de obrigações rígidas de qualidade e dever de continuidade mesmo nas crises mais excepcionais.

Nesses casos, mudanças sensíveis nas condições econômicas de prestação dos serviços (seja nos custos, seja nas receitas), por situações extraordinárias, imprevisíveis e inadministráveis — cujos riscos não tenham sido assumidos pelas concessionárias de modo claro, expresso e inquestionável — devem importar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

As fórmulas de exposição a riscos variam até mesmo em concessões de um mesmo setor, em função das modalidades de serviços existentes ou outros fatores²¹. Cada contrato pode ter seu próprio sistema de divisão de riscos e de garantias de manutenção da higidez econômica. O nível de riscos das prestadoras decorre do regime contratual previsto em cada caso.

Nas diferentes situações, as concessões se sujeitam ou não a reequilíbrio em função da lógica econômica do modelo contratual que tenha sido adotado. Isso não é novo. Não surgiu com a Constituição de 1988, nem foi cristalizado ou unificado com a edição das leis ordinárias que a regulamentaram (como as leis 8.666, de 1993 e 8.987, de 1995).

²¹ No setor elétrico, por exemplo, a exposição a risco é variada em função da modalidade de serviço concedido (distribuição, transmissão ou geração).

A verdade é que jamais existiu regime jurídico único quanto ao reequilíbrio das contratações públicas, pois jamais houve equação econômico-financeira idêntica a todas elas. Este é um mito difundido pela má leitura de generalizações, as quais são próprias de obras jurídicas que abordam o tema com preocupações mais didáticas do que práticas.

A diferença de narrativas que hoje se percebe na literatura jurídica nacional, ao que parece, decorre do nível de detalhamento com que o tema é tratado em cada obra. Obras generalistas tendem naturalmente à simplificação e, para tanto, se limitam a fazer considerações sobre divisão de riscos com base na distinção entre *álea ordinária* e *álea extraordinária*.

Já os textos que procuram entender a equação econômico-financeira de cada contrato, dando respostas mais detalhadas às dúvidas sobre o cabimento ou não de reequilíbrio, veem-se obrigados a enfrentar outros problemas, de ordem prática. Por isso, abordam aspectos e categorias que passam ao largo das explicações generalistas, tais como: qual o critério econômico de fixação da tarifa? Ele levou em conta custos históricos ou o valor atual dos investimentos? Há concorrência na prestação dos serviços? Houve garantia de demanda mínima à concessionária? Os bens afetados à prestação do serviço

são reversíveis? Há controle tarifário ou os preços são livres? Como são calculados os reajustes periódicos? Há previsão de revisões periódicas? Em que elementos são baseados essas revisões? Elas têm caráter retrospectivo (para equalizar eventos passados) ou prospectivo (para determinar como será a prestação do serviço no futuro, fixando níveis de investimentos, por exemplo)?

Essas ponderações não representam a impertinência da distinção entre álea ordinária e álea extraordinária como critério para deferir ou não reequilíbrios contratuais; elas apenas indicam que, em cada caso, a alocação de risco precisa ser identificada nas inúmeras características do contrato. Afirmar que cabe reequilíbrio em caso de álea extraordinária e não em caso de álea ordinária não é incompatível com o reconhecimento de que o reequilíbrio depende da repartição de riscos feita no contrato.

Em termos puramente lógicos, qualquer risco, seja qual for sua característica ou extensão, pode ser contratualmente atribuído a qualquer das partes. Por isso, é sempre preciso considerar o que efetivamente se ajustou quanto aos riscos — sem, claro, adotar presunções sem base jurídica, ou claramente incompatíveis com o regime essencial do serviço, como a

equivocada presunção, já criticada neste parecer, de que a não atribuição expressa do risco por áleas extraordinárias ao concedente significaria a desoneração deste, ao menos parcial.

Modificações contratuais, medidas administrativas e fatos extraordinários, imprevisíveis e inadmissíveis são causas que, geralmente, demandam o reequilíbrio, desde que, pelas características da concessão em análise, não tenham sido assumidas como risco do negócio pela concessionária (assunção essa que, alerte-se, não é comum na prática).

Esse cenário jurídico, repita-se, não é novo. Ele já vinha dos regimes constitucionais e legais passados. Para saber, na prática, se cabe reequilíbrio econômico-financeiro da concessão *era* e *é* necessário interpretar o contrato. Deve-se apurar se, em função de suas cláusulas, o evento lesivo foi assumido como risco do negócio pela concessionária (álea ordinária) ou não foi assumido por ela (álea extraordinária).

Nosso Direito positivo previa, e continua prevendo, em favor das concessionárias de serviço público, o direito à recomposição integral da álea

extraordinária (isto é, dos riscos que elas não assumiram explícita e claramente) ou, em outras palavras, da imprevisibilidade.

O tratamento legal do equilíbrio econômico-financeiro

Outra contraposição falsa é entre o tratamento da lei 8.666, de 1993 (a Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração), e o da lei 8.987, de 1995 (a Lei de Concessão).

De acordo com uma narrativa equivocada, a lei 8.666, de 1993, teria já feito, para todos os contratos ordinários, uma divisão absoluta e imutável de riscos entre contratante (poder público) e contratada (particular) ao definir como causas de reequilíbrio o fato do príncipe, a alteração unilateral do contrato, o caso fortuito e a força maior (art. 65, II, “d”)²². Não haveria, nessa visão, espaço para disposição contratual quanto às causas de reequilíbrio; elas

²² “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

teriam sido fixadas pelo próprio legislador, com todas as especificações necessárias.

Já a Lei de Concessão teria transferido quase integralmente os riscos dos empreendimentos às concessionárias, em virtude da definição de que os serviços concedidos são explorados por “conta e risco” delas.²³

Disso decorreria uma espécie de presunção de princípio de que seriam das concessionárias os riscos não atribuídos expressamente ao concedente. Haveria outro elemento mitigador do direito ao reequilíbrio: a previsão legal de que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão se considera respeitado sempre que o contrato seja cumprido (art. 10)²⁴. Com isso, não haveria mais espaço para hipóteses de reequilíbrio decorrentes de fatores outros que não a criação de novos tributos ou a alteração unilateral do contrato,

²³ “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 de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado”.

²⁴ “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

pela administração, hipóteses de revisão tarifária expressamente previstas nos §§ 3º e 4º, do art. 9º, da Lei de Concessão²⁵.

As duas interpretações, superficiais e, por isso, equivocadas, claramente desprezam o papel relevante que, em um caso e em outro, têm os próprios contratos — e isso segundo normas expressas de ambas as leis.

A lei 8.666, de 1993, no art. 65, II, “d”, condiciona o reequilíbrio do contrato ao enquadramento das hipóteses nele indicadas como *álea extracontratual*; ou seja, ela própria diz que é o contrato que define se certo risco (álea) foi assumido pela contratada ou ficou com a administração contratante²⁶.

²⁵ “Art. 9º (...)

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

²⁶ Nessa linha é a correta observação de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro: “A partir da leitura do art. 65, II, ‘d’, da Lei 8.666/1993, pretende-se atribuir à Administração Pública os riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente. Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo menciona tratar-se de evento extracontratual. Ora, se o contrato dispuser de forma distinta, portanto, deverá prevalecer. Pensamos que não há – seja na Lei 8.666/1993 ou em qualquer outro diploma legal – um sistema de distribuição de riscos positivado. Aliás, assim que deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica e não de valor.” (*Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 120).

A Lei de Concessão, por sua vez, deixa claro que o equilíbrio econômico-financeiro está atrelado à observância das *condições do contrato* (art. 10), ao qual cabe definir o “modo, forma e condições da prestação do serviço” (art. 23, II), remetendo também ao regime do contrato a atribuição dos riscos e, assim, a definição do que será ou não admitido como causa de reequilíbrio. A Lei de PPP (11.079, de 2004), que também trata de contratos de concessão, foi explícita quanto a isso: cabe ao contrato tratar da “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III).

Em suma: distribuir riscos entre as partes é função de qualquer contrato público, de concessão ou não. O fato de a Lei de Concessão haver dito que as concessionárias prestam os serviços “por sua conta e risco” não quer dizer, claro, que os contratos de concessão estariam obrigados a atribuir a elas *todos* os riscos, mas apenas que elas os prestam assumindo os *riscos do negócio* — negócio esse definido pelos limites, condições e riscos estabelecidos nos contratos.

A garantia constitucional e legal do reequilíbrio no Direito brasileiro

Desse modo, existe sim, na legislação ordinária vigente, base jurídica para reconhecer, em favor das concessionárias de serviço público, o direito à recomposição integral da imprevisibilidade, da álea extraordinária (isto é, dos riscos que elas não assumiram explícita e claramente nos contratos), sempre lembrando que o concedente, titular dos serviços, remanesce com os riscos que não tiver transferido.

Concessões de serviço público são relações jurídicas especiais. Por seu intermédio o poder público confere a particular a atribuição de prestar serviços públicos, oferecendo em contrapartida o direito de explorá-los economicamente.

O objeto da relação — o serviço público — permanece sob titularidade estatal. Daí o reconhecimento, ao concedente, mesmo após a transferência da prestação às concessionárias, das prerrogativas e responsabilidades que são próprias do titular. É nessa condição que ele detém instrumentos para modelar as características dos serviços, para regulá-los, para impor novas obrigações e para fiscalizar a execução.

A viabilização dessa relação jurídica, permeada por certa assimetria em favor do poder público, está no reconhecimento de direitos patrimoniais firmes aos particulares que assumirem os empreendimentos públicos. A fórmula de o Direito positivo brasileiro dar segurança jurídica aos investimentos privados foi conferir à concessão uma natureza contratual.

Como contrato, a concessão confere às concessionárias a proteção ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI). Há, também, implícita ao regime contratual, a vinculação jurídica mútua das partes aos aspectos econômico-financeiros do que se tiver pactuado.

No dispositivo constitucional que trata das concessões de serviço público (art. 175), há referência expressa à sua natureza contratual. A prestação de serviço público é transferida por meio de concessões, que são contratos, e disso decorrem direitos e obrigações contratuais ao concedente e às concessionárias.

A Constituição não impôs regime jurídico único e rígido a esse modelo de contrato, ou seja, não indicou características-padrão detalhadas aplicáveis a toda e qualquer concessão. A função de detalhar modelos contratuais foi

delegada ao legislador ordinário. Contudo, ao definir que a concessão é contrato, a Constituição conferiu importante núcleo de garantias a quem assume serviço público. Concessionárias serão *contratadas* do poder público e, nessa condição, têm direitos cuja exigibilidade é viabilizada pela ordem jurídica.

Essa ideia central também informa o art. 37, XXI, da Constituição, que prescreve o dever de licitar para as contratações da administração pública, assegurando “cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”²⁷. Não há nessa fórmula a indicação das causas que levam à revisão dos preços contratados, dos riscos que serão assumidos por cada parte, tampouco dos critérios para a recomposição. Contudo, a norma constitucional é forte o suficiente para assegurar que o Direito brasileiro, por mais que reconheça prerrogativas ao contratante, proteja o direito de as contratadas verem respeitado o que se pactuou. Contratos públicos, de acordo com a Constituição, são instrumentos aptos a assegurar direitos firmes quanto às condições econômicas pactuadas (relativas a

²⁷ “Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

“obrigações de pagamento” e “condições da proposta”, conforme definido no art. 37, XXI).

A literatura especializada do Brasil, mesmo antes de lei ordinária tratar da matéria, já tendia a afirmar a natureza contratual — ainda que parcialmente, restrita à equação econômico-financeira da concessão — como base dos direitos patrimoniais das concessionárias. Derivam disso os direitos de amortização dos investimentos e outros custos, de obter lucros e de consideração do prazo ajustado para a exploração econômica dos serviços — elementos esses que definem o equilíbrio econômico-financeiro, cuja preservação é direito adquirido por ato jurídico perfeito.

Tais direitos já eram reconhecidos como de natureza contratual, ainda que o concedente pudesse alterar unilateralmente outros elementos da relação²⁸.

²⁸ Confira-se como Caio Tácito expõe a relevância do reconhecimento da natureza contratual das concessões: “Essa intangibilidade da situação financeira, supra acenada, transforma a própria concessão, isto é, o direito subjetivo de exercê-la, de explorá-la — porque se trata, aqui, verdadeiramente, como se viu, de uma atividade econômico-lucrativa — numa *property*, na velha linguagem dos tratadistas e dos tribunais norte-americanos, a constituir, para os concessionários, verdadeiros direitos adquiridos de origem contratual... De fato, como sucede em toda violação de direito adquirido, o eventual desconhecimento do direito subjetivo do concessionário à equação financeira do contrato implicaria na obrigação de indenizar, como bem acentuam os autores citados.” (*O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*, em: “Revista de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, v. 65, p. 5-6, mai. 1961. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21837>>. Acesso em: 26.9.2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v65.1961.21837>.)

A lei 8.666, de 1993, como já visto, reconhece o direito ao equilíbrio econômico-financeiro ao indicar, como causa de alteração do contrato, a ocorrência de evento caracterizado como álea extraordinária e extracontratual, que afete o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido no contrato (art. 65, II, “d”). A Lei de Concessão define que o equilíbrio econômico-financeiro só estará mantido se e enquanto forem atendidas as “condições do contrato” (art. 10). Quando, por razões variadas, ocorrerem mudanças nessas condições, a preservação do equilíbrio pactuado está assegurada. As disposições constitucionais e legais convergem quanto a isso, inclusive para as concessões.

São essas as bases jurídicas para definir o impacto da pandemia no equilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição de energia elétrica. A Constituição e as leis brasileiras preveem a preservação das condições contratadas. Essa é a essência do modelo brasileiro de contratações públicas.

3. O DIREITO AO REEQUILÍBRIO NAS CONCESSÕES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A ANEEL e o Executivo Federal reconhecem que a pandemia de 2020 constituiu fator imprevisto, com potencial para gerar perdas de caráter excepcional às concessões de distribuição de energia elétrica. A questão é saber se, constatada perda de caráter excepcional de receita de concessionária, há direito à sua compensação integral *in natura*, por mecanismos internos à concessão, ou o simples direito de negociar alguma partilha de prejuízos, por critérios de equidade e boa-fé. No âmbito da agência, acenou-se até com margem discricionária para ela disciplinar essa composição, mas essa orientação não adere ao contratado.

A repartição de riscos nos contratos de distribuição de energia elétrica

A distribuição de energia elétrica é modalidade de serviço público intensamente regulada. As concessionárias, ao assumirem o serviço, obrigam-se a realizar investimentos nas redes, a adquirir energia e a distribuí-la aos usuários. Sua arrecadação é fonte de recursos para outros segmentos do setor de energia elétrica (transmissão e geração). Devido a tais características, muitos fatores que integram a composição dos custos das concessionárias de

distribuição estão sujeitos a contingências que não são por elas administráveis. O valor da energia que adquirem é uma dessas variáveis, que oscilam independentemente de seus esforços de gestão.

As concessões de distribuição de energia, no passado, tiveram regime tarifário baseado no simples repasse dos custos incorridos pelas prestadoras. O concedente apurava os custos razoáveis incorridos na prestação dos serviços e os transferia para a tarifa, de modo a compensá-los e a proporcionar adequada remuneração ao investimento.

Esse modelo tarifário mudou para estimular maior eficiência econômica das prestadoras. Ao invés de se basear no simples repasse de *custos*, passou a um regime de *preços*, em que a tarifa busca retratar um valor capaz de compensar despesas e proporcionar adequada remuneração, segundo uma equação de base contratual. Como a tarifa passa a incorporar uma estimativa de custos para o futuro (e não o que se gastou no passado), as concessionárias têm estímulo para serem mais eficientes na gestão de seus custos, de modo a aumentar sua lucratividade²⁹.

²⁹ Confira-se o relato da evolução do modelo tarifário do setor elétrico feito por Solange Ribeiro e Maria Isabel S. D. Falcão: “Historicamente o modelo tarifário adotado no Brasil foi o da regulação pela taxa

Mas essa tarifação não pressupõe o risco de ter de prestar o serviço por um valor constante ao longo de toda a vigência do contrato. Há mecanismos contratuais para a atualização periódica. Nos *reajustes anuais* é aplicada fórmula para atualizar a tarifa monetariamente e segundo a variação de certos custos. Nas *revisões ordinárias* se procura adequá-la mais amplamente à realidade de custos. E nas *revisões extraordinárias* se compensam, a qualquer tempo, desequilíbrios significativos que atinjam a equação econômico-financeira e que, apesar de não capturados pelas fórmulas pré-estabelecidas de reajuste e revisão ordinária, não tenham sido expressamente incluídos entre os riscos das concessionárias³⁰.

interna de retorno, também conhecido como tarifação pelo custo do serviço. Através desse critério tarifário os preços devem ser estabelecidos de forma a remunerar os custos e os investimentos necessários para prestar o serviço e conter uma margem que proporcione uma taxa interna de retorno adequada ao investidor, objetivando extrair lucros extras da firma monopolista. Para tanto, as tarifas podem ser reajustadas a qualquer momento a pedido da concessionária ou do regulador, a fim de manter a taxa interna de retorno adequada. Entretanto, o que se pode observar pela experiência brasileira foi que o sistema de tarifação pelo custo não fornece incentivos suficientes para o planejamento e a operação eficiente das concessionárias. Não há incentivos para a concessionária minimizar custos, gerando ineficiência produtiva, em face da remuneração garantida dos investimentos e do repasse de custos desnecessários para os consumidores. (...) Tendo em vista os problemas apontados pelo critério de tarifação pelo custo, ao final da década de 90 o Brasil adotou o mecanismo de tarifação conhecido como *price cap*, que visa promover a inovação, eficiência e a minimização de custos. O mecanismo *price cap* consiste na determinação, pelo regulador, de um preço-teto para os preços médios da empresa, corrigido de acordo com a evolução de um índice de preços aos consumidores (IGPM para o caso brasileiro) e subtraído de um percentual equivalente a um fator de produtividade (fator X), para um período prefixado de anos. Dessa forma, permite o compartilhamento de ganhos de eficiência entre a concessionária e os consumidores, estimula a produtividade (período entre revisões cria a oportunidade de manter os benefícios dos ganhos de eficiência) e elimina os riscos e custos da ação reguladora, dispensando, entre outras coisas, controles que necessitassem de informações custosas como no caso do critério pela taxa interna de retorno.” (*O Modelo Tarifário Brasileiro*, em: “Regulação Jurídica do Setor Elétrico”, Elena Landau (coord.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 289-90.)

³⁰ Ob. cit., p. 291.

Assim, mesmo com a alteração do modelo de *custos* para o de *preços*, os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica continuam contendo cláusulas para garantir que a tarifa compense a variação dos custos não administráveis pelas concessionárias. O mais relevante é o valor da energia. Mas não é só: oscilações nas receitas, ligadas à demanda e à adimplência, também têm influência na composição da tarifa. Logo, os contratos não são indiferentes a custos e a receitas, pois suas cláusulas de reajuste e revisão as levam em consideração, segundo certa equação³¹.

Os contratos preveem expressamente a revisão extraordinária. Se houver aumento excessivo nos custos incorridos pelas distribuidoras, a tarifa deve ser revista antes dos ciclos pré-determinados de atualização (das revisões ordinárias). A condição é que essas alterações não decorram de ação ou omissão das próprias concessionárias³².

³¹ Nas fórmulas de reajuste anual são considerados elementos como “energia elétrica comprada”, “custos de conexão e de uso das instalações de transmissão ou distribuição de energia elétrica”, “receitas irre recuperáveis” (o que abrange parte da inadimplência dos usuários) e “mercado de referência”, que leva em consideração a demanda faturada em certo período (v. Cláusula Sexta, Subcláusula Terceira e Sexta, dos novos contratos de concessão de distribuição, e Cláusula Sétima, Subcláusulas Sexta e Sétima, nos contratos antigos).

³² A revisão extraordinária está assim disciplinada pelos novos contratos de distribuição de energia elétrica: “A pedido da DISTRIBUIDORA, a ANEEL poderá, considerando o nível eficiente de custos, proceder à revisão tarifária extraordinária, visando restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato, sem prejuízo dos reposicionamentos tarifários ordinários, caso sejam comprovadas alterações significativas nos custos da DISTRIBUIDORA, que não decorram da ação ou da omissão desta.” (Subcláusula Décima-sexta, Cláusula Sexta).

A dúvida referente aos efeitos da pandemia de 2020 decorre do impacto que ela provocou nos contratos de distribuição. Não houve aumento significativo dos custos das concessionárias. A causa do desequilíbrio está vinculada à perda de caráter extraordinário, imprevisível e inadmissível de receitas.

Essa hipótese de desequilíbrio, de tão incomum e improvável, não foi expressamente prevista como causa de revisão extraordinária. Mas ela também não está incluída no risco de demanda assumido pelas concessionárias, pois não se trata de risco ordinário de demanda, mas sim de risco anormal, insuscetível de previsão e totalmente fora do âmbito de ação das concessionárias.

Já houve o reconhecimento, conforme demonstrado anteriormente, de que os efeitos da pandemia na redução da demanda pelos serviços de energia elétrica não se inserem no risco assumido pelas concessionárias de

Nos contratos antigos, o tratamento é semelhante: “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 uso das instalações de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período, por solicitação desta, devidamente comprovada.” (Subcláusula Décima, Cláusula Sétima).

distribuição. Trata-se, portanto, de situação a ensejar a revisão extraordinária das tarifas ou outra medida adequada de compensação *in natura*, interna à concessão.

Questionou-se, contudo, se a compensação deveria ser integral ou se a perda de caráter extraordinário, imprevisível e inadministrável de receita deveria ser equanimemente distribuída entre concessionárias e poder concedente.

A perda de receita provocada pela pandemia deve ser compensada integralmente

Os contratos de concessão têm como característica a manutenção do poder público como titular, responsável e prestador indireto do serviço. Essa condição limita a margem de liberdade empresarial para as concessionárias de distribuição de energia administrarem crises, como fariam se explorassem atividades econômicas comuns.

Nas atividades comuns, que não envolvem os deveres de universalização e de continuidade típicos do serviço público, as empresas evitam desde o início oferecer serviços em áreas e situações, ou para

categorias de clientes, que as exponham a maiores riscos de flutuações na receita, com o que se previnem inclusive para as crises de caráter excepcional.

Diante de pandemia, que reduza significativamente a demanda, a resposta empresarial padrão seria a adoção de medidas para ajustar a prestação de serviços à menor procura. O empresário comum buscaria, por exemplo, reduzir o quadro de funcionários, podendo até, em casos mais graves e segundo seu exclusivo interesse, suspender as operações, total ou parcialmente, ou mudar suas características e qualidade.

Mas nenhuma dessas medidas gerenciais, preventivas ou reativas, está disponível para as concessionárias de um serviço público essencial, universalizado e contínuo como a distribuição de energia elétrica. Portanto, elas não têm possibilidade alguma de prevenir ou administrar perdas excepcionais de demanda. Por isso mesmo esse tipo de risco, totalmente anormal, jamais lhes foi atribuído de modo expresso pelas normas ou pelos contratos.

O concedente, como titular do serviço público de distribuição de energia elétrica, é quem define as condições de oferta, exigindo a universalização e a

continuidade, bem como rígidos padrões de qualidade e de investimentos. Ele não deixa qualquer margem para as concessionárias fazerem administração preventiva de possíveis perdas extraordinárias de demanda.

Ademais, no caso da pandemia de 2020, o concedente não reduziu qualquer exigência quanto à prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica, apesar da crise. Pior: em obediência a novas normas do poder público, as concessionárias ficaram impedidas de usar os instrumentos ordinários para conter a inadimplência de usuários.

Por isso é impertinente comparar a situação dessas concessionárias de serviços públicos com a de outros empresários do setor privado. Elas não são livres para modelar ou cessar os empreendimentos, total ou parcialmente, tampouco para adotar medidas preventivas ou mitigadoras de suas perdas de receita. Seu dever contratual é manter a qualidade e a regularidade na oferta desses serviços públicos universalizados, mesmo com perda extraordinária de receita, provocada pela queda anormal, imprevisível e inadministrável de demanda.

Como o contrato de distribuição de energia elétrica não atribuiu de modo explícito às concessionárias os riscos pela queda não ordinária de demanda, entre os quais se incluem situações como a da pandemia de 2020, a consequência jurídica correta do desequilíbrio é sua plena compensação *in natura*, por mecanismos internos à concessão.

As concessionárias têm direito à integralidade porque são delas os ônus operacionais e econômicos de continuar mantendo os serviços mesmo nessas circunstâncias, em que se frustraram as condições originais do contrato. O concedente tem o dever da compensação integral porque tem de preservar o equilíbrio inicialmente pactuado e porque são dele os ônus da titularidade, da responsabilidade e da prestação indireta dos serviços de distribuição de energia elétrica.

Ademais, o concedente tem o interesse de fazê-lo, e isto para preservar a existência, continuidade, regularidade e qualidade desses serviços. Inviabilizar economicamente concessionárias privadas de serviços públicos de distribuição de energia elétrica não é de interesse público.

O silêncio dos contratos de concessão de distribuição, quanto ao risco de certa situação extraordinária, de modo algum gera a equiparação, como supôs a Procuradoria da ANEEL, das posições jurídicas de concedente e concessionárias, que pudesse remeter a solução da crise à simples negociação e à divisão de prejuízos.

Como se viu, são bem diversas as posições das partes quanto ao serviço público de distribuição de energia concedido.

O concedente, titular e responsável indireto por ele, detém poder normativo sobre sua prestação e, por isso, é capaz de modular ou reduzir ônus e obrigações das concessionárias, prevenindo ou mitigando perdas. Ao decidir impor e manter sua existência, universalização, regularidade e qualidade sem considerar problemas ligados ao nível e queda de demanda, o concedente assume responsabilidades que são suas e que não delegou às concessionárias. Estas, ao não assumirem no contrato, de modo explícito, claro e inquestionável, o risco de queda de demanda por situações absolutamente fora da normalidade, estão integralmente livres deste risco.

Logo, cabe ao concedente, o titular, suportar integralmente esse risco, donde seu dever de recompor por completo e *in natura* o equilíbrio econômico, por mecanismos internos ao contrato, para assim preservar as suas condições iniciais (art. 10 da Lei de Concessão)³³.

As concessionárias de distribuição de energia elétrica estão em posição de sujeição especial em relação ao concedente. Embora o contrato tenha referido expressamente a revisão extraordinária apenas para situações de aumento nos custos, não se trata de silêncio eloquente com o efeito negativo de excluir o direito ao reequilíbrio por perda de caráter extraordinário, imprevisível e inadministrável de receita.

³³ Interpretação semelhante é sustentada por Eugênia Cleto Marolla: “A conjugação do art. 37, XXI da Constituição Federal, com a norma do art. 65, II, ‘d’, da Lei nº 8.666/93, leva à conclusão de que, também na concessão de serviços públicos, a recomposição da equação econômico-financeira afetada por álea econômica extraordinária deve ser integral. O interesse público justifica essa ampla garantia, que se sobrepõe aos interesses secundários do concessionário e da Administração. Ao se tornar definitivo, o evento altera as condições fáticas tidas pelas partes quando da celebração do acordo, criando uma nova realidade para o contrato. Se a obrigatoriedade da execução do acordo é dever das partes, a alteração definitiva das condições iniciais impõe a revisão da equação econômico-financeira. Deve se considerar que o concessionário exerce uma atividade de interesse público, que não pode sofrer interrupções em sua prestação. (...) O contraste entre a segurança jurídica advinda dos termos contratuais (formulação estática) e a defasagem desse marco jurídico em razão de fenômenos da realidade econômica superveniente a sua celebração, sejam contratuais ou extracontratuais, demandam o restabelecimento da adequada equivalência das prestações inicialmente pactuadas. O interesse público subjacente aos contratos de concessão afasta as soluções preconizadas no direito privado. Desta forma, contrariamente ao que ocorre no direito privado, no qual a parte pode pleitear a rescisão contratual em razão da onerosidade excessiva; no direito público, os contratos não se interpretam em prol da rescisão, hipótese excepcional que deverá estar expressamente prevista em lei. (*Concessões de Serviço Público – a equação econômico-financeira dos contratos*, São Paulo, Verbatin, 2011, p. 95-96)

O contrato transferiu às concessionárias o risco pela variação de demanda só em ambiente normal de funcionamento da sociedade e da economia. Variações nesse ambiente são decorrência do risco de exploração do serviço. Mas uma pandemia de proporções globais, de efeitos jamais vistos nos tempos modernos, escapa a qualquer ônus referente a planejamento de negócios. Daí a correta conclusão, já assumida pelas autoridades públicas, de que a perda de demanda derivada dessa situação excepcional não constitui risco por elas assumido.

Sendo assim, a perda deve ser plenamente compensada, *in natura*, por mecanismos internos à concessão. De outro modo, não serão respeitadas as condições originais do contrato, concebido para gerar receitas e despesas em ambiente razoável de normalidade. O reequilíbrio integral é imposição do contrato e da lei, em observância à Constituição, que confere natureza jurídico-contratual às concessões (arts. 37, XXI e 175, parágrafo único). Somente expressa previsão contratual poderia imputar às concessionárias os ônus relacionados a imprevisão desse nível.

É errado aplicar ao caso soluções de direito privado. Não existe serviço público no mundo privado. Por isso, as práticas, a jurisprudência e as regras

legais sobre contratos privados não levam em conta, na definição e interpretação sobre os riscos e sobre as consequências de sua ocorrência, peculiaridades que são só dos serviços públicos. As soluções de direito privado não servem para justificar a repartição, entre concedente e concessionárias, dos prejuízos decorrentes da queda excepcional, imprevisível e inadministrável de demanda.

Concessão é contrato submetido a legislação própria, de direito público, com regras próprias sobre a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro (art. 10 da Lei de Concessão, com aplicação suplementar do art. 65, II, d da lei 8.666, de 1993).

No direito privado, para modular o pactuado originalmente, é necessária a caracterização de *onus excessivo* para a parte responsável pela execução do contrato, segundo um critério judicial de razoabilidade e proporcionalidade. A retomada do equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão atende a outros objetivos e, portanto, a outros critérios. O que o direito público prevê como requisito para o reequilíbrio é a alteração concreta das condições contratadas, o que inclui perdas não assumidas como risco pelas

concessionárias, mesmo que não cheguem a inviabilizar a continuidade do contrato e do empreendimento³⁴.

A consequência da imprevisão no campo privado também não é inteiramente compatível com o regime das concessões de serviço público. No direito privado, a extinção do vínculo ou a redução de suas prestações são soluções normais à disposição do contratado, quando da ocorrência de eventos imprevisíveis que o onerem excessivamente³⁵.

³⁴ Egon Bockmann Moreira demonstra o descabimento da onerosidade excessiva como requisito do reequilíbrio nas concessões: “A *base objetiva do contrato de concessão* permite averiguação mais fiel quanto ao ponto ótimo da tarifa, seu nível e estrutura, os respectivos fluxos financeiros e os critérios de avaliação do custo de oportunidade e remuneração do dinheiro no tempo, bem como das variações que o contrato experimenta em seus custos e receitas. Mas **ressalte-se que nesta ordem de cogitações não se exige a dita onerosidade excessiva, peculiar dos contratos privados; afinal, a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro é uma premissa cognitiva, conatural aos contratos de concessão – isto vem desde a Constituição até o instrumento contratual ele mesmo. Não é necessário o desequilíbrio absurdo nem que o concessionário esteja à beira da falência, pois se está diante do dever estatutário de manutenção do equilíbrio, tal como objetivamente definido nas condições do contrato.** A procura aqui está pela *estabilidade da base do projeto concessionário*, pela manutenção do respectivo *equilíbrio econômico-financeiro*.” (*Direito das Concessões de Serviço Público – A inteligência da Lei 8.987/1995*, Curitiba, Edição do Autor, 2010, p. 483 – destaque em negrito acrescido ao original).

³⁵ A legislação autoriza que a parte, alegando onerosidade excessiva, pleiteie a resolução do contrato. Confira-se alguns desses dispositivos do Código Civil:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, **poderá o devedor pedir a resolução do contrato.** Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

Mas isso não se aplica às concessões, em que a perda de receita pela redução excepcional, imprevista e inadministrável de demanda, causando desequilíbrio econômico-financeiro, obriga à recomposição integral, *in natura* e interna de suas condições. Solução parcial, de simples repartição das perdas entre concessionária e concedente, só seria logicamente viável se pudesse ser acompanhada da redução de encargos, como é lícito fazer no direito privado (CC, arts. 479 e 480).

Em suma, não há discricionariedade da administração para avaliar *quanto compensar* à concessionária. Sua obrigação, que decorre da Constituição, das leis e do contrato, é promover *o pleno reequilíbrio*. A margem decisória da administração, nesse caso, fica restrita à proposição de meios adequados a promover o pleno reequilíbrio interno e *in natura* (ampliação de prazo do contrato, adiamento de investimentos, revisão tarifária, por exemplo).

Essa solução do Direito brasileiro não é distinta, em essência, da adotada no direito comparado. É falsa a ideia de que nossa legislação (entendida corretamente, na forma exposta no presente estudo), ofereceria

proteção extravagante para concessionárias, a qual não existiria em outros países.

Na Espanha, que aprovou recentemente novo diploma legal sobre contratações públicas, as regras de reequilíbrio são similares às vigentes no Brasil. Em regra, se assegura o reequilíbrio em hipóteses que aqui se denominam como alteração unilateral do contrato, fato do príncipe e, excepcionalmente, quando fatores imprevisíveis afetarem o contrato³⁶.

Na lei espanhola há ainda a expressa vedação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado por queda na demanda anteriormente

³⁶ Lei 9, de 8 de novembro de 2017:

“Art. 290 (...)

“4. Deberá ser restabelecido o equilíbrio econômico do contrato, em benefício da parte a que ele caiba, nas seguintes hipóteses: a) Quando a administração realize uma modificação prevista na seção 1 do presente artigo, ocorrendo as circunstâncias ali estabelecidas. b) Quando atuações da administração pública concedente, por seu caráter obrigatório para o concessionário, tiverem determinado de forma direta a ruptura substancial da economia do contrato. Fora dos casos previstos nas alíneas anteriores, somente ocorrerá o reequilíbrio econômico do contrato quando causas de força maior determinarem de forma direta a ruptura substancial da economia do contrato.” (disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9>. Acesso em 24.09.2020).

No original:

“4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas. b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. **Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.**”

estimada pela administração, ou por queda que poderia ter sido estimada pela concessionária. Portanto, o que impede o reequilíbrio é a queda *prevista* ou ao menos *previsível*. Mas, *a contrario sensu*, e como é lógico, a queda imprevisível, justamente por seu caráter de força maior, dá direito a ele³⁷. Por isso mesmo, diante dos efeitos da pandemia de 2020 na redução de demanda por serviços públicos — situação evidentemente imprevisível — editou-se na Espanha uma norma geral, de caráter evidentemente declaratório em relação ao regime geral, determinando o integral reequilíbrio dos contratos de concessão afetados³⁸.

³⁷ A parte final do art. 290, “4”, da Lei 9/2017 determina: “Em todo caso, não existirá direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro pela não realização das previsões de demanda obtidas em estudo elaborado pela Administração ou em estudo que o concessionário teria podido realizar.” No original: “En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”.

³⁸ Confira-se o Real Decreto-Lei 8-2020:

“4. Nos contratos públicos de concessão de obras e de concessões de serviços vigentes quando da entrada em vigor deste real decreto-lei, celebrados pelas entidades pertencentes ao setor público (...), **a situação de fato criada pelo COVID-19 e as medidas adotadas pelo Estado (...) para combatê-lo, darão ao concessionário direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico do contrato** mediante, conforme o caso, ampliação de sua duração inicial até o máximo de 15% ou mediante a modificação das cláusulas de conteúdo econômico incluídas no contrato.

Dito reequilíbrio, em qualquer caso, compensará os concessionários pela perda de receita e aumento dos custos suportados, entre os quais serão considerados os possíveis gastos adicionais salariais que efetivamente tiverem sido pagos, **em relação aos previstos para a execução ordinária do contrato de concessão** de obras ou de serviços durante o período de duração da situação de fato criada pelo COVID-19. Só ocorrerá a dita compensação mediante solicitação e comprovação confiável da realidade, efetividade e valor de ditos gastos pelo contratado”. (Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>> acesso em 23.09.2020).

No original:

“4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, **la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato**

Costuma-se repetir erroneamente no Brasil que, em matéria de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a solução do direito francês seria variável em função da causa do desequilíbrio: ela seria plena por *fato do príncipe* ou *alteração unilateral do contrato*, mas, em se tratando de fato imprevisto (força maior ou caso fortuito), haveria apenas a repartição de prejuízos entre concessionária e concedente.

Trata-se de erro de compreensão. A literatura jurídica francesa descreve outro cenário. A solução ideal e primeira para os casos de desequilíbrio do contrato de concessão causado por fatos imprevisíveis (caso fortuito ou força maior) é o reequilíbrio interno do contrato, por aumento de tarifas, redução de encargos, ampliação de prazos, etc — ou seja, um reequilíbrio *in natura*. Se o reequilíbrio *in natura* for inviável na prática, a solução alternativa é a clássica:

mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.”

o pagamento de indenização³⁹. Na prática jurisprudencial, segundo a literatura especializada, a indenização desses casos de imprevisão em favor das concessionárias costuma ser equitativamente estabelecida em 90 a 95% dos prejuízos⁴⁰. Portanto, não se trata nem de longe de divisão de perdas.

³⁹ René Chapus explica as consequências da imprevisão nos contratos de concessão de serviço público: “As partes devem primeiramente investigar se e como o contrato poderia ser adaptado ao estado de imprevisão, por exemplo, pela redução adequada de certas obrigações do contratado ou pela modificação das tarifas ou dos preços acordados. Somente se a tentativa for infrutífera o contratado terá direito de receber da outra parte uma indenização de imprevisão a ser determinada de forma amigável, se possível, ou, não sendo, pela justiça administrativa” (*Droit administratif general*, tome 1, 8ª ed., Paris, Montchrestien, 1994, p. 1027 - traduzi). Confira-se o original: “Les parties sont d’abord tenues de rechercher si et comment le contrat pourrait être adapté à l’état d’imprévision, par exemple par une réduction adéquate de certaines charges du cocontractant ou une modification des tarifs ou des prix convenus. C’est seulement si la tentative est infructueuse que le cocontractant sera en droit d’obtenir de l’autre parti le versement d’une indemnité d’imprévision, déterminée à l’amiable, si possible, ou sinon par le juge administratif.” No mesmo sentido, v. também Georges Vedel, Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, tome 1, 12ª ed., Paris, PUF, 1992, p.425; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, tome 1, 12ª ed., Paris, LGDJ, 1992, p. 701-2.

⁴⁰ V. René Chapus, ob, cit., p. 1027.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, concluo que a perda de caráter excepcional, imprevisível e inadministrável de receita das concessionárias de distribuição de energia elétrica pela pandemia de 2020 no Brasil deve ensejar sua reparação integral e *in natura*, por mecanismos internos à concessão e, na absoluta impossibilidade material de fazê-lo, por indenização que lhe corresponda.

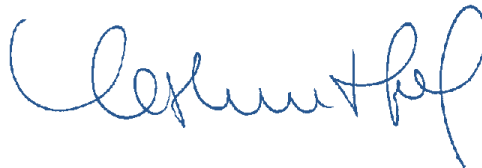
A ausência de imputação desse risco às concessionárias não é omissão eloquente do contrato, de efeito negativo, mas sim situação que o define como *álea extraordinária*, ou seja, *risco por elas não assumidos*, de modo que ele pertence natural e inteiramente ao concedente, que é o titular, responsável e prestador indireto desse serviço público.

Essa conclusão, que não discrepa da experiência jurídica de outros países, tem base no art. 175 da Constituição de 1988, no art. 37, XXI, da

Constituição de 1988, no art. 10 da Lei de Concessão, com aplicação suplementar do art. 65, II, d da lei 8.666, de 1993, bem como no regime de distribuição de riscos previstos nos próprios contratos. Regras e soluções de direito privado são inaplicáveis ao caso.

É o parecer.

São Paulo, 30 de setembro de 2020.



CARLOS ARI SUNDFELD

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas
Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da PUC/SP
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público - *sbdp*

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal de Assinaturas Certisign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://www.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/DB84-F6D4-387A-3E8D> ou vá até o site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: DB84-F6D4-387A-3E8D



Hash do Documento

79E62CDEF765074CCD48E04387ABDD8D93386EF158BE4B205FD0DB1D11D612F8

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 02/10/2020 é(são) :

CARLOS ARI SUNDFELD - 003.984.568-01 em 02/10/2020 09:37
UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

