

TEMA: O REGIME JURÍDICO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

- As condições efetivas da proposta como o centro de referibilidade jurídica da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, não incorporante da categoria jurídico-privada da onerosidade excessiva
- A pandemia de Covid-19 e seu enquadramento como evento tão inesperado quanto inevitável em seus efeitos jurídicos e econômicos
- A pandemia de Covid-19 como uma contingência cujo dever e aptidão jurídicos para combatê-la residem no Poder Público, por expressa e direta determinação constitucional
- A Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020 e seus efeitos modificativos sobre a disciplina jurídico-contratual da distribuição de energia elétrica

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consulente: Associação Brasileira de Distribuidores de Energia – ABRADDEE

Parecerista: Carlos Ayres Britto

Parecer Jurídico

SUMÁRIO: 1. A consulente e sua consulta. 2. O quadro factual-jurídico subjacente à consulta. 3. Os quesitos da entidade consulente. 4. O centrado regime constitucional dos serviços públicos. 5. Os serviços públicos, em si, como encarnação do interesse público primário. 6. Os serviços públicos, em si, como expressão do interesse público primário, independentemente da natureza pública ou então privada do seu prestador. 7. A possibilidade constitucional da prestação diretamente estatal dos serviços públicos, ou então por empresa(s) exclusivamente privada(s). 8. O vínculo operacional lógico entre a lei que autoriza a privatização prestacional de um dado serviço público e o princípio constitucional da “eficiência”. 9. A plenitude do sentido constitucional do transpasse da prestação de serviço público à iniciativa privada para que esta faça as vezes do Estado perante a população usuária. 10. A diferença entre licitar para servir direta e episodicamente ao Estado e licitar para servir direta e continuamente aos usuários de um determinado serviço público. 11. O vínculo operacional direto entre “o caráter especial” dos contratos de concessão ou então de permissão de determinado serviço público e o interesse público primário nele transfundido. 12. A elementar igualdade processual das partes que velam pela satisfação da mesma tipologia de interesse: o interesse público primário. 13. A dúlice funcionalidade dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos: base jurídica central de toda e qualquer pretensão das respectivas partes e estratégico mecanismo de normatização e regulação setorial. 14. O vínculo funcional entre o processo licitatório e a dimensão normativo-setorial dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos. 15. O peculiar *link* operativo entre o “caráter especial”

e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ou então de permissão de serviço público. **16.** A imputação contratual de riscos à contraparte privada. **17.** As condições efetivas da proposta (e a subsequente matriz contratual de riscos) como critério tão decisivo quanto objetivo para o exame de incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. **18.** Síntese das implicações jurídico-econômicas da pandemia de Covid-19. **19.** A pandemia de Covid-19 e seu enquadramento como evento tão inesperado quanto inevitável em seus efeitos jurídicos e econômicos. **20.** A teoria da imprevisão, no Brasil, como expressão dogmática do conteúdo normativo da garantia constitucional da intangibilidade das “condições efetivas da proposta” e do equilíbrio econômico-financeiro que nelas se inscreve. **21.** A impertinência da categoria jurídico-privada da onerosidade excessiva em matéria de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público. **22.** A pandemia de Covid-19 como uma contingência cujo dever e aptidão jurídicos para combatê-la residem no Poder Público, por expressa e direta determinação constitucional. **23.** A Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020 enquanto causa de alteração tão unilateral quanto inescapável das condições de comutatividade contratual do serviço de distribuição de energia elétrica. **24.** Respostas pontuais aos quesitos da consulente. **25.** FECHO.

1. A consulente e sua consulta

1.1. Trata-se de honrosa consulta jurídica, formulada pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia - ABRADÉE, tendo por núcleo temático **a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão que celebram, entre si, as concessionárias afiliadas à consulente e a União**. Contratos que têm por focado objeto, justamente, a prestação do serviço público federal de distribuição de energia elétrica.

1.2. Mais precisamente falando, a consulta se desdobra em duas vertentes cognitivas: **a)** a do tema central da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público; **b)** a da aplicabilidade desse tema central mesmo ao bem delimitado quadro factual-jurídico que subjaz à consulta. Quadro que já se passa a conhecer com imediatidade.

2. O quadro factual-jurídico subjacente à consulta

2.1. Nesse contexto de minha atuação como parecerista, que narra a associação-consulente? Bem, narra que a consulta se desata do atual quadro de crise sanitária, caracterizado pela pandemia de Covid-19, particularmente no que atine aos seus efeitos econômicos e jurídico-institucionais sobre o setor distributivo de energia elétrica. Particularizado contexto, esse, que pode ser assim sumariado:

I – com o **Decreto Legislativo nº 06/2020**, reconheceu-se o estado de calamidade pública, “exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000”;

II – editada a **Lei nº 13.979/2020**, porém, foram elencadas as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional”, nelas inscritas as iniciativas de isolamento social e de suspensão de atividades não essenciais, posteriormente concretizadas por atos normativos de todas as instâncias federativas;

III – já no âmbito setorial, publicou-se a **Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020**, suspensiva da possibilidade de *corte* de energia para um amplíssimo rol de usuários;

IV – ainda no ambiente da normatização setorial, sobreveio a **Medida Provisória nº 950/2020**, pela qual se atribuiu isenção de tarifa para os usuários da subclasse residencial baixa renda e se estabeleceram as bases para a criação da Conta-covid, um mecanismo de garantia de liquidez para todo o setor elétrico, por intermédio das concessionárias de distribuição;

V – nesse exato sentido, o **Decreto nº 10.350/2020**, regulamentador da Medida Provisória nº 950/2020, deu sequência à estruturação jurídica da Conta-covid, pela qual têm sido disponibilizados recursos para assegurar a liquidez e o caixa das distribuidoras de energia. Mas isso em função da atuação sistêmica que se atribui a elas, distribuidoras, enquanto responsáveis pela arrecadação de valores destinados aos mais diversos agentes do setor, como as empresas-generadoras e as empresas-transmissoras. Sem falar nos tributos e encargos setoriais, que servem aos entes públicos e às entidades

paraestatais presentes no setor elétrico. Daí porque menos de 20% dos valores arrecadados pelas distribuidoras de energia são dirigidos a elas mesmas;

VI – os pormenores da Conta-covid foram estabelecidos na **Resolução Normativa ANEEL nº 885/2020**, publicada após o encerramento da primeira fase da Consulta Pública nº 35/2020, levada a efeito pela agência reguladora setorial.

2.2. Pois bem. O atual capítulo dessa trajetória de sequenciadas respostas normativas à crise sanitária da Covid-19 consiste na **segunda fase dessa mesma Consulta Pública de nº 35/2020, perante a ANEEL**. Fase em que será minudenciada a incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão dos serviços distributivos de energia elétrica. Logo, uma tarefa regulatória funcionalmente imbricada com os reflexos econômicos da pandemia de Covid-19 e de suas implicações jurídico-institucionais. O que já afunila, segundo a associação-consulente, para um cenário mescladamente marcado por:

I – uma queda tão abrupta quanto significativa de consumo energético, por efeito das medidas restritivas, de isolamento social, e, notadamente, da paralisação de atividades comerciais e industriais;

II – um acentuado aumento dos níveis de inadimplência, assim resultante da própria pandemia, em si, e também dos efeitos regulatórios da Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020, no ponto em que proibiu, temporariamente, a suspensão do fornecimento de energia para amplo rol de usuários;

3. Os quesitos da entidade consulente

3.1. Esse o *pano de fundo* que responde pelos quesitos da associação consulente, a mim apresentados para o devido equacionamento jurídico. Eil-os:

A) “Quais os pressupostos para a incidência da garantia constitucional do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos? A onerosidade excessiva, nos moldes em que positivada nos arts. 478 e seguintes do Código Civil, necessariamente integra a hipótese de perfazimento do instituto?”

B) “É correto dizer que o perfil constitucional da garantia ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é traduzido pelo que se convencionou chamar de teoria da imprevisão, nos termos do comando normativo inscrito na alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993?”

C) “Um evento de caráter extraordinário (seja sob o prisma econômico, seja sob o ângulo administrativo) enseja a pretensão legítima à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? Tal recomposição há de corresponder à integralidade dos efeitos desse evento?”

D) “A queda de arrecadação experimentada pelas distribuidoras em decorrência da proibição temporária de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento pode ser considerada alteração unilateral do contrato de concessão das distribuidoras de energia para fins do §4º do artigo 9º da Lei nº 8.987/1995?”

E) “O reconhecimento do estado de calamidade pública financeira, nos termos do Decreto Legislativo nº 6/2020, elidiria, de alguma

forma, o reconhecimento do direito das concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos?”

F) “É possível que, na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão dos efeitos da pandemia, o Poder Concedente leve em consideração eventuais efeitos financeiros positivos obtidos pelo concessionário decorrentes de eventos relacionados à álea ordinária do contrato de concessão?”

G) “Em resumo, considerando que efeitos adversos da pandemia para as distribuidoras de energia elétrica são: (i) diminuição de mercado; e (ii) o aumento da inadimplência, é correto afirmar que as distribuidoras têm direito à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro, em relação a ambos esses efeitos, com fundamento nos (i) artigos 37, XXI, da Constituição Federal, art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995 (conforme aplicável); e (ii) princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade, da indisponibilidade do interesse público, da continuidade do contrato administrativo, da segurança jurídica e da moralidade administrativa?”

H) “Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, há alguma relevância, para a análise do direito das concessionárias de distribuição no caso sob consulta, de outras teorias relativas aos efeitos de fatos supervenientes sobre o caráter vinculante dos contratos, tais como, além das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva já abordadas, a teoria da base do contrato e a doutrina da frustração, vindo a preponderar sobre os dispositivos legais? As conclusões acima seriam alteradas pelo fato de os efeitos da pandemia afetarem a economia brasileira como um todo?”

I) “É fato que, quando materializado risco ou incerteza para o qual o contrato de concessão não previu qualquer consequência, como é o caso dos contratos de concessão de distribuição no presente caso, devem ser aplicados o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666 e o art. 15 da Lei nº 9.427, com a recomposição integral do desequilíbrio verificado?”

J) “Há margem de discricionariedade do Poder Concedente/ANEEL para condicionar o exame de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro em razão de evento extraordinário a qualquer forma de transação regulatória, tais como, mas não se limitando a, celebração de um novo contrato de concessão ou limites temporais para exercício do pedido?”

3.2. Assim reproduzida a quesitação que me é formulada pela associação-consulente, passo a juridicamente equacioná-la pelos prismas que tenho como de toda pertinência objetiva ou rigor científico.

4. O centrado regime constitucional dos serviços públicos

4.1. Falo da necessidade de total pertinência no arranjo teórico da matéria – como se espera de um parecer jurídico –, mas a partir de uma específica e superior normatividade constitucional. Corresponde a dizer: para que se revista de rigor científico o enquadramento jurídico da quesitação da consulente, mais que tudo é preciso encaixar o tema dos serviços públicos nos moldes normativos para ele concebidos pela própria Constituição brasileira. Isso porque no lastro formal da Constituição de 1988 é que fundamentalmente, focadamente, centralmente se alocam os conjugados temas da titularidade e da prestação dos serviços públicos. Temas ou figuras

de Direito, torno a enfatizar, que jamais serão dogmaticamente conhecidos sem essa imediata remissão à Lei Maior do País. Sem o preciso conhecimento de um regime jurídico eminentemente constitucional a respeito de cada um deles e dos seus naturais desdobramentos. Comparecendo a Lei dos Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), a Lei nº 8.666/1993 e os pertinentes editais de licitação e as subsequentes cláusulas contratuais como norma complementar, é certo, mas sempre interpretados de conformidade com a Constituição. Não o inverso.

4.2. Deveras, o tema dos serviços públicos é de copiosa e incisiva redação constitucional. Seu berço normativo ou matriz conceitual é a própria Constituição da República Federativa do Brasil. Isso a partir do art. 21, versante sobre as competências materiais da União. E é mesmo como competência material que os incisos XI e XII desse artigo lista os serviços públicos de titularidade ou senhorio federal¹. Serviços próprios da União, portanto, e não dos outros entes federativos e menos ainda da iniciativa privada. Todos eles destinados ao público em geral, como se desata do seu próprio nome. Todos eles consistentes em prestação material para o atendimento de necessidades coletivamente experimentadas. Necessidades

¹ “Art. 21. Compete à União:

I – (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

coletivamente “sentidas”, na linguagem de Celso Antônio Bandeira de Mello².

4.3. Com efeito, são necessidades que, se atendidas, conduzem os respectivos usuários ao desfrute de uma situação jurídica ativa a que bem assenta o nome de “bem-estar”. Esse tipo de bem-estar que tem tudo a ver com o princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da Constituição), na medida em que tanto leva o indivíduo para o centro de si mesmo quanto contribui para o mais abrangente estado de coesão social. Donde a sua categorização: **a)** como um dos “valores supremos” a que se refere o preâmbulo da Lei Fundamental brasileira; **b)** como um dos “objetivos fundamentais” da própria República Federativa do Brasil, sob o sintomático nome de “bem de todos” (inciso III do art. 3º da Constituição).

5. Os serviços públicos, em si, como encarnação do interesse público primário

5.1. Daqui se desprende uma primeira conclusão de mérito, porque verdadeiramente conceitual: serviço público é matéria de compostura normativo-constitucional pelo seu caráter jurídico de interesse público primário. Por que primário? Porque destinado ao atendimento de necessidades diretamente sentidas pelo conjunto dos administrados. Pela coletividade inteira, direta ou imediatamente, como se dá, por exemplo, com as atividades estatais de saúde pública, educação e segurança igualmente pública. Dando-se que, em tema de serviços públicos (é o que passarei a

² In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013, p. 690.

analisar e descrever no capítulo de nº 7 deste parecer), a titularidade deles é exclusivamente do Poder Público, mas não o respectivo exercício; ou seja, a respectiva prestação tanto pode ficar a cargo do Estado quanto por interposta pessoa jurídica. Pessoa jurídica privada, além do mais.

5.2. Prossigo: tais necessidades coletivamente sentidas dizem com o reclamo do desfrute de um tipo de bem-estar material que é *vizinho de porta* do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Donde o caráter jurídico da universalização ou democratização de todos eles, serviços públicos, no sentido de que idealmente concebidos para alcançar o maior número possível de pessoas. É o caráter que deflui do dever estatal assim imposto pelo inciso IV do parágrafo único do art. 175 da *Lex Legum*: “manter serviço adequado”. Mas adequado, esclareça-se, na acepção de que necessariamente voltado para uma prestação de máxima qualidade intrínseca e para o maior número possível de usuários.

5.3. Ainda noutro modo de dizer as coisas, serviço público é espécie do gênero “atividade estatal”, por certo, porém atividade estatal do tipo elementar. Essencial. Ínsita a ele, Poder Público, porquanto alusiva à sua própria razão de ser. Àquilo para o qual o Estado existe como personalização jurídica da pólis: servir a essa mesma pólis tão ininterrupta quanto qualificadamente e ainda com o firme propósito de não deixar ninguém do lado de fora da sua benfeitoria atuação (universalização é isso). Logo, atividade estatal que faz parte daquelas primeiras e definitivas relações entre governantes e governados, ou entre administradores públicos e administrados particulares, tecnicamente entendidas como relações jurídicas primárias. Relações de base. As primeiras e definitivas (porquanto perenemente renováveis) interlocuções jurídicas entre a esfera pública e a

esfera privada da convivência humana de caráter político-administrativo. Relações jurídicas primárias, enfim, a emprestar essa nota essencial da primariedade aos interesses por ela protetiva e promocionalmente recobertos. Ao contrário do interesse público apenas secundário, que o Estado nutre ou detém como uma pessoa comum hedonisticamente orientada; ou seja, pessoa que busca tirar natural proveito das situações cotidianas, como, *verbi gratia*, o de ganhar muito e gastar pouco. Ou de arrecadar mais e despendar menos, por se cuidar de atividades predominantemente *interna corporis* ou imediatamente voltadas para a permanência tão-só da própria máquina administrativa do Estado. Interesses secundários, todavia, somente validamente passíveis de realização pelo Estado se, de alguma forma, compatíveis com os interesses públicos primários³.

³ Essa dicotomia do interesse público primário e do interesse público secundário deita raízes doutrinárias em Renato Alessi, administrativista italiano de cujos ensinamentos pinço a seguinte e breve passagem, citada e comentada por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despendar o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.” In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013, p. 73.

6. Os serviços públicos, em si, como expressão do interesse público primário, independentemente da natureza pública ou então privada do seu prestador

Todavia, como a própria Constituição possibilita a prestação de serviço público por interposta pessoa privada (análise que passarei a fazer no tópico subsequente, já antecipei), é preciso insistir no juízo de que a natureza jurídica de interesse público primário reside é no próprio serviço público. No tipo de atividade estatal que se defina como serviço público em si. Não na pessoa pública ou então privada do respectivo prestador. Por conseguinte, o caráter jurídico do serviço a qualificar a pessoa do seu prestador, e não o inverso. A pessoa jurídica do prestador a receber tratamento normativo à altura da primariedade do serviço entregue aos seus cuidados operacionais, pouco importando se ela, pessoa prestadora do serviço, seja de natureza jurídica estatal, ou então privada. O serviço essencialmente público a prevalecer, assim, sobre a pessoa do seu executor junto à coletividade usuária. Entendimento sem o qual a Constituição brasileira deixa de experimentar ganhos funcionais sistêmicos para se apequenar operacionalmente. Este é o ponto.

7. A possibilidade constitucional da prestação diretamente estatal dos serviços públicos, ou então por empresa(s) exclusivamente privada(s)

7.1. Vou, então, à nova e prometida distinção constitucional: aquela entre senhorio e prestação de serviço público. Senhorio público, exclusivamente, mas não a prestação. Não a execução. Não a empírica entrega do serviço ao usuário final. Esta pode se dar tanto pelo setor público, “diretamente”, como

pelo setor privado da Economia. Indireta ou obliquamente, destarte. É como está nos referidos incisos XI e XII do art. 21, inicialmente. Depois, na cabeça do art. 175, assim literalmente posto:

“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”.

7.2. Dispositivo constitucional, esse que acabo de transcrever, confirmador de que o nome “serviços públicos” exprime a sua titularidade ou o seu exclusivo senhorio estatal. Não assim quanto à respectiva prestação, passível que é de transpasse para a iniciativa privada. Passível que é de exploração econômica por empresa ou grupo de empresas de domínio particular. Com fins lucrativos, por via de consequência.

8. O vínculo operacional lógico entre a lei que autoriza a privatização prestacional de um dado serviço público e o princípio constitucional da “eficiência”

8.1. Vê-se, pois, que o transpasse da execução de um dado serviço público a empresa ou “empresas” do setor privado da Economia depende: **a)** de lei que assim autorize; **b)** de participação exitosa da empresa concessionária ou então permissionária em processo licitatório; **c)** da assinatura de contrato de concessão ou permissão.

8.2. Por que **autorização** em lei? Primeiramente, por ser o “princípio” da “legalidade” o primeiro a reger a atuação de toda a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 37 da Constituição, cabeça). Atuação em que

se encartam os serviços públicos, de acordo com os incisos I e II do § 3º do mesmo artigo constitucional de nº. 37⁴). Depois, porque toda lei de caráter administrativo há de ser aplicada por modo serviente dos demais princípios do mesmíssimo art. 37, dentre os quais o da “eficiência”. Precisamente o que mais responde pela opção totalmente privada para a execução desse ou daquele serviço público. É como dizer: a lei somente pode autorizar a prestação indireta ou totalmente privada de um determinado serviço público se for para atender melhor ao princípio da eficiência administrativa. Se for para certificar o óbvio: que a iniciativa privada está em melhores condições de fazer as vezes do Estado perante o público usuário do serviço a ela contratualmente concedido, ou permitido. Iniciativa privada necessariamente convocada por edital de licitação (sob a modalidade de “concorrência” pública, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.987/1995), pois essa constitucional obrigatoriedade da licitação visa à máxima ampliação de competidores e à subsequente seleção do mais apto a concretizar o multicitado princípio da eficiência.

8.3. Convém insistir: em matéria de serviço público, à lei foi atribuído um papel de centralidade primária (primária ou primeira, no sentido lógico de

⁴ Sob a seguinte redação:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - (...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - (...)

logo abaixo da Constituição, pois a centralidade originária é exclusiva dela própria, Constituição). É o que doutrina e jurisprudência chamam de reserva formal e material de lei para que um dado serviço público saia dos domínios da execução direta ou estatal e entre nos domínios da execução indireta ou empresarial privada. Tal opção é feita por lei. Lei ordinária da União, no caso da consulta. A lei a receber da Constituição esse poder de sequenciar o regime jurídico dos serviços públicos, ora por modo comum a todos eles, ora por modo específico ou individuado - ou mesmo por diferentes grupos, tipos ou classes.

8.4. Seja como for, a lei a não perder jamais de vista que a troca executória de papéis entre o setor elementarmente estatal e o setor ortodoxamente privado da Economia, em tema de serviço público, somente se justifica em situações, termos e condições que se revelem vantajosos para a população-usuária por inteiro. Os contratos de concessão ou de permissão de serviço público (assim como os atos administrativos de autorização) a cumprir essa constitucional função de melhor atender, em termos qualitativamente comparativos, os precitados interesses e necessidades dos usuários-consumidores. A eficiência administrativa estampada no art. 37 da Lei Maior a responder pela centralidade da lei menor. A lei menor a girar, operacionalmente, na órbita desse emblemático princípio, significante do dever do manejo dos melhores e lícitos meios para o alcance dos melhores e lícitos resultados da função administrativa do Estado. Isso conforme a natureza e as finalidades dos órgãos e entidades em que se decompõe o Estado-administração.

9. A plenitude do sentido constitucional do transpasse da prestação de serviço público à iniciativa privada para que esta faça as vezes do Estado perante a população usuária

Há mais o que dizer. Esse empírico transpasse prestacional de um dado serviço público à iniciativa totalmente privada somente ganha plenitude de sentido se acompanhado da inteligência jurídica de que ele significa um fazer as vezes do próprio Poder Concedente. Um se colocar na posição do próprio titular do serviço perante os respectivos usuários. Um lidar direta e continuamente com o público usuário para o atendimento das necessidades mesmas desse público tão externo ao Poder Concedente quanto à(s) respectiva(s) empresa(s) concessionária(s) ou então permissionária(s) do bem jurídico licitado. Que bem jurídico licitado? O serviço público em si ou em sua específica materialidade. Ele, e não outro. Específico e divisível em face da sua individualizada prestação ao usuário-consumidor.

10. A diferença entre licitar para servir direta e episodicamente ao Estado e licitar para servir direta e continuamente aos usuários de um determinado serviço público

10.1. O desenvolvimento da ideia ou o cerne do raciocínio fica mais claro com o estabelecimento de nova diferença de regime jurídico. É a que transcorre entre licitar para servir direta e episodicamente ao Estado e licitar para servir direta e continuamente aos usuários de um determinado serviço público. Esta última espécie de licitação a traduzir que o Poder Concedente disponibiliza ou oferta o serviço público em si para que o eventual adjudicatário passe a prestá-lo com ônus e poderes gerais típicos da pessoa pública licitante. Vale dizer, sub-rogando-se na função administrativa do

Estado para prestar o serviço licitado e afinal contratado, com igual obediência ao encarecido princípio constitucional da eficiência. Princípio que, em tema de serviço público assim entregue à execução de terceiros, se peculiariza pela sua vinculação operativa às exigências mínimas que o art. 175 da Constituição ordena que a lei estabeleça⁵.

10.2. Ainda nessa linha de sub-rogação do prestador privado na função administrativa do Estado quanto ao serviço público especificamente concedido ou então permitido, o outro vínculo operativo do princípio constitucional da eficiência é com o §3º do art. 37 da Constituição, *mutatis mutandis*. E um outro vínculo operacional ainda é de se trazer a lume, também resultante da sub-rogação dos concessionários e permissionárias de serviço público na situação jurídica do respectivo Poder Concedente. Refiro-me ao tema da responsabilidade objetiva do Estado em face de terceiros, assim versado pelo §6º do art. 37 da Constituição:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁵ “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.”

⁶ “§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade do serviço;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.”

11. O vínculo operacional direto entre “o caráter especial” dos contratos de concessão ou então de permissão de determinado serviço público e o interesse público primário nele transfundido

11.1. É nesse âmbito da sub-rogação do setor privado da Economia no desempenho de uma atuação tipicamente estatal-administrativa que se me impõe retornar ao tema fundamental do interesse público primário. Isso para lembrar que ele, interesse público primário, está para todo e qualquer serviço público assim como a titularidade de todo e qualquer serviço público está para essa ou aquela pessoa estatal. Uma coisa a puxar outra, necessariamente. Um conceito a se acoplar ao outro, *siamescamente*. Com a referida peculiaridade de que a figura ou o instituto do serviço público típico admite sub-rogação, reitere-se. Sub-rogação, indubitavelmente, mas apenas sob o aspecto da sua prestação junto à população usuária. Jamais no plano da respectiva titularidade, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do repasse da sua execução a essa ou aquela unidade empresarial privada. E vem o necessário juízo complementar: um tipo de sub-rogação que absorve o encarecido interesse público primário. Importa dizer: esteja com quem estiver a prestação do serviço público, o interesse público primário nele transfundido permanece. A ineliminável primariedade do interesse a estender seu regime jurídico à atuação do respectivo prestador. Por isso que se pode falar de interesse público primário sob perspectiva dinâmica ou elástica ou binária, no sentido de que ele, ao tempo em que não se descola totalmente do titular do serviço público, em certa medida se desloca para a esfera da sub-rogada atuação do seu efetivo prestador privado. Donde o art. 175 da própria Constituição apor o rótulo de “especial” em todo contrato de concessão ou então de permissão de serviço público.

11.2. Deveras, se o Poder Concedente nunca se demite do seu status de titular do serviço público objeto de concessão ou então de permissão a essa ou aquela unidade empresarial do setor privado da Economia, ele se qualifica juridicamente como parte contratual que vela pela realização do interesse público primário compatível com esse tipo remanescente de *situação jurídica ativa*; isto é, cuida-se de Poder que se qualifica juridicamente como parte contratual que prossegue investida dos poderes que são próprios de quem titulariza o serviço público objeto de uma concreta concessão, ou permissão. Em especial, os poderes: **a)** de fiscalização e controle, de que nunca pode abrir mão, inclusive para aplicar as sanções e corretivos contratuais cabíveis à contraparte privada; **b)** de encampação, sempre que ditada por um novo juízo de melhor atendimento ao princípio constitucional da eficiência administrativa pela via da retomada do serviço (respondendo pelas reparações de ordem patrimonial, naturalmente); **c)** de rescisão, também nos termos e condições contratualmente estabelecidos.

11.3. Correlatamente, se a prestação efetiva desse ou daquele serviço público se desloca para unidade empresarial do setor privado, na condição contratual de concessionária ou então de permissionária, **a ela assiste a complementar e pertinente investidura em situação jurídica igualmente ativa. Proveitosa. Favorecedora. A situação em que se investiria o próprio titular do serviço, acaso postado na concomitante posição de *dominus* e prestador.** Com duas salientes ou marcantes diferenças: **a)** o Estado-prestador costuma se retribuir financeiramente por “taxa”, enquanto o particular-prestador somente pode fazê-lo por “tarifa” (inciso II, parte final, do art. 145, e inciso III do parágrafo único do art. 175, respectivamente, ambos da CF); **b)** o particular-prestador tem, na garantia

constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, uma das mais importantes projeções do “caráter especial” do seu contrato em face do Poder Concedente. É a matéria de que se nutre o capítulo de nº 13 deste parecer, subsequente ao tópico em que, de imediato, passo a dar conta da elementar igualdade processual das duas partes contratuais que velam pela satisfação da mesma tipologia de interesse público: o interesse público dito primário. Cada qual em sua esfera de subjetivada qualificação jurídica.

12. A elementar igualdade processual das partes que velam pela satisfação da mesma tipologia de interesse: o interesse público primário

12.1. Ora, se a própria Constituição é que possibilita a segmentação do regime dos serviços públicos em senhorio e prestação; se ela mesma é que somente concebe a figura do concessionário ou então do permissionário de serviço público para se colocar, executoriamente, na posição da parte pública; se esse fazer as vezes do Estado perante o serviço mesmo e o respectivo público usuário é constitucionalmente valorado como uma das razões de ser do “caráter especial” dos contratos do gênero; se esse caráter especial dos contratos do gênero significa, em última análise, o reconhecimento formal da Constituição de que há interesse público primário assim no aspecto senhorio da relação entre partes como no aspecto prestacional, como falar de apriorística superioridade processual de um contratante sobre o outro? Como defender a preponderância *tout court* da situação jurídico-processual da parte pública sobre a parte privada, se a parte privada somente entrou na relação contratual para substituir a parte pública no que toca ao serviço em sua objetividade e aos respectivos usuários em sua subjetividade? No gozo de uma clara situação jurídica ativa *pro tempore*?

12.2. Numa frase, então, se o interesse público primário é entregue à cura de ambos os contraentes como decorrência mesma da possibilidade constitucional da bifurcação dos serviços públicos em titularidade pública e prestação particular, não há por que hierarquizar processualmente as partes em eventual intercorrência contratual. Pena de se incorrer numa *contradictio in terminis*: o interesse público primário a se hierarquizar, ele mesmo, para fazer preponderar o aspecto senhorio sobre o aspecto prestador em tema de serviço público e sob qualquer circunstância. Ainda que à revelia das próprias cláusulas do contrato entre um e outro sujeito de direito.

13. A dúplice funcionalidade dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos: base jurídica central de toda e qualquer pretensão das respectivas partes e estratégico mecanismo de normatização e regulação setorial

13.1. Neste ponto de intelecção das coisas, toma corpo o juízo de que, em matéria de contrato de concessão ou permissão de serviços públicos, o arranjo de obrigações e responsabilidades subjetivas é de matriz imediatamente contratual. O instrumento ou o instituto do contrato como focado ponto de conciliação entre o status jurídico de quem a ele comparece como senhor do serviço concedido (ou permitido) e o status igualmente jurídico de quem ali figura como prestador privado. *Pacta sunt servanda*, principalmente quando o instrumento de ajuste entre elas já se qualifica normativamente como “especial”, além de necessariamente precedido de licitação.

13.2. Já numa dimensão estritamente objetiva, o que se tem é o contrato de concessão ou permissão a figurar como o mais estratégico mecanismo de normatização e regulação do inteiro setor em que se traduz esse ou aquele serviço público. Donde o pressuposto constitucional (insista-se ainda uma vez) de que o transpasse da prestação do serviço público, em determinada quadra histórica, consiste no modo juridicamente adequado de se vitalizar o princípio da eficiência administrativa.

14. O vínculo funcional entre o processo licitatório e a dimensão normativo-setorial dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos

De se enfatizar, no ponto, que o contrato de concessão ou permissão, também pelo seu “caráter especial”, não pode deixar de ser precedido de licitação (“sempre através de licitação”, dispõe o *caput* do artigo constitucional de nº 175). E não pode deixar de ser precedido de licitação, por direta exigência do princípio constitucional da eficiência administrativa, tão mais bem servido quanto mais intensa e ampliada for a interação público-privada, desde a formação ou *modelagem* dos arranjos institucionais e contratuais que balizarão o transpasse executório do serviço público. É dizer: a licitação, no campo jurídico dos serviços públicos, se projeta para além da uma dimensão estritamente competitiva ou meramente seletiva. Já opera, adicionalmente, como instrumento de formulação cooperativa ou relacional⁷ da base jurídica sobre a qual se desempenhará a atividade pública. Base

⁷ É sob esse influxo diretamente constitucional que resplandecem institutos como o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (Decreto nº 8.428/2015) e a Consulta Pública (a exemplo da Consulta Pública nº 35/2020, da ANEEL, à qual se dedica o presente estudo), ambos os institutos centrados na colaboração público-privada para a concepção dos marcos jurídicos do emparceiramento igualmente público-privado.

jurídica objetiva⁸, essa, que a Constituição Federal, mesma, traduz como “as condições efetivas da proposta”, nos termos do inc. XXI do art. 37, conforme examinado a seguir.

15. O peculiar *link* operativo entre o “caráter especial” e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ou então de permissão de serviço público

15.1. As coisas se encaixam em congruente unidade. Se, no plano de sua funcionalidade, o contrato de concessão ou permissão opera como mecanismo de conformação jurídica da realidade prestacional de um serviço público; e se, desde a sua formulação, essa tipologia contratual resulta, decisivamente, de uma interação público-privada, assim consubstanciada num edital de licitação e na subsequente proposta, o segundo desdobramento lógico do “caráter especial” dos contratos de concessão ou então de permissão de serviço público somente pode residir no peculiar vínculo operativo com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro que ressaí do inciso XXI do art. 37 da mesma *Lei das Leis*. Somente pode se inscrever nesse tão conhecido inciso constitucional, na parte veiculadora do instituto da comutatividade. Comutatividade ou equilíbrio econômico-financeiro da avença entre parte pública e parte privada. Comutatividade ou equilíbrio

⁸ Base jurídica objetiva que se define, nas palavras de **Karl Larenz**, como: “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes, e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto”. (LARENZ, Karl *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 403/404).

Em sentido similar, **Pontes de Miranda** apresenta o conceito de base do negócio jurídico: “Base do negócio jurídico é o elemento circunstancial ou estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é essencial a que o contrato subsista, salvo onde o acordo dos figurantes restringiu a relevância do elemento ou do estado geral de coisas”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 340).

econômico-financeiro que se desprende da locução “mantidas as condições efetivas da proposta”⁹. Instituto que se dota da superior força de garantia do “ato jurídico perfeito” (inciso XXXVI do 5º artigo da Constituição) em que todo contrato consiste.

15.2. Esse o novo e fundamental ponto de entendimento jurídico da garantia em que se traduz o instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. De um lado, o que se tem, genericamente, é um tipo singelo de garantia, porquanto incidente sobre os contratos que o Estado-administração celebra para a satisfação de suas necessidades *interna corporis*. Necessidades que não ultrapassam a dimensão do interesse público apenas secundário. Por isso que até mesmo prescindentes de licitação, “nos casos ressalvados pela legislação” (parte inicial do inciso XXI do art. 37 da Constituição).

15.3. De outra banda, o de que se cuida é de um tipo reforçado de garantia. Uma sobregarantia, em rigor de Ciência, porquanto incidente sobre acordos que o Estado celebra para a satisfação de necessidades correspondentes ao chamado interesse público primário. Respeitante a toda população usuária. Caso dos contratos de concessão ou então de permissão de serviço público, nunca prescindentes da instauração de processo licitatório e operativamente imbricados com o modo jurídico de ser de um ou de um outro serviço público. De todo um encarecido setor de atividade material humana. A exigir, nessa exata medida, um mais forte apego à ideia de preservação das “condições efetivas da proposta” afinal vencedora do certame, pois

⁹ Eis o inteiro teor do inciso: “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”.

condições assecuratórias da prestação eficiente de um serviço público. De modo que a preservação do balanço ou equação ou arranjo contratual é medida garantidora não apenas de interesses e expectativas parcelares ou subjetivas, mas da própria higidez setorial. Ou, em linguagem diretamente constitucional, da própria adequação prestacional do serviço público, nos termos do inc. IV do parágrafo único do art. 175.

16. A imputação contratual de riscos à contraparte privada

16.1. Tal reconhecimento da superlativa importância da garantia constitucional em que se traduz a comutatividade dos contratos do gênero não significa blindar o contratado contra os riscos dos misteres econômicos para os quais ele é vocacionado. Atividades para cuja exploração ele é tido como detentor do *know how* ou *savoir-faire* ou pendor de organizar pelo modo mais inspirado e ao mesmo tempo racional os chamados fatores da produção: capital, trabalho, natureza e tecnologia, sobretudo. Isso debaixo do fundado entendimento de que tal exploração com fins lucrativos termina por otimizar as duas naturezas jurídicas: a natureza pública do serviço afinal entregue à execução privada e a via econômica de sua exploração para o melhor proveito possível de quem assim lucrativamente o presta e de quem se põe como usuário ou jurídico destinatário do bem jurídico essencial em que ele consiste. Ele, serviço público por expressa qualificação constitucional.

16.2. O que se desprende daqui chega a ser de instantânea apreensão cognitiva: a álea, as incertezas, os riscos, os percalços, enfim, conaturais à exploração de toda e qualquer atividade econômica marcam presença nos

contratos de concessão ou então de permissão de serviço público¹⁰. Álea, riscos, incertezas, percalços que, nos limites de sua imposição tão razoável quanto proporcional, mantêm os agentes econômicos em permanente estado de vigília e assim os estimula a prevenir dificuldades e conceber vantagens que vão compor os chamados ganhos de produtividade. A *pedra de toque* de toda atividade econômica. Rechaçados, então, os rasgos de arbitrariedade ou de voluntarismo estatal que impliquem traição às justas expectativas da contraparte privada em fazer do seu contrato de concessão ou então de permissão de um dado serviço público uma boa oportunidade de ganhos tão pecuniariamente compensadores quanto juridicamente legítimos.

17. As condições efetivas da proposta (e a subsequente matriz contratual de riscos) como critério tão decisivo quanto objetivo para o exame de incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro

17.1. Nesse leal, razoável e proporcional esquadro da relação econômico-financeira entre partes, nada a estranhar que alguns tipos de risco sejam contratualmente impostos à contraparte privada. O contrário equivaleria a entronizar os parceiros privados do Estado no mais seguro e favorável dos mundos: o mundo da atividade lucrativa sem nenhuma possibilidade de contratempo ou retração. Uma forma de ganho certo que passaria a corresponder, no limite, a enriquecimento sem causa. Mas a sobredita ponderação se faz absolutamente necessária: tais imputações hão de se adstringir aos marcos da proposta vencedora e do correlato contrato assinado. Noutras palavras, as imputações de risco à parte privada

¹⁰ Bem por isso é que, no inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público é positivada como: “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” (destaque por nossa conta).

pressupõem a fidedignidade das condições factuais e coordenadas jurídicas em que o serviço público é oferecido à iniciativa privada e por ela formalmente aceito. Mantidas as “condições efetivas da proposta”, é a locução constitucional, assim designativa das obrigações de cada contraente e sob quais condições jurídico-factuais devem ser elas cumpridas.

17.2. É nessa vertente de ideias que Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro apontam para as condições efetivas da proposta como critério tão decisivo quanto objetivo para o exame de incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro:

Ao se referir às condições efetivas da proposta, ocupando-se em determinar a proteção dessas condições, a CF/88 reconhece que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo se forma a partir de todos os elementos que, conjugados, delineiam a equação contratual. Afinal, se as condições efetivas da proposta são o objeto da guarida constitucional, é certo que a equação contratual, na qual essas condições são aglutinadas, é o instrumento que irá ser determinante para a conformação do equilíbrio econômico-financeiro em cada uma das avenças celebradas pela Administração. (...) Tendo clara a ideia de que o equilíbrio se origina na equação contratual e essa, por sua vez, nas condições que orientaram a proposta vencedora do certame, assegurar o equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, ocupar-se de garantir a estabilidade das condições relevantes à formação da proposta. Daí porque o que irá orientar a avaliação sobre eventual desequilíbrio é a alteração no contexto em que foi elaborada a proposta apresentada pelo contratado à época da licitação: quando qualquer das condições da proposta for alterada no decorrer da execução do contrato, é cabível o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”¹¹.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 139-140.

18. Síntese das implicações jurídico-econômicas da pandemia de Covid-19

18.1. É chegada a hora de afunilar a investigação da matéria para aquilo que se põe como o cerne ou núcleo mais contracto da consulta. Vou, então, ao exame de incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, consideradas as repercussões jurídicas e econômicas da crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19.

18.2. Recapitulando: sob o prisma jurídico-institucional, e no que concerne à consulta, a atual pandemia ensejou: **a)** a cominação de medidas restritivas, de isolamento social e mesmo proibitivas do funcionamento de uma série de atividades comerciais e industriais; **b)** a edição da Resolução ANEEL nº 878/2020, pela qual se proibiu a suspensão do fornecimento de energia a um ampliado rol de usuários. Tudo a resultar, no plano econômico, num quadro severamente combinado de redução do consumo energético e aumento dos níveis de inadimplência. De significativa e inopinada queda de receita, enfim, de modo a caracterizar (antecipo o juízo) o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

18.3. Situação objetiva de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (torno a dizê-lo), pois: **a)** decorrente da irrupção de uma crise sanitária tão inesperada quanto inevitável em seus efeitos; **b)** caracterizada como uma contingência cujo dever e aptidão jurídicos para combatê-los residem no Poder Público, por expressa e direta determinação

constitucional; c) projetante de efeitos modificativos sobre a disciplina jurídica da distribuição de energia elétrica.

19. A pandemia de Covid-19 e seu enquadramento como evento tão inesperado quanto inevitável em seus efeitos jurídicos e econômicos

19.1. Primeiramente, parece indisputável que a pandemia de Covid-19 consista em evento assim imprevisível, em sua ocorrência e na extensão de seus efeitos, como de consequências inevitáveis no plano contratual de que se cuida. Trata-se, pois, da superveniência de um fenômeno sanitário que tem transcorrido sob coordenadas inéditas, com severas e incisivas implicações jurídicas e econômicas. Implicações jurídico-econômicas extraordinárias, portanto, que tomaram todos os contornos do que se tem chamado de teoria da imprevisão. Assim entendida, a teoria da imprevisão, como a categoria dogmática que orienta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sempre que emergir um evento imprevisível, não evitável em seus efeitos, não imputável às partes e modificativo das condições contratuais.

19.2. Aliás, nesse contexto de consensualidade quanto ao enquadramento jurídico da pandemia, a própria ANEEL, em voto manifestado na aprovação da Resolução Normativa nº 885/2020, reconheceu estar-se diante de fatos excepcionais¹². E, mais analiticamente ainda, a própria AGU, no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, afirma que a “pandemia do

¹² “(...) Desse modo a doutrina reconhece o direito à recomposição do equilíbrio econômico- financeiro quando ocorrerem fatos excepcionais relacionados às áreas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da Administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão) que provoquem a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desde que atendidas determinadas condicionantes e respeitadas todas as etapas dos processos administrativos.

34. No caso em tela, temos presente tanto fatos relacionados às áreas administrativas quanto à econômica”.

novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer”.

20. A teoria da imprevisão, no Brasil, como expressão dogmática do conteúdo normativo da garantia constitucional da intangibilidade das “condições efetivas da proposta” e do equilíbrio econômico-financeiro que nelas se inscreve

20.1. Bem vistas as coisas, a teoria da imprevisão figura como a projeção analítica do que já se desata, normativamente, da garantia constitucional da intangibilidade das “condições efetivas da proposta”. Pois é certo que tais condições objetivas da proposta não absorvem eventos e fenômenos de ocorrência e/ou alcance extraordinários. Que se postem fora, portanto, do quadro relacional entre o Poder Concedente e uma empresa-concessionária que se dispõe a ingressar no circuito jurídico-prestacional de um bem caracterizado serviço público, com os riscos e contornos ínsitos a essa atividade especificamente considerada. E não todos e quaisquer riscos e sujeições passíveis de ocorrência no mundo fenomênico.

20.2. Não por acaso é que a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 garante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos administrativos, “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”. Significa dizer que, sobrevindo quaisquer

de tais tipologias de eventos de aleatoriedade extraordinária, o consequente normativo é um só: a neutralização de seus efeitos sobre a equação econômico-financeira original do contrato. A restauração da pureza da relação obrigacional, pela recondução do contrato aos devidos trilhos jurídicos. Àquela rota validamente traçada quando da legítima e perfectibilizada adjudicação e assinatura do contrato, em sua objetividade jurídica. Tarefa que se imputa, exclusivamente, ao Poder Público, por comando diretamente constitucional e sequenciadamente legal, de modo que, materializando-se a aleatoriedade extraordinária, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença igualmente irrompe como pretensão particular em face de sua contraparte pública. Assim mesmo, *ope juris*, pela simples consideração, objetiva, de que a execução contratual já se desborda do que programado contratualmente. Sem cogitar-se, portanto, da comprovação de impossibilidade de desempenho contratual ou mesmo de algum tipo de onerosidade excessiva.

21. A impertinência da categoria jurídico-privada da onerosidade excessiva em matéria de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público

21.1. É isso mesmo: para que se recomponha a equação econômico-financeira do contrato de concessão ou permissão, em face de evento extraordinário e não imputável à empresa-concessionária, o que se exige é apenas e tão somente a materialidade do evento, em si, e a projeção negativa de seus efeitos sobre a realidade contratual. Só e só. É como dispõe a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, não incorporante de qualquer elemento de calibração do abalo contratual como pressuposto para a incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. E é como já

dispõe o inc. XXI do art. 37, na medida em que associa a garantia em causa à realidade objetiva em que se traduzem as condições efetivas da proposta.

21.2. Noutras palavras, pelo seu perfil jurídico-positivo, a garantia do equilíbrio económico-financeiro dos contratos administrativos não se coaduna com um tipo de juízo de tolerabilidade ou aceitabilidade dos impactos causados sobre o arranjo comutativo inscrito na proposta e aperfeiçoado no instrumento contratual. Em absoluto. Isso já significaria incorporar, ao regime concessional de serviços públicos, a lógica privatista que deflui dos arts. 478 a 480 do Código Civil, conceitualmente caracterizada pela onerosidade excessiva. O que já corresponderia, a seu turno, a um tipo de hibridismo jurídico que não se justifica, assim pela absoluta falta de lastro normativo (nem a Constituição, nem as Leis nº 8.987/1995 e nº 8.666/1993 abrem margem para os aportes prescritivos do Código Civil) como pela rigorosa ausência de elementos lógico-jurídicos para tanto.

21.3. É que, na contratação administrativa (especialmente a de natureza concessional), o risco do particular-contratado já é predeterminado normativamente, a partir das condições efetivas da proposta. Sem espaços outros de autonomia volitiva ou exposição subjetiva, tal como sucede no campo aberto das relações privadas. Demarcadas as condições jurídico-factuais da proposta, e assim estabelecida a matriz de risco contratual, a intangibilidade do arranjo contratual emerge como critério de base objetiva, máximo prestígio normativo e mais afeiçoada proteção jurídica. E isso porque, já o disse, o contrato de concessão traduz a fórmula pela qual se pressupõe o atingimento dos esperados ganhos de eficiência que fundamentam a concessão ou permissão de um serviço público. Onde simultaneamente operarem, a equação económico-financeira e a correlata

distribuição de riscos contratuais, como fonte e meta da execução contratual. Incumbindo ao Poder Concedente o dever de reconduzir o *iter* contratual a esses bem vinculados marcos jurídicos, sempre que objetivamente apurado o seu desvio por fatores não imputáveis à empresa-concessionária.

21.4. Numa frase, então, verificada a modificação da base jurídica objetiva inscrita na proposta, emerge o dever público de reequilibrar o contrato, fazendo-o (aí sim) na medida exata do desequilíbrio apurado. Sem considerações subjetivas baseadas em onerosidade excessiva ou tolerabilidade do desequilíbrio, pois isso já traduziria, em rigor, a revisão do próprio arranjo inscrito na proposta aceita e reduzida a termo contratual. E não a sua recomposição. Já implicaria, a bem da verdade, a elaboração *ad hoc* de uma nova matriz de risco, ideia que se põe em *rota de colisão frontal* com o que dispõem o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal e a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

22. A pandemia de Covid-19 como uma contingência cujo dever e aptidão jurídicos para combatê-la residem no Poder Público, por expressa e direta determinação constitucional

22.1. No que concerne, especificamente, à pandemia de Covid-19, o que de extraordinário se projetou sobre os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica foram os efeitos das medidas de isolamento social e de suspensão de atividades comerciais e industriais. Mas isso como solução administrativa à crise de saúde pública. Como “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, na dicção da Lei nº 13.979/2020. O que já evidencia tratar-se de contingência não prevista

contratualmente, cujo dever e aptidão jurídicos para combatê-la residem no Poder Público, e não na empresa-concessionária.

22.2. Indo diretamente ao ponto, a Magna Carta de 1988 previu, em seu art. 6º, o direito à saúde como “direito social” do tipo fundamental. O principal dos direitos sociais, por sinal, porque a própria vida em sentido biológico depende dele; ou seja, enquanto o gozo dos outros direitos sociais pressupõe a vida em sentido biológico, esta é que somente se mantém no pressuposto de um estado mínimo de saúde individual que a sustente ou assegure. A Constituição brasileira a confirmar, na matéria, a proposição de que o Direito aprende com a vida, pois o fato é que o tema da saúde *marca presença* em nada mais, nada menos do que cinquenta e seis dispositivos constitucionais¹³. Com o requinte de que:

I – para as crianças, os adolescentes e os jovens, o direito é garantido com a cláusula da “absoluta prioridade”. Situação em que o dever estatal, na matéria, é compartilhado com a “família” e a “sociedade”;

II – é direito financiado com recursos de pronto indicados pela Constituição e de aplicabilidade garantida com as cláusulas igualmente constitucionais da intervenção da União nos Estados-membros e destes em seus Municípios;

¹³ Vide os seguintes dispositivos constitucionais: Arts. 6º, 7º, IV, XXII, 23, II, 24, XII, 30, VII, 34, VII, 35, III, 37, XVI, c, 40, § 4º, III, 166, §§ 9º e 10, 167, IV, 194, 195, §§ 2º e 10, 196, 197, 198, §§ 1º, 2º, 3º, II e III, 4º, 5º e 6º, 199, §§ 1º e 3º, 200, I, II e III, 201, § 1º, 208, VII, 212, § 4º, 220, § 3º, II, 227, § 1º, I. No ADCT: Arts. 17, § 2º, 55, 71, 74 § 3º, 75, § 3º, 77, I, a, §§ 2º e 3º, 79 e 84, § 2º, I.

III – mais que direito financiado com recursos de logo indicados pela Constituição e de aplicabilidade garantida com as cláusulas igualmente constitucionais da intervenção da União nos Estados-membros e destes em seus Municípios, o direito à saúde se viabiliza: **a)** por um esquema constitucional de obrigatória atuação conjunta de todas as unidades de Federação, chamado, apropriadamente, de “sistema único”; **b)** por um mecanismo também constitucional e *endofederativo* de socorro financeiro, fiscalização, avaliação e controle tanto de eficácia quanto de validade jurídica¹⁴;

IV – ainda sob o prisma do seu desfrute enquanto direito de todos, a saúde é positivada pelo inciso II do art. 129 da Magna Carta como parâmetro das “funções institucionais do Ministério Público”. Órgão estatal que fica obrigado a “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”. Dando-se que tais “serviços de relevância pública” são assim designados pela Constituição para compreender, justamente, as

¹⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).”

atividades de saúde (embora não somente elas), nos termos da parte inicial do art. 197, já reproduzido um pouco mais acima.

22.3. Vê-se, pois, que a esse primeiro direito fundamental à saúde corresponde o inescusável dever do Estado à respectiva prestação. Mais do que isso, a Constituição, ela mesma, passou a falar de um sistema oficial de saúde como ponto de convergência operacional entre o sobredito direito de todos e o correlato dever estatal. Fazendo-o, ajunto, pela indicação de competências a tal sistema, dentre as quais a de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica” (inc. II do art. 200). Saltando à inteligência, portanto, que se encontra na Constituição, ela mesma, a alocação jurídica das repercussões contratuais em matéria de saúde pública, em geral, e de vigilância epidemiológica, especificamente. Sabido que a *ratio* que subjaz à garantia inscrita no inc. XXI do art. 37 da Constituição e na alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 não é outra senão a de que somente devem ser imputados ao concessionário os riscos sobre os quais ele detenha um certo controle. E o fato é que o risco epidemiológico escapa, por completo, do círculo competencial das empresas concessionárias de energia elétrica, ao passo que se inscreve, com toda explicitude, naquilo que incumbe ao Estado realizar. Nesse sentido da vinculação entre aptidão gerencial de risco e a sua respectiva alocação, o testemunho doutrinário de Fernando Vernalha Guimarães¹⁵:

“Essa alocação – e aqui reside a segunda premissa econômica fundamental – deverá considerar a aptidão de cada parte para melhor *gerenciar* o risco. Isso significa imputar a responsabilidade de cada risco àquela parte que tem aptidão

¹⁵ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 107

para se prevenir dos riscos a custos mais baixos do que a outra ou para minorar os prejuízos na hipótese de materialização dos riscos”.

22.4. Seja como for, ainda que se considere (apenas por hipótese) que a pandemia de Covid-19 se caracterize por um ineditismo que se possa adjetivar de absoluto, sem uma correlação jurídica apriorística, ainda assim, a sua imputação ao Poder Concedente ressaí do princípio da eficiência. É como pontua Maurício Portugal Ribeiro:

“Assim, se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro do concessionário. Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele. Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa. Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário)”¹⁶.

¹⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. 20 Anos da Lei de Concessões 10 Anos da Lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhorias de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. In: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>. Acesso em 14 set 2015.

23. A Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020 enquanto causa de alteração tão unilateral quanto inescapável das condições de comutatividade contratual do serviço de distribuição de energia elétrica

23.1. Já me encaminhando para o final deste parecer jurídico, direciono o foco analítico para a Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020, instrumento pelo qual se proibiu, temporariamente, o *corte* de energia elétrica para um rol significativo de classe de usuários, mesmo diante do inadimplemento. Sabido, porém, que, ordinariamente, o inc. II¹⁷ do §3º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995 expressamente autoriza a interrupção do serviço público em face do inadimplemento do usuário. O mesmo constando da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010¹⁸, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica.

23.2. Pois bem. Claro está que o perfil institucional do fornecimento de energia elétrica (devidamente incorporado em bases contratuais, no acordo de concessão) é revelador da interrupção do serviço como instrumento dissuasório do inadimplemento; enquanto mecanismo jurídico e operacional com nítida função preventiva da inadimplência e, por isso mesmo, elemento *par excellence* para a composição da equação econômico-financeira do contrato de concessão. Para a tradução dos serviços efetivamente prestados em

¹⁷ §3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

¹⁸ Art. 140. (...)

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço, observado o disposto no Capítulo XIV, a sua interrupção:

II – após prévia notificação, por razões de ordem técnica ou de segurança em instalações de unidade consumidora, ou pelo inadimplemento do consumidor, considerado o interesse da coletividade.

resultados financeiros concretos. Para afiançar, enfim, a comutatividade própria do serviço de distribuição ou fornecimento de energia elétrica.

23.3. Nesse diapasão jurídico, o que fez a Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020? Ora, atingiu o núcleo duro da correlação prestacional da distribuição de energia. Infletiu, focadamente, sobre o modo pelo qual se estrutura o seu respectivo sinalagma contratual, segundo o qual o pagamento da tarifa há de suceder o fornecimento da energia elétrica. Uma coisa a puxar a outra, contratualmente, sob pena de se interromper o encadeamento prestacional do serviço público. Dando-se que a alteração tão unilateral quanto inescapável das condições de comutatividade contratual do serviço de distribuição de energia elétrica, com a proibição do *corte* do serviço em caso de inadimplemento, resultou na queda de receita para as empresas-concessionárias.

23.4. É dizer: a alteração da dinâmica contratual das empresas-concessionárias resultou no abalo da equação econômico-financeira do serviço de distribuição de energia elétrica. Desviou a trajetória contratual dos marcos jurídicos originalmente traçados, fazendo-o como expressão da competência que tem a ANEEL para, justamente, gerir os contratos de concessão do setor elétrico (inc. IV do art. 3º da Lei nº 9.427/1996) e regular os serviços concedidos (inc. XIX do mesmo art. 3º da Lei nº 9.427/1996). Donde o juízo conclusivo de que foram alteradas, unilateralmente, as condições jurídico-institucionais do contrato de concessão, em prejuízo ao seu equilíbrio econômico-financeiro. Razão pela qual “o poder concedente

deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”, nos termos expressos do §4º¹⁹ do art. 9º da Lei nº 8.987/1995.

24. Respostas pontuais aos quesitos da consulente

Tudo isso posto, respondo ao quesito do sindicato-consulente:

A) “Quais os pressupostos para a incidência da garantia constitucional do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos? A onerosidade excessiva, nos moldes em que positivada nos arts. 478 e seguintes do Código Civil, necessariamente integra a hipótese de perfazimento do instituto?”

Resposta: A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em geral, e, notadamente, dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos tem como base jurídica objetiva as “condições efetivas das propostas”, tal como disposto no inc. XXI do art. 37 da Constituição. A significar que a pretensão particular de reequilíbrio econômico-financeiro é constitutiva, apenas e tão somente: **a)** da alteração da base jurídico-objetiva em que se traduzem a proposta e o instrumento contratual formalizado; **b)** dos impactos onerosos dessa alteração sobre a esfera jurídica das empresas-concessionárias. Mas impactos objetivamente onerosos, sem qualquer consideração subjetiva em termos de onerosidade

¹⁹ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

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

excessiva ou não excessiva. Pois a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não se coaduna com qualquer espécie de juízo de tolerabilidade do abalo contratual que venha a ser causado pela modificação das “condições efetivas da proposta”. Isso por absoluta falta de lastro normativo (nem a Constituição, nem as Leis nº 8.987/1995 e nº 8.666/1993 abrem margem para os aportes prescritivos do Código Civil) como pela rigorosa ausência de elementos lógico-jurídicos para tanto. Na contratação administrativa (especialmente a de natureza concessional), o risco do particular-contratado já é predeterminado normativamente, a partir das condições efetivas da proposta. Sem espaços outros de autonomia volitiva ou exposição subjetiva, tal como sucede no campo aberto das relações privadas. Onde simultaneamente operarem, a equação econômico-financeira e a correlata distribuição de riscos contratuais, como fonte e meta da execução contratual. Incumbindo ao Poder Concedente o dever de reconduzir o *iter* contratual a esses bem vinculados marcos jurídicos, sempre que objetivamente apurado o seu desvio por fatores não imputáveis à empresa-concessionária.

B) “É correto dizer que o perfil constitucional da garantia ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é traduzido pelo que se convencionou chamar de teoria da imprevisão, nos termos do comando normativo inscrito na alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993?”

Resposta: Sim! Há de se entender a teoria da imprevisão como a categoria dogmática que orienta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sempre que

emergir um evento imprevisível, não evitável em seus efeitos, não imputável às partes e modificativo das condições contratuais. Nessa medida, o entendimento que se desata não é outro senão o de que a teoria da imprevisão figura como a projeção analítica do que já se desata, normativamente, da garantia constitucional da intangibilidade das “condições efetivas da proposta”. Pois é certo que tais condições objetivas da proposta não absorvem eventos e fenômenos de ocorrência e/ou alcance extraordinários. Que se postem fora, portanto, do esquadro relacional entre o Poder Concedente e uma empresa-concessionária que se dispõe a ingressar no circuito jurídico-prestacional de um bem caracterizado serviço público, com os riscos e contornos ínsitos a essa atividade especificamente considerada. E não todos e quaisquer riscos e sujeições passíveis de ocorrência no mundo fenomênico. Precisa razão jurídica pela qual a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 garante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos administrativos, “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”.

C) “Um evento de caráter extraordinário (seja sob o prisma econômico, seja sob o ângulo administrativo) enseja a pretensão legítima à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? Tal recomposição há de corresponder à integralidade dos efeitos desse evento?”

Resposta: sim! Sobrevindo quaisquer de tais tipologias de eventos de aleatoriedade extraordinária, o consequente normativo é um só: a neutralização integral de seus efeitos sobre a equação econômico-financeira original do contrato. A restauração da pureza da relação obrigacional, pela recondução do contrato aos devidos trilhos jurídicos. Àquela rota validamente traçada quando da legítima e perfectibilizada adjudicação e assinatura do contrato, em sua objetividade jurídica. Tarefa que se imputa, exclusivamente, ao Poder Público, por comando diretamente constitucional e sequenciadamente legal, de modo que, materializando-se a aleatoriedade extraordinária, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, em sua integralidade, igualmente irrompe como pretensão particular em face de sua contraparte pública. Assim mesmo, *ope juris*, pela simples consideração, objetiva, de que a execução contratual já se desborda do que programado contratualmente.

D) “A queda de arrecadação experimentada pelas distribuidoras em decorrência da proibição temporária de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento pode ser considerada alteração unilateral do contrato de concessão das distribuidoras de energia para fins do §4º do artigo 9º da Lei nº 8.987/1995?”

Resposta: Sim! A Resolução Normativa ANEEL nº 878/2020 atingiu o núcleo duro da correlação prestacional da distribuição de energia elétrica. Infletiu, focadamente, sobre o modo pelo qual se estrutura o seu respectivo sinalagma contratual, segundo o qual o pagamento da

tarifa há de suceder o fornecimento da energia elétrica. Uma coisa a puxar a outra, contratualmente, sob pena de se interromper o encadeamento prestacional do serviço público, nos termos do inc. II do §3º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995 e da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010. Dando-se que a alteração tão unilateral quanto inescapável das condições de comutatividade contratual do serviço de distribuição de energia elétrica, com a proibição do *corte* do serviço em caso de inadimplemento, resultou no abalo da equação econômico-financeira do serviço de distribuição de energia elétrica. Desviou a trajetória contratual dos marcos jurídicos originalmente traçados, fazendo-o como expressão da competência que tem a ANEEL para, justamente, gerir os contratos de concessão do setor elétrico (inc. IV do art. 3º da Lei nº 9.427/1996) e regular os serviços concedidos (inc. XIX do mesmo art. 3º da Lei nº 9.427/1996). Onde o juízo conclusivo de que foram alteradas, unilateralmente, as condições jurídico-institucionais do contrato de concessão, em prejuízo ao seu equilíbrio econômico-financeiro. Razão pela qual “o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”, nos termos expressos do §4º²⁰ do art. 9º da Lei nº 8.987/1995.

E) “O reconhecimento do estado de calamidade pública financeira, nos termos do Decreto Legislativo nº 6/2020, elidiria, de alguma forma, o reconhecimento do direito das concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos?”

²⁰ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

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

Resposta: em absoluto! O Decreto Legislativo nº 6/2020 tem por objeto o reconhecimento do estado de calamidade pública, “exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”. O Decreto Legislativo inflete, portanto, em domínio jurídico alheio às relações concessionais entre a União e as empresas afiliadas à associação-consulente. Cria um quadro de excepcionalidade fiscal, mas sem que isso implique qualquer alteração no regime (que é diretamente constitucional) de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Sem que a calamidade pública legislativamente reconhecida pelo Congresso Nacional tenha, por efeito, a retração de uma situação jurídica ativa constitucionalmente estabelecida para as empresas-concessionárias. Bem ao contrário, o atestado formal de calamidade pública, ainda que para efeitos fiscais, compõe um quadro maior de indisputada extraordinariedade jurídica. Justamente o tipo de cenário que rende ensejo para a incidência da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, tal como positivada no inc. XXI do art. 37 da Constituição e na alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, e da teoria da imprevisão que lhes subjaz.

F) “É possível que, na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão dos efeitos da pandemia, o Poder Concedente leve em consideração eventuais efeitos financeiros positivos obtidos

pelo concessionário decorrentes de eventos relacionados à álea ordinária do contrato de concessão?”

Resposta: não! A garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro tem, como centro de referibilidade jurídica, as “condições efetivas da proposta”. Condições que, invariavelmente, dão conta de um espaço de assunção de risco empresarial pela concessionária. São riscos ou áleas ou incertezas expressamente imputadas à contraparte privada como elemento integrante da equação econômico-financeira da avença. Como signo de sua ortodoxia ou regularidade executória, pois que os eventuais retornos desses riscos privados já integram o arranjo contratual, desde a sua gênese. Já figuram no roteiro original da concessão, alocando-se naquele reduto de protegida juridicidade que são as “condições efetivas da proposta”. Mais do que isso, já se põem como mecanismo estratégico para manter a concessionária (esse agente econômico) em permanente estado de alerta e, assim, a estimular a prevenir dificuldades e conceber vantagens que vão compor os chamados ganhos de produtividade. Do que resulta a concepção do contrato de concessão ou então de permissão como uma boa oportunidade de ganhos tão pecuniariamente compensadores quanto juridicamente legítimos. Daí porque carece de lastro jurídico qualquer ideia de se compensarem os efeitos do desequilíbrio contratual, assim resultantes de eventos extraordinários, com as consequências tão benfazejas quanto ordinárias que a exploração econômica do serviço público possa ensejar para a empresa-concessionária. Consequências juridicamente qualificadas e asseguradas pela garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O contrário já

correspondendo à noção coloquial do *dar com uma mão e tirar com a outra*, pois a correção de rumos decorrente da consideração dos eventos extraordinários sobre o contrato de concessão seria nulificada pela compensação com repercussões positivas de outra natureza, originalmente inscritas na equação econômico-financeira da avença.

G) “Em resumo, considerando que efeitos adversos da pandemia para as distribuidoras de energia elétrica são: (i) diminuição de mercado; e (ii) o aumento da inadimplência, é correto afirmar que as distribuidoras têm direito à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro, em relação a ambos esses efeitos, com fundamento nos (i) artigos 37, XXI, da Constituição Federal, art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995 (conforme aplicável); e (ii) princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade, da indisponibilidade do interesse público, da continuidade do contrato administrativo, da segurança jurídica e da moralidade administrativa?”

Resposta: sim! Por tudo quanto exposto na fundamentação deste parecer e nas repostas pontuais acima formuladas, a síntese conclusiva só pode ser a de que as concessionárias de energia elétrica têm direito à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos de concessão, nos termos combinados do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, da alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 e do §4º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995. Situação jurídica ativa, essa, em tudo e por tudo vitalizante dos aludidos princípios constitucionais.

H) “Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, há alguma relevância, para a análise do direito das concessionárias de distribuição no caso sob consulta, de outras teorias relativas aos efeitos de fatos supervenientes sobre o caráter vinculante dos contratos, tais como, além das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva já abordadas, a teoria da base do contrato e a doutrina da frustração, vindo a preponderar sobre os dispositivos legais? As conclusões acima seriam alteradas pelo fato de os efeitos da pandemia afetarem a economia brasileira como um todo?”

Resposta: não! A preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão obedece a coordenadas normativas bem delimitadas, impassíveis de nulificação por essa ou aquela concepção teórica. Conforme já se pôde afirmar, na contratação administrativa (e não há base jurídica para se excepcionar a de natureza concessional), o risco do particular-contratado já é predeterminado normativamente, a partir das condições efetivas da proposta. A teoria da imprevisão, o modelo teórico da base do negócio ou qualquer outra linha doutrinária não podem significar, no direito brasileiro, nada além da necessária observância: **a)** dos marcos contratuais de repartição de riscos entre partes; **b)** da disciplina normativa (portanto, cogente, imperativa) para as consequências de eventos que, não inscritos na matriz contratual, assumam contornos imprevisíveis, não evitáveis em seus efeitos, não imputáveis às partes e modificativos das condições contratuais. De se anotar, ainda, que a repercussão mais ou menos sistêmica do fator de desequilíbrio (*in casu*, a pandemia de Covid-19 e suas implicações jurídicas no setor elétrico) não elide e nem mitiga a incidência da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro. Sendo o

evento e seus efeitos desbordantes do risco contratual assumido pela concessionária (o que, na hipótese, fica ainda mais claro quando se considera a medida unilateral de suspensão da possibilidade de *corte* de energia por inadimplemento), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença irrompe como pretensão particular em face de sua contraparte pública.

I) “É fato que, quando materializado risco ou incerteza para o qual o contrato de concessão não previu qualquer consequência, como é o caso dos contratos de concessão de distribuição no presente caso, devem ser aplicados o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666 e o art. 15 da Lei nº 9.427, com a recomposição integral do desequilíbrio verificado?”

Resposta: sim! É nesse preciso sentido que opera a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993: **a)** como projeção direta da norma constitucional inscrita no inc. XXI do art. 37 – sendo certo que, em regra, as condições objetivas da proposta não absorvem eventos e fenômenos de ocorrência e/ou alcance extraordinários; **b)** como regra que delinea o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos justamente nessas hipóteses em que a repartição contratual de riscos não alcança o fator de desequilíbrio em causa. Regra legal, essa, de inquestionável aplicabilidade aos contratos de concessão (nos termos do art. 18 da Lei nº 8.987/1995) e da mais evidente racionalidade econômica. Um tipo de racionalidade econômica que já densifica o princípio constitucional da eficiência, na linha da lição doutrinária de Maurício Portugal Ribeiro, novamente transcrita: “Assim, se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o

concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro do concessionário. Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele. Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa. Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário)”²¹.

J) “Há margem de discricionariedade do Poder Concedente/ANEEL para condicionar o exame de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro em razão de evento extraordinário a qualquer forma de transação regulatória, tais como, mas não se limitando a, celebração de um novo contrato de concessão ou limites temporais para exercício do pedido?”

Resposta: não! No regime normativo da recomposição do equilíbrio econômico, não há qualquer espaço jurídico para a exigência de contrapartida às concessionárias de serviços públicos. Sobrevindo eventos de aleatoriedade extraordinária, convém enfatizar que o consequente normativo é um só: a neutralização integral de seus

²¹ Ver nota 16.

efeitos sobre a equação econômico-financeira original do contrato. Não se inscreve, no círculo de aptidões administrativas, qualquer espécie de abrandamento ou mitigação do comando normativo que se desata do inc. XXI do art. 37 da Constituição e da alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. Tratar-se-ia de iniciativa *contra legem* e que já significaria esvaziar de sentido o próprio instituto do equilíbrio econômico-financeiro, concebido para reconduzir o contrato (insista-se ainda uma vez) àquela rota validamente traçada quando da legítima e perfectibilizada adjudicação e assinatura do contrato, em sua objetividade jurídica. E não para instaurar um novo momento negocial, que, ao fim e ao cabo, resultaria em correlação prestacional distinta daquela originalmente pactuada. E, por fim, nem se diga que o princípio da legalidade haveria de ceder passo a uma concepção tão administrativa quanto circunstancial e ainda unilateral de eficiência, a supostamente exigir sacrifícios recíprocos das partes vinculadas pelo contrato de concessão. Isso porque, nos marcos da Constituição Federal, toda atividade estatal-administrativa é um gravitar na órbita da lei. Lei formal do Poder Legislativo, em última análise (art. 48). O que não quer dizer (entenda-se bem) que o proceder administrativo na lei se encerre. A ela se reduza, por modo autômato. Bem ao contrário, nos termos do *caput* do art. 37, não basta aplicar a lei, pura e simplesmente, mas deve-se aplicá-la por um modo impessoal, por um modo moral, por um modo público e um modo eficiente. Todos esses princípios, porém, a incidirem de parilha com a lei, e não em oposição ou paralelamente a ela. É como dizer: a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios de atuação se, **impulsionada pela lei**, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. E, não bastassem os termos

peremptórios em que se expressam o inc. XXI do art. 37 da Constituição e a alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, também já se assentou que, sob essa ótica mais ampliada - incorporante, notadamente, do princípio da eficiência -, as consequências de eventos e fenômenos de ocorrência e/ou alcance extraordinários, não previstas contratualmente, assentam na esfera jurídica do Poder Público, e não das empresas-concessionárias. Na linha, portanto, da síntese de Eduardo Jordão: “A magnitude dos custos da pandemia tem sensibilizado alguns juristas, que supõem ser necessária solução *ad hoc* para a sua justa alocação entre as partes de uma Concessão. Análise mais completa – retrospectiva e prospectiva –, no entanto, mostra que a justiça, no caso, está em honrar a solução legal e contratual atribuindo os custos deste evento extraordinário ao Poder Concedente” (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/pandemia-e-concessoes-a-criacao-de-uma-alea-muito-extraordinaria-21072020>).

25. FECHO

Este o parecer jurídico, data vênica de entendimento contrário.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2020.



Carlos Ayres Britto
OAB/DF nº 40.040

CARLOS AYRES BRITTO, mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, é membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Internacional de Direito e Economia.