Parecer sobre a recomposição da equação econômico-financeira em virtude da pandemia: a questão da onerosidade "excessiva"

Marçal Justen Filho
Doutor em Direito
Professor Titular da UFPR de 1986 a 2006
Advogado e parecerista em Direito Público

SUMÁRIO

I - Os fatos e os quesitos ***1***

II - A notória ocorrência de eventos ***3***

II.1 - A imprevisibilidade e os reflexos dos eventos 3

II.1.1 - O Decreto Legislativo 6/2020 4

II.1.2 - A Emenda Constitucional 106/2020 4

II.1.3 - A Lei 13.379/2020 4

II.1.4 - A decisão do STF 5

II.1.5 - A preservação da ordem constitucional 5

II.2 - O Parecer 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU 6

II.2.1 - Os dados concretos então disponíveis 6

II.2.2 - O entendimento adotado no referido Parecer 6

II.3 - As providências estatais específicas para o setor elétrico 7

II.3.1 - A Medida Provisória 950/2020 8

II.3.2 - O Decreto 10.350/2020 8

II.4 - As providências no âmbito da ANEEL 8

II.4.1 - A Res. Norm. 878/2020-ANEEL 8

II.4.2 - A Consulta Pública 35/2020-ANEEL 9

II.4.3 - A Res. Norm. 885/2020- ANEEL 9

II.4.4 - A abertura da segunda fase da Consulta Pública 35/2020 9

II.4.5 - A manifestação específica da Diretoria da ANEEL 9

II.4.6 - O Parecer 00262/2020/PFANEEL/PGF/AGU 10

III - A tutela constitucional à intangibilidade da equação ***10***

III.1 - Os institutos constitucionais gerais 11

III.1.1 - A República 11

III.1.2 - A isonomia 11

III.1.3 - O direito de propriedade e a vedação ao confisco 11

III.1.4 - A segurança jurídica 11

III.1.5 - Os serviços públicos e sua continuidade 12

III.1.6 - A moralidade administrativa 12

III.2 - As determinações constitucionais específicas 13

III.2.1 - A previsão do art. 37, inc. XXI 13

III.2.2 - A sistemática da licitação (art. 175) 13

III.3 - A tese da ausência de tutela constitucional 14
III.3.1 - As emendas rejeitadas ao art. 175 da CF 14
III.3.2 - A limitação da aplicabilidade do art. 37 da CF 15
III.3.3 - Ainda a questão da licitação e da elaboração das propostas 15
III.3.4 - A questão dos custos de transação 16
III.3.5 - A ausência de distinção entre as espécies contratuais 16
III.3.6 - A tese da distinção econômica entre as espécies contratuais 17
III.3.7 - Ainda o conceito de serviço público 17
III.3.8 - A tutela constitucional ao serviço público 18
III.4 - A jurisprudência dos tribunais 18
III.4.1 - Alguns dos julgados sobre o tema 18
III.4.2 - A rejeição à tese da diferenciação 19
IV - O modelo francês de contratação administrativa 20
IV.1 - A inexistência de tutela constitucional ou infraconstitucional no Direito Francês 20
IV.2 - A inexistência de sistematização legislativa no Direito Francês 20
IV.3 - A distinção entre cláusulas de serviço e cláusulas econômicas no Direito Francês 21
IV.4 - Teoria da indenização por ato ilícito no Direito Francês 21
IV.5 - O princípio do equilíbrio econômico-financeiro no Direito Francês 21
IV.6 - Teoria do fato do príncipe (álea administrativa) no Direito Francês 22
IV.6.1 - As divergências doutrinárias na França 22
IV.6.2 - Pressupostos da configuração do fato do príncipe no Direito Francês 23
IV.6.3 - A amplitude dos direitos do particular 23
IV.7 - Teoria da imprevisão (álea econômica) no Direito Francês 24
IV.7.1 - Os pressupostos da aplicação da teoria da imprevisão 24
IV.7.2 - Imprevisibilidade do evento 24
IV.7.3 - Inimputabilidade do evento às partes 25
IV.7.4 - Grave modificação das condições do contrato 25
IV.7.5 - Ausência de impedimento absoluto 25
IV.7.6 - A aplicação compulsória da teoria da imprevisão 26
IV.7.7 - Os efeitos da aplicação da teoria 26
IV.8 - Teoria do caso fortuito e de força maior 26

V - O modelo brasileiro de contratação administrativa ***26***
V.1 - A relevância à equação econômico-financeira do contrato 26
V.1.1 - A equação econômico-financeira 27
V.1.2 - Os encargos e as vantagens 27
V.2 - Intangibilidade da equação econômico-financeira 27
V.2.1 - A preservação da relação original 28
V.2.2 - A mutabilidade do contrato administrativo 28
V.2.3 - Alteração do contrato e a recomposição da equação 28
V.2.4 - A disciplina da Lei 8.987 28
V.3 - A disciplina consagrada na Lei 8.666 29
V.3.1 - A disciplina do art. 65, inc. II, al “d”, da Lei 8.666 29
V.3.2 - A sistematização fundamental 29
V.4 - A distinção entre riscos ordinários e extraordinários 29
V.4.1 - Os riscos ordinários 30
V.4.2 - Os riscos extraordinários 30
V.5 - A disciplina dos riscos extraordinários 31
V.5.1 - O elenco dos eventos abrangidos no risco extraordinário 31
V.5.2 - A distinção marcante e fundamental 31
V.6 - O caso fortuito e de força maior 31
V.6.1 - A identificação da figura 31
V.6.2 - O tratamento específico do direito brasileiro 32
V.6.3 - A solução adotada no direito francês 32
V.7 - O fato do príncipe 32
V.7.1 - A amplitude dos efeitos da providência 33
V.7.2 - A irrelevância da origem da providência 33
V.7.3 - A disciplina da variação tributária e suas implicações 33
V.7.4 - A compensação precisa e exata 33
V.8 - Os fatos imprevisíveis 34
V.8.1 - A distinção como caso fortuito ou de força maior 34
V.8.2 - O tratamento para a inflação (eventos de efeitos não estimáveis) 34
V.8.3 - O tratamento jurídico para a teoria da imprevisão 35
V.9 - A partilha de riscos nas concessões de serviço público 35
V.9.1 - Ainda a questão dos custos de transação 35

V.9.2 - A explícita previsão do art. 124 da Lei 8.666 35
V.9.3 - A omissão legislativa da Lei 8.987 36
V.9.4 - A adoção de sistemáticas flexíveis diferenciadas (dinâmicas) 36
V.9.5 - A preservação do modelo de revisão extraordinária 37
V.9.6 - As concessões de energia elétrica: os riscos extraordinários 37
VI - O descabimento da ressalva atinente à "onerosidade excessiva"..... 37
VI.1 - Os pressupostos para nascimento do direito à revisão 37
VI.1.1 - A ocorrência inquestionável de caso fortuito ou de força maior 38
VI.1.2 - A ocorrência inquestionável de fato do príncipe 38
VI.2 - A suficiência das ocorrências 38
VI.2.1 - A ausência de condicionamento adicional 38
VI.2.2 - A ausência de limitação à revisão tarifária 38
VI.2.3 - A atribuição integral do risco extraordinário ao poder concedente 39
VI.3 - Ainda a sistemática da contratação administrativa 39
VI.3.1 - A disciplina legislativa sobre contratação 39
VI.3.2 - A fixação da menor remuneração possível 39
VI.3.3 - A presunção absoluta da remuneração mínima possível 39
VI.3.4 - A ocorrência de evento nocivo e o direito da concessionária 39
VI.4 - A sistemática da revisão ordinária 40
VI.4.1 - A figura da revisão ordinária 40
VI.4.2 - O descabimento de adoção de mecanismo indireto 40
VI.5 - O descabimento da expropriação da margem de lucro 40
VI.5.1 - A garantia à intangibilidade da margem de lucro 41
VI.5.2 - A imposição do art. 58, § 1°, da Lei 8.666 41
VI.5.3 - A redução superveniente da margem de lucro e seus efeitos 41
VI.5.4 - O evento danoso superveniente de natureza extraordinária 41
VI.6 - Ainda o descabimento da vinculação ao direito francês 41
VI.6.1 - A negativa de vigência do direito brasileiro 41
VI.6.2 - A aplicação restrita à teoria da imprevisão 42
VII - O descabimento da aplicação do Código Civil 42
VII.1 - As normas do Código Civil 42
VII.1.1 - A inaplicabilidade do Código Civil aos contratos administrativos 42
VII.1.2 - A disciplina da contratação administrativa 43

VII.1.3 - A recomposição da equação econômico-financeira 43
VII.2 - A disciplina dos arts. 478 a 480 do Código Civil 43
VII.2.1 - As regras legais 43
VII.2.2 - A autonomia para assunção e alocação de riscos 44
VII.2.3 - O enriquecimento indevido da outra parte 44
VII.2.4 - Ainda a partilha dos riscos nas contratações administrativas 44
VII.3 - A inviabilidade da aplicação do art. 478 do Código Civil 44
VII.3.1 - A questão do enriquecimento indevido para a outra parte 44
VII.3.2 - A solução adotada: a encampação 45
VIII - A questão da vedação ao corte do fornecimento de energia 45
VIII.1 - A disciplina prevista originalmente 45
VIII.1.1 - A Lei 8.987 46
VIII.1.2 - A Lei 9.427 46
VIII.1.3 - A decisão do STJ no REsp 1.270.339 46
VIII.1.4 - A questão da dignidade humana e da essencialidade do serviço 46
VIII.2 - O corte de energia e o pagamento das tarifas 47
VIII.2.1 - Ainda a essencialidade do serviço 47
VIII.2.2 - A vedação à suspensão do fornecimento 47
VIII.2.3 - O poder de cortar o fornecimento como faculdade contratual 47
VIII.3 - A suspensão do poder jurídico de corte 48
VIII.3.1 - O dever de continuidade de fornecimento 48
VIII.3.2 - A providência equivalente à redução tarifária 48
VIII.3.3 - A questão do inadimplemento voluntário 48
VIII.4 - Ainda a questão da essencialidade do serviço 48
VIII.4.1 - Ainda a preservação dos serviços 48
VIII.4.2 - O descabimento da atribuição do custo à concessionária 49
VIII.5 - A configuração de alteração unilateral do contrato 49
VIII.5.1 - A alteração unilateral dos serviços 49
VIII.5.2 - A garantia legal da recomposição 49
VIII.5.3 - O caso concreto: a violação aos direitos das concessionárias 50
IX - A questão de ganhos abrangidos na álea ordinária 50
IX.1.1 - A disciplina contratual adequada 50
IX.1.2 - A dissociação entre risco ordinário e risco extraordinário 51

IX.1.3 - O direito do particular aos ganhos atinentes à álea ordinária 51
X - Algumas considerações complementares ***..... 51***
X.1 - A invocação do pensamento de Frank H. Knight 51
X.1.1 - O livro de Knight 51
X.1.2 - A transposição descabida de conceitos alienígenas 52
X.1.3 - A advertência contra a adoção imprudente de conceitos 52
X.1.4 - A distinção entre “risco” e “incerteza” 53
X.1.5 - A ausência de cogitação sobre a matriz de riscos em concessão 53
X.1.6 - Ainda a consideração a contratações de mercado 54
X.2 - O Direito Administrativo brasileiro e os pressupostos anteriores 54
X.2.1 - A ausência de previsão em lei ou no Edital 54
X.2.2 - Ainda a exigência da remuneração mais reduzida possível 55
X.2.3 - A viabilidade do serviço público e a remuneração suficiente 55
X.2.4 - A máxima racionalidade da alocação de “riscos” 55
X.2.5 - A precificação dos “riscos” alocados ao concessionário 55
X.2.6 - O pensamento de Knight e a alocação da “incerteza” 55
X.2.7 - A disciplina jurídica brasileira e os “riscos” 56
X.2.8 - A solução mais eficiente 57
X.2.9 - Síntese 57
X.3 - A tese da regulação “discricionária” 57
X.3.1 - A inexistência de discricionariedade em sentido próprio 57
X.3.2 - A decisão fundada em conveniência e oportunidade 57
X.3.3 - A vinculação da Agência às normas e à realidade 57
X.3.4 - A constatação quanto aos fatos 57
X.3.5 - A qualificação jurídica dos fatos 58
X.3.6 - O direito subjetivo do concessionário 58
X.3.7 - A margem de autonomia quanto à recomposição 59
X.4 - Síntese 59
XI - Conclusão ***..... 59***

P A R E C E R

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA - ABRADEE honrou-me com a solicitação de parecer versando sobre os fatos e os quesitos abaixo expostos.

I - Os fatos e os quesitos

1. A Consulente narrou que congrega sociedades titulares de contratos de concessão de serviço público de energia elétrica. A situação de emergência, decorrente da pandemia do novo coronavírus, produziu impactos negativos sobre os serviços objeto da concessão.

2. A Consulente solicitou a elaboração do presente parecer, visando fornecer subsídios a serem apresentados à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no bojo da segunda fase da Consulta Pública 35/2020.

3. Adiante se encontram os quesitos apresentados:

a) *O disposto nos artigos 478 e seguintes do Código Civil, que regulam o instituto da onerosidade excessiva, é aplicável aos contratos administrativos?*

b) *É fato que o artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/93 positivou a teoria da imprevisão no Direito Administrativo Brasileiro?*

c) *Quais as diferenças entre a teoria da imprevisão conforme aplicada originalmente no Direito francês e tal como positivada no Direito Administrativo Brasileiro?*

d) *Um evento que configure álea econômica e administrativa gera o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sob o artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993 para uma concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica no Brasil?*

e) *Em caso afirmativo à pergunta anterior, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da correspondente concessão pela Administração Pública deve ser integral? Por quê?*

f) *Quais são os princípios e/ou comandos constitucionais que se visa salvaguardar com a correta aplicação do art. 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993?*

g) *Aplica-se o artigo 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995 à queda de arrecadação experimentada pelas distribuidoras em decorrência da proibição temporária de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento?*

h) *As conclusões acima são alteradas pelo fato de que foi reconhecido, pelo Congresso Nacional, estado de calamidade pública exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000, nos termos do Decreto Legislativo 6/2020, sem a decretação de estado de defesa nem estado de sítio?*

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

j) *Em resumo, considerando que efeitos adversos da pandemia para as distribuidoras de energia elétrica são: (i) diminuição de mercado; e (ii) o aumento da inadimplência, é correto afirmar que as distribuidoras têm direto à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro, em relação a ambos esses efeitos, com fundamento nos (i) artigos 37, XXI, da Constituição Federal, art. 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, art. 65, §6º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º, §4º, da Lei 8.987/1995 (conforme aplicável); e nos (ii) princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade, da*

continuidade do contrato administrativo, da segurança jurídica e da moralidade administrativa?

k) *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?*

l) *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 8.666 e o art. 15 da Lei 9.427, com a recomposição integral do desequilíbrio verificado?*

m) *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?*

4. Passo a responder.

II - A notória ocorrência de eventos

5. A amplitude e a gravidade dos efeitos da pandemia se constituem em fatos notórios, cuja descrição é desnecessária. No entanto, isso não afasta a necessidade da avaliação específica da disciplina jurídica pertinente à situação concreta examinada.

II.1 - A imprevisibilidade e os reflexos dos eventos

6. A pandemia se configurou como um evento insuscetível de previsão, tal como reconhecido formalmente em diversas manifestações provenientes de autoridades públicas.

7. Existem dezenas (ou mais) de atos legislativos, regulamentares e jurisdicionais reconhecendo a dimensão jurídica e extrajurídica dos eventos. Dentre eles, podem ser referidas algumas previsões legais.

II.1.1 - *O Decreto Legislativo 6/2020*

8. O Decreto Legislativo 6, de 20.3.2020, reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, de modo a legitimar a ausência de observância dos resultados fiscais e limitações de empenho previstos legislativamente.

II.1.2 - *A Emenda Constitucional 106/2020*

9. A Emenda Constitucional 106, promulgada em 7.5.2020, suspendeu a aplicabilidade de diversos dispositivos constitucionais que disciplinam a atuação do Estado brasileiro. Cabe reproduzir o art. 1º do referido diploma:

> *"Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional".*

II.1.3 - *A Lei 13.379/2020*

10. A Lei 13.379, sancionada em 6.2.2020 e objeto de diversas alterações por meio de Medidas Provisórias, veiculou normas gerais sobre *"as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019"* (art. 1º).

11. Foram expressamente autorizadas medidas estatais impondo quarentena, restrição excepcional e temporária de deslocamento de pessoas por rodovias, portos ou aeroportos (art. 3º).

12. Ressalte-se que o STF consagrou interpretação conforme para diversos dispositivos do art. 3º da Lei 13.379, estabelecendo que os entes estaduais e municipais dispõem de autonomia político-jurídica para determinar as providências reputadas como cabíveis sem necessidade de autorização da

União,

> *"devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, ..."* (ADI 6.343 MC, Pleno, j. 6.5.2020, sessão realizada por videoconferência).

II.1.4 - *A decisão do STF*

13. Em outra oportunidade, a natureza imprevisível da pandemia e de seus reflexos foi reconhecida pelo STF, em decisão parcialmente reproduzida a seguir:

> *"... **O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas**, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, **tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade**"* (ADI 6.357 MC, decisão monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 29.3.2020,*DJe* 30.03.2020, original sem negrito).

14. Essa manifestação foi produzida relativamente ao cumprimento pelo Estado brasileiro dos limites de gastos públicos e da observância de exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. No entanto, os pressupostos ali estabelecidos, tal como as decorrências jurídicas consagradas, são aplicáveis genericamente a todos os âmbitos da atividade administrativa do Estado brasileiro.

15. Ou seja, não é cabível afirmar que a anormalidade decorrente da pandemia produziria efeitos jurídicos **restritos** à observância dos limites de gastos públicos. É evidente que, em todas as hipóteses em que as decorrências da pandemia tornarem inviável o cumprimento da disciplina jurídica original, caberá adotar o mesmo entendimento consagrado pelo STF.

16. Tal como a pandemia acarretou a inviabilidade de o Poder Público cumprir os seus deveres originalmente estabelecidos, o mesmo se passa com outros prestadores de serviço público.

II.1.5 - *A preservação da ordem constitucional*

17. A ocorrência da pandemia e a consumação dos seus efeitos

nocivos atingiram a generalidade das atividades públicas e privadas. Mas a ordem constitucional foi preservada, sendo descabido invocar a pandemia para afastar a aplicação do sistema normativo vigente. Inexistiu a decretação de estado de defesa ou de estado de sítio, previstos nos arts. 136 e seguintes da CF.

18. Por decorrência, cabe a observância da disciplina legislativa e das regras contratuais. Podem ser cogitadas inovações relevantes na sistemática vigente, mas sempre mediante a concordância entre as partes. Essa é a essência da atividade administrativa democrática consagrada constitucionalmente.

II.2 - O Parecer 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU

19. Essas questões foram objeto de avaliação específica em parecer jurídico emitido pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura.

20. Ainda que se trate de manifestação versando especificamente sobre concessões na área de transporte, as considerações ali adotadas se constituem numa manifestação jurídica formal sobre o assunto, a partir de órgão jurídico especializado. O documento, datado de 9.4.2020, avaliou amplamente a questão ora examinada.

II.2.1 - *Os dados concretos então disponíveis*

21. O Parecer reconheceu a ocorrência de redução muito significativa na fruição de atividades econômicas diretamente relacionadas com as concessões de serviço público federais na área de transportes.

II.2.2 - *O entendimento adotado no referido Parecer*

22. A ementa do Parecer traduz o entendimento formalmente adotado, tal como se extrai da sua redação:

> *"EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SETOR DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19.*
>
> *I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas.*
>
> *II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.*

III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

IV. A pandemia do 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".

23. Examinando as circunstâncias da realidade, reconheceu-se a consumação de caso fortuito ou de força maior:

"72. O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza 'álea extraordinária', capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão".

24. O Parecer estabeleceu algumas ressalvas, na sua conclusão, nos termos reproduzidos:

"73. Porém, é importante ressalvar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado".

II.3 - As providências estatais específicas para o setor elétrico

25. As dificuldades conduziram o Poder Público a adotar providências imediatas para fazer face à crise. Além das medidas genéricas, houve determinações específicas relativamente ao setor elétrico.

II.3.1 - *A Medida Provisória 950/2020*

26. A MP 950/2020, de 8.4.2020,[1] ampliou os subsídios para os consumidores da subclasse residencial baixa renda, no período entre 1.4.2020 até 30.6.2020.

27. Foi autorizada a alocação de recursos da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE para amortização de operações financeiras relacionadas ao estado de calamidade pública, visando atender às distribuidoras de energia elétrica.

II.3.2 - *O Decreto 10.350/2020*

28. O Decreto 10.350, de 18.5.2020, regulamentou as providências para a criação de uma Conta-covid, *"destinada a receber recursos para cobrir déficits ou antecipar receitas, total ou parcialmente, ... relativos às concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica"* (art. 1°).

29. O art. 6° determinou o seguinte:

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

II.4 - As providências no âmbito da ANEEL

30. A ANEEL exercitou a sua competência regulatória e editou diversas providências sobre o assunto.

II.4.1 - *A Res. Norm. 878/2020-ANEEL*

31. A Res. Norm 878, de 24.3.2020, estabeleceu providências imediatas a serem observadas pelos agentes do sistema elétrico, visando preservar a continuidade dos serviços públicos.[2]

32. Interessa destacar o previsto no art. 2° do diploma, que vedou a suspensão de fornecimento por inadimplemento de unidades consumidoras em diversas hipóteses.

---

[1] A MP 950 não foi convertida em lei. A sua vigência caducou em 5.8.2020. Isso não elimina a sua eficácia durante o período em que esteve vigente.

[2] Ao longo do tempo, houve várias alterações na redação original.

II.4.2 - *A Consulta Pública 35/2020-ANEEL*

33. Em 27.5.2020, a ANEEL publicou a convocação da Consulta Pública 35/2020 (primeira fase), visando "obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa que regulamenta o Decreto 10.350/2020".

II.4.3 - *A Res. Norm. 885/2020- ANEEL*

34. Na sequência, foi editada a Res. Norm. ANEEL 885, de 23.6.2020, que disciplinou a "Conta-Covid", as operações financeiras e a utilização do encargo tarifário da CDE.

35. No seu art. 15, foi estabelecido que:

> *"A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e permissão do serviço público de distribuição energia elétrica será avaliada pela ANEEL em processo administrativo, mediante solicitação fundamentada do interessado e conforme regulação a ser instituída pela ANEEL.*
>
> *§ 1º A regulação prevista no caput será precedida de Consulta Pública a ser instaurada em até sessenta dias, contados da data de publicação desta Resolução".*

II.4.4 - *A abertura da segunda fase da Consulta Pública 35/2020*

36. Em uma segunda fase, a Consulta Pública 35/2020 versará especificamente sobre a questão da recomposição da equação econômico-financeira das concessões e permissões de distribuição de energia elétrica.

II.4.5 - *A manifestação específica da Diretoria da ANEEL*

37. A Consulente destacou que, ao apreciar a questão no âmbito da Consulta Pública 35/2020, houve voto complementar, de 23.6.2020, que consignou a seguinte orientação:

> *"33. O Direito brasileiro acolheu, assim, a teoria de risco oriunda do Direito francês, adaptando-a a nossa realidade. Desse modo a doutrina reconhece o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando ocorrerem fatos excepcionais relacionados às áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da Administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão) que provoquem a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desde que atendidas determinadas condicionantes e respeitadas todas as etapas dos processos administrativos.*
>
> *34. No caso em tela, temos presente tanto fatos relacionados às áleas administrativas quanto à econômica. Isso porque, pela aplicação da teoria da imprevisão, são requisitos para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão que o fato seja: (i) imprevisível ou justificavelmente não previsto quanto a sua ocorrência ou*

> *quanto a suas consequências; (ii) estranho à vontade das partes; (iii) inevitável; e (iv) causa de onerosidade excessiva no cumprimento do contrato.*
>
> *35. Ademais, as áleas administrativas também restam configuradas, uma vez que em razão da crise decorrente da pandemia, houve uma série de fatos do príncipe, no âmbito dos diferentes entes da federação, que alteraram unilateralmente as condições de contrato. Como exemplo, podemos citar a própria Resolução Normativa (REN) nº 878/2020 da ANEEL que suspendeu o corte de energia elétrica como medida das distribuidoras combaterem a inadimplência, além dos inúmeros decretos publicados por diferentes entes da federação impondo o fechamento e suspensão de atividades comerciais e econômicas.*
>
> *(...)*
>
> *38. No entanto, reitero que, ao trazer tal afirmação quanto às áleas administrativas e econômica, não estou reconhecendo a reconstituição de equilíbrio econômico-financeiro por antecipação, uma vez que cabe aos agentes o dever de demonstrar, em processo específico a ser avaliado pela ANEEL, a onerosidade excessiva no cumprimento do contrato e o nexo de causalidade com a crise decorrente da pandemia, além de atenderem aos critérios a serem definidos pela ANEEL na segunda fase de Consulta Pública"* (Grifou-se).

38. Essa manifestação incorporou a referência à "onerosidade excessiva", exigência que não encontra respaldo normativo algum.

II.4.6 - *O Parecer 00262/2020/PFANEEL/PGF/AGU*

39. Em 13.8.2020, foi proferido um parecer específico, que adotou pressupostos distintos e concluiu que:

> *"Se a ANEEL verificar que se está distante da concretização de incerteza, que atinge tanto as distribuidoras como toda a economia, há que se buscar identificar, em termo de impacto, o que é afeto ordinariamente à matriz de risco imputada à Distribuidora (a ser suportado, portanto, pela própria concessionária) e o que é além do ordinário, podendo ensejar a necessidade de reequilíbrio. Nessa linha, a revisão poderá ou não ocorrer a depender da avaliação de mérito da ANEEL".*

40. O referido Parecer adotou premissas inovadoras em face das contratações administrativas e atingiu uma conclusão incompatível com o Direito Constitucional brasileiro – especialmente para reconhecer à Agência Reguladora uma margem de autonomia para decidir "discricionariamente" sobre as soluções jurídicas a serem adotadas.

III - A tutela constitucional à intangibilidade da equação

41. A tutela à equação econômico-financeira do contrato administrativo tem sede constitucional. Relaciona-se a certos postulados

assegurados pela Constituição Federal.

III.1 - Os institutos constitucionais gerais

42. Existem institutos constitucionais dotados de ampla abrangência, cuja vigência impõe a preservação da equação econômico-financeira.

III.1.1 - *A República*

43. O princípio da República significa que a Administração Pública não pode arcar com desembolsos superiores aos necessários à satisfação de suas necessidades.

44. A ausência de garantia contra o imprevisível impossibilitaria à Administração receber propostas com o menor valor possível. Mas a Administração apenas obterá as melhores propostas se eliminar a necessidade de o particular agregar a seus custos verbas correspondentes a riscos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis.

45. A intangibilidade da equação econômico-financeira é a garantia ofertada pelo Direito ao particular no sentido de que não correrá risco de prejuízo por eventos relacionados com eventos futuros, incertos e excepcionais. A proposta do particular e suas perspectivas de resultados econômicos são protegidas.

III.1.2 - *A isonomia*

46. Por outro lado, a tutela à equação econômico-financeira deriva também do princípio da isonomia. Se eventos extraordinários produzissem o sacrifício da equação econômico-financeira do contrato e a caracterização de aumento patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefício às custas de um particular específico.

III.1.3 - *O direito de propriedade e a vedação ao confisco*

47. A terceira garantia constitucional envolvida é a proteção ao direito de propriedade, que veda ao Estado apropriar-se do patrimônio privado sem prévia e justa indenização.

III.1.4 - *A segurança jurídica*

48. A proteção constitucional à equação econômico-financeira

dos contratos administrativos é também uma decorrência da segurança jurídica. Quando o Estado estabelece uma convenção com um particular, as condições originalmente estabelecidas são protegidas pelo Direito.

49. A alteração da relação original entre encargos e vantagens propiciaria risco de futuras contratações. Potenciais interessados deixariam de participar de contratações administrativas, optando por empreendimentos econômicos que permitissem estimativa mais precisa quanto aos possíveis resultados.

III.1.5 - *Os serviços públicos e sua continuidade*

50. Outros princípios norteadores da atividade administrativa também incidem sobre o tema. Assim, pode-se aludir à preservação dos serviços públicos, que se constituem em instrumento para a satisfação de necessidades essenciais relacionadas à dignidade humana.

51. O instituto do serviço público poderia ser comprometido se as condições econômico-financeiras viessem a ser afetadas. Seria inviável exigir a continuidade da prestação do serviço quando eventos extraordinários e imprevisíveis afetassem a viabilidade da atividade. Isso produziria potencial lesão à dignidade humana tutelada constitucionalmente.

III.1.6 - *A moralidade administrativa*

52. A moralidade administrativa constitui-se em exigência constitucional. Implica a vedação à instrumentalização de oportunidades para benefícios não previstos e para sacrifícios previamente não estimáveis.

53. A Administração é titular do serviço público e lhe incumbe manter esse serviço. A concessão desse serviço não o transforma numa atividade privada, a ser desempenhada de modo desvinculado do interesse coletivo. A outorga de uma concessão não autoriza que a Administração se desvincule do atendimento às necessidades essenciais. Não lhe é facultado exigir a continuidade da prestação do serviço às custas de um sacrifício nunca previsto, nem autorizado, em detrimento do particular.

54. Seria imoral que a Administração invocasse a situação catastrófica para exigir que o particular arcasse com os prejuízos que devem recair sobre o titular do serviço público – sendo compartilhados pelo conjunto dos integrantes da Nação.

III.2 - As determinações constitucionais específicas

55. Existem determinações constitucionais específicas tutelando a equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

III.2.1 - *A previsão do art. 37, inc. XXI*

56. O art. 37, inc. XXI, da CF previu expressamente a preservação das condições originais da proposta. A regra tem a seguinte redação:

> *"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"* (original sem negrito).

57. A exigência da preservação das condições efetivas da proposta reflete a tutela constitucional à relação original entre encargos e vantagens em todos os contratos administrativos.

III.2.2 - *A sistemática da licitação (art. 175)*

58. O art. 175 da CF disciplina especificamente as hipóteses de concessão (e permissão) de serviço público. A sua redação é a seguinte:

> *"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"* (original sem negrito).

59. Há quem afirme que a tutela constitucional à intangibilidade da equação econômica somente se aplica aos contratos de obras, serviços, compras e alienações. Assim se passaria porque o art. 37, inc. XXI, não abarcaria as concessões de serviço público e o art. 175 não consagrou expressamente proteção similar.

60. O argumento é defeituoso, eis que ignora o fundamento lógico-jurídico da proteção consagrada no art. 37, inc. XXI.

61. O art. 37, inc. XXI, alude à manutenção das condições efetivas da proposta. Isso pressupõe a existência de um processo formal para a contratação, em cujo bojo o particular formula uma **proposta**. Usualmente, essa hipótese envolve uma licitação propriamente dita. No entanto, é evidente que a Constituição consagra a garantia de que as condições efetivas da proposta

apresentada pelo particular e aceita pela Administração serão preservadas e respeitadas.

62. Ora, a concessão de serviço público **também** é outorgada mediante um processo administrativo formal. O art. 175 até determina a obrigatoriedade da licitação em todos os casos.

63. Em ambas as hipóteses, um particular elabora uma proposta para contratação com o Estado. Essa proposta é analisada, inclusive no tocante à sua exequibilidade. Na sequência e se for admitida a proposta, é selecionada aquela que se afigure como a mais vantajosa e a contratação é formalizada.

64. Sob o prisma do processo de formalização da avença, não há diferença essencial entre as hipóteses do art. 37, XXI, e do art. 175. Ao menos, não existe distinção que justifique a distinção de tratamento no tocante à equação econômico-financeira.

65. Não existe qualquer consistência na tese de que a proposta apresentada na licitação para um contrato do art. 37, XXI, seria protegida pela Constituição, mas que um contrato do art. 175 não receberia proteção constitucional.

III.3 - A tese da ausência de tutela constitucional

66. A tese da ausência de tutela constitucional à equação econômico-financeira dos contratos de delegação de serviço público funda-se em dois argumentos centrais.

III.3.1 - *As emendas rejeitadas ao art. 175 da CF*

67. O primeiro argumento centra-se na rejeição, durante o período da Constituinte, de diversas propostas de emenda à redação do art. 175. Essas emendas previam a expressa tutela à equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. Alguns extraem o argumento de que a rejeição das emendas teria implicado a ausência da referida proteção constitucional.

68. O argumento é descabido, incidindo em uma insuficiência insuperável. Implica confundir a *mens legislatoris* com a *mens legis*. Todos concordam que a vontade da Constituição não foi delimitada pela intenção dos constituintes.

69. A prevalência da vontade legislativa sobre a vontade dos legisladores é um entendimento absolutamente pacífico e não é afetado pela circunstância de analisar-se a Constituição.

70. Ou seja, a rejeição a emendas, durante o período da Constituinte, não é um argumento apto a determinar o sentido da Constituição.

III.3.2 - *A limitação da aplicabilidade do art. 37 da CF*

71. Por outro lado, há aqueles que afirmam que o art. 37 da CF aplicar-se-ia apenas aos contratos de compras, vendas e serviços, inclusive de engenharia.

72. Essa tese tende a ser fundada na redação literal do dispositivo. Cabe reproduzir a parte inicial do dispositivo:

> *"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****, ..."* (original sem negrito).

73. Desde logo, impõe-se afastar a interpretação literal. É inquestionável que o método gramatical integra a atividade hermenêutica, sem que imponha limites à determinação do sentido e do alcance da vontade normativa. Mais precisamente, a interpretação da Constituição faz-se de modo sistemático. Como afirmou o STF:

> *"Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito – a Constituição – no seu todo"* (ADI 3.685, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, trecho do voto do Min. Eros Grau, j. 22.3.2006, *DJe* 10.8.2006).

74. Ou seja, a circunstância de a CF ter consagrado certa solução no art. 37 (a propósito de contratos de obras, serviços, compras e alienações) e não ter aludido ao tema no art. 175 (sobre delegação de serviço público) não tem relevância hermenêutica.

75. Mais precisamente, não é aceitável o argumento de que a Constituição teria adotado, de modo arbitrário, dois tratamentos jurídicos diversos para um mesmo e único tema.

III.3.3 - *Ainda a questão da licitação e da elaboração das propostas*

76. Existem vários pontos em comum relativamente aos arts. 37

e 175 da CF/88. Um deles se relaciona com a exigência de licitação. Mais precisamente, ambos os dispositivos determinam que a contratação será antecedida de um procedimento formal. No bojo desse procedimento, os interessados formulam propostas e a Administração escolhe aquela que se configure como a mais vantajosa.

77. Ao elaborar a sua proposta, o licitante formula uma estimativa sobre as circunstâncias pertinentes à execução da futura contratação. Existe sempre a perspectiva de eventos futuros aptos a influir sobre as receitas e as despesas. Por outro lado, existe a competência de inovações unilaterais assegurada em favor da Administração.

III.3.4 - *A questão dos custos de transação*

78. É pacífico que a tutela à equação econômico-financeira dos contratos administrativos reflete a determinação normativa de redução dos custos de transação. Se houvesse a atribuição ao particular de riscos não inerentes à exploração da atividade, isso acarretaria uma elevação dos custos de transação. Haveria a precificação dos riscos e os referidos custos seriam transferidos para a Administração mediante os mecanismos de preço. Isso elevaria os encargos do Estado.

III.3.5 - *A ausência de distinção entre as espécies contratuais*

79. Ora, é **impossível** diferenciar os contratos de colaboração (aqueles referidos no art. 37) dos de delegação (indicados no art. 175) relativamente aos aspectos indicados.

80. Em qualquer dos casos, existe uma determinação quanto à redução ao máximo dos custos de transação. Isso significa que a garantia à tutela da equação econômico-financeira do contrato administrativo se relaciona diretamente ao mecanismo da elaboração de propostas pelos particulares, que pretendem contratar com a Administração Pública.

81. Logo, existe uma determinação constitucional de idêntico conteúdo e norteada pelos mesmos postulados no tocante tanto ao art. 37 como ao art. 175, ambos da CF. Por decorrência, aplica-se a mesma garantia de proteção à relação original entre encargos e vantagens estabelecida no momento original da contratação.

III.3.6 - *A tese da distinção econômica entre as espécies contratuais*

82. Não se contraponha que os contratos de colaboração são economicamente distintos dos de delegação. A afirmativa é procedente, mas dela não é extraível a decorrência da ausência de proteção à equação econômico-financeira dos contratos de concessão.

83. No mínimo, os contratos de concessão se caracterizam pelo longo prazo, pela autonomia do particular em conceber soluções e pela inviabilidade de uma estimativa precisa e exata quanto aos resultados obtidos pelo particular. Mas isso não afeta a tutela constitucional à equação econômico-financeira do contrato de concessão.

84. A referida proteção não assegura ao particular a obtenção de um resultado predeterminado, exato e preciso em algarismos. A dinâmica da exploração do empreendimento propicia incertezas **inerentes** ao negócio. Sob um certo ângulo, não existe diferença quanto a essas variações entre os contratos de colaboração e os de delegação.

85. O concessionário assume riscos muitos amplos, inerentes ao desenvolvimento do negócio.

86. Mas isso não significa que os riscos extraordinários sejam a ele alocáveis.

87. Há um impedimento constitucional a essa solução jurídica, relacionada precisamente com a questão dos custos de transação e com a exigência do serviço público adequado.

III.3.7 - *Ainda o conceito de serviço público*

88. Um aspecto fundamental se relaciona com o vínculo entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais insuscetíveis de atendimento mediante os mecanismos de mercado.

89. O contrato de delegação atribui ao particular a prestação de um **serviço público**. Ou seja, trata-se de atividade essencial e insuscetível de supressão, cuja exploração em condições de mercado é incompatível com a Constituição.

90. Atribuir ao prestador do serviço público os riscos próprios e inerentes ao funcionamento do mercado colocaria em risco a existência do serviço público.

III.3.8 - *A tutela constitucional ao serviço público*

91. Ou seja, a tutela constitucional ao serviço público **exige** a proteção à equação econômico-financeira da concessão. Sem a tutela à relação original entre encargos e vantagens, haveria o risco à permanência do serviço público. O efeito prático seria submeter uma atividade essencial à possibilidade de colapso – tal como se existisse uma atividade privada comum e destituída de especificidade.

III.4 - A jurisprudência dos tribunais

92. O entendimento de que a equação econômico-financeira do contrato de concessão merece proteção constitucional foi consagrado pela jurisprudência, inclusive do STF.

93. Anote-se que o STF não se referiu especificamente ao art. 37 da CF. Invocou o princípio da Segurança Jurídica. A vinculação do Estado em face de uma contratação específica é suficiente para produzir certos efeitos jurídicos – entre os quais a preservação da relação original entre encargos e vantagens para as partes.

III.4.1 - *Alguns dos julgados sobre o tema*

94. Encontram-se adiante transcritos alguns dos julgados proferidos sobre o tema pelo STF:

- *"Eventual modificação, no entanto, não pode desrespeitar o equilíbrio econômico-financeiro do pacto e as vantagens inicialmente asseguradas à empresa concessionária. Em outras palavras, a mudança deve sempre vir acompanhada da correlata revisão das cláusulas econômico-financeiras, de modo a manter a proporção entre direitos e obrigações previamente ajustados. Nessa linha, não são apenas relevantes os valores alusivos à tarifa decorrente da prestação do serviço. Também compõem a balança econômica a forma e os prazos de pagamentos e indenizações. Assim se pronunciou o Supremo em diferentes oportunidades (...)"* (ADI 1.746, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.9.2014, *DJe* 12.11.2014).
- *"RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS 'FUNARO' E 'CRUZADO'. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS.OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO*

ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO" (RE 571.969/DF, Pleno, rel. Min. Carmem Lúcia, j. 12.3.2014, *DJe* 17.9.2014).

- *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FATO DO PRÍNCIPE. DESEQUILÍBRIO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. (...)*
  2. Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, ***derivada do princípio da segurança jurídica****, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato (RE 571.969/DF, Relª. Minª. Cármen Lúcia)"* (AgRE 902.910/RJ, 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, j. 6.11.2018, *DJe* 16/11/2018) (original sem negrito).

95. A mesma orientação foi adotada pelo STJ, como se evidencia do julgado a seguir reproduzido:

- *"4. A manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI. À época da relação contratual sob exame a legislação infraconstitucional, do mesmo modo, referendava a adoção do aludido princípio, consoante depreende-se do teor do art. 55, II, d do Decreto-Lei 2.300/86 e dos arts. 57, § §1º. e 2º e 58 da Lei 8.666/93.5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e expectativas que levaram à assunção do contrato. A quebra da equação por ato omissivo ou comissivo do Poder Concedente gera, por conseguinte, o dever de recomposição do equilíbrio, não somente em nome da almejada segurança jurídica como da inegável importância da continuidade da prestação do Serviço Público, até para não gerar desconfiança na firmeza dos tratos públicos (...)"* (REsp 1.248.237/DF, 1.ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.9.2014, DJe 1.º.10.2014).

III.4.2 - *A rejeição à tese da diferenciação*

96. Não se contraponha que os julgados acima foram proferidos a propósito de quebra da equação econômico-financeira produzida por evento distinto de caso fortuito ou de força maior.

97. O argumento é improcedente porque os julgados reconheceram que a proteção à equação econômico-financeira de contratos de

concessão tem fundamento constitucional. Portanto, isso é suficiente para eliminar o argumento de que a tutela constitucional seria restrita aos contratos de compra, alienação, serviços e obras.

98. Em segundo lugar, não existe **nenhum** dispositivo constitucional ou infraconstitucional diferenciando o tratamento da revisão contratual em face das causas previstas (alteração unilateral, caso fortuito ou de força maior, fato do príncipe ou teoria da imprevisão). Tal como exposto, o direito brasileiro não diferencia entre essas hipóteses. Todas merecem tratamento uniforme. Logo, o reconhecimento da tutela constitucional à hipótese de quebra da equação em virtude da ocorrência de uma dentre essas causas implica o reconhecimento da proteção constitucional equivalente para as demais.

IV - O modelo francês de contratação administrativa

99. A expressa alusão ao modelo francês de contratação administrativa exige um aprofundamento, especialmente para destacar que a evolução do direito no Brasil conduziu a uma disciplina muito diversa.

IV.1 - A inexistência de tutela constitucional ou infraconstitucional no Direito Francês

100. Em primeiro lugar, a Constituição francesa não disciplina o tema da equação econômico-financeira. A questão apresenta dimensão infraconstitucional. Diversamente se passa no Brasil, em que a Constituição dispõe amplamente sobre as contratações administrativas.

IV.2 - A inexistência de sistematização legislativa no Direito Francês

101. A concepção francesa sobre o tratamento jurídico para eventos danosos supervenientes foi desenvolvida pela jurisprudência, no exame de casos concretos que se desenvolveu acerca dessas questões.

102. Diante da ausência de uma sistematização legislativa exaustiva, a jurisprudência francesa produziu uma espécie de elenco de garantias em favor do particular contratado. A doutrina tentou organizar a produção jurisprudencial.

103. Como resultado, a doutrina clássica do direito administrativo francês comporta diferentes sistematizações. No fundo, varia a forma, mas não o conteúdo.

IV.3 - A distinção entre cláusulas de serviço e cláusulas econômicas no Direito Francês

104. Um tema muito relevante reside na afirmativa de que o contrato administrativo contém cláusulas de serviço e cláusulas econômicas. Aquelas dispõem sobre o objeto contratual e essas disciplinam a remuneração devida ao contratado.

105. O poder de modificação unilateral do contrato não atinge as disposições relativas à remuneração, mas apenas as que dispõem sobre as condições de execução da avença.

106. No entanto, a modificação das condições contratuais pode acarretar a necessidade de alteração das condições financeiras.

107. LAUDABÈRE, VENEZIA e GAUDEMET apontam que podem ser modificadas a qualquer tempo as cláusulas acerca de organização e funcionamento do serviço (condições de exploração, tarifas, situação do pessoal etc.). Já não podem ser mudadas unilateralmente as cláusulas acerca da duração do contrato e das vantagens financeiras aos concessionários (equação econômico-financeira do contrato).[3]

IV.4 - Teoria da indenização por ato ilícito no Direito Francês

108. Se a Administração praticar ato ilícito, contratual ou extracontratual, estará obrigada a indenizar o particular por perdas e danos, segundo as regras gerais do Direito.

IV.5 - O princípio do equilíbrio econômico-financeiro no Direito Francês

109. Mas é muito mais relevante o tratamento jurídico para eventos supervenientes que afetam a execução do contrato e que não configuram ato ilícito (nem da Administração, nem do particular contratado).

110. Como ensinam RIVERO e JEAN WALINE, não é correto supor que a remuneração do contratado não possa variar, eis que ela

> *"deve modelar-se de acordo com as cargas que a ele incumbam realmente, de tal sorte que a álea inerente à empresa se encontra seriamente limitada".*[4]

---

[3] Conforme *Traité de droit administratif*. Droit administratif général, t. I, Paris: LGDJ, 1999, p. 887.

[4] *Droit Administratif*, 17. ed., Paris, Dalloz, 1998, p. 130.

111. Esse é o núcleo do conceito de equação econômica ou equilíbrio financeiro adotado no pensamento francês.

112. LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET ensinam que o conceito de equilíbrio financeiro *"consiste em considerar o contrato administrativo como formando um todo no qual os interesses das partes se condicionam"*.[5]

113. O conceito não está precisamente delineado, mas é o fundamento jurídico básico a partir do qual se reconhece direito a indenização ao particular. Essa formulação é aplicada em termos distintos, conforme as características e circunstâncias do evento danoso superveniente.

IV.6 - Teoria do fato do príncipe (álea administrativa) no Direito Francês

114. O fato do príncipe configura-se quando uma decisão administrativa produzir um efeito nocivo diferenciado relativamente a um contrato administrativo.

IV.6.1 - *As divergências doutrinárias na França*

115. A doutrina francesa diverge acerca da extensão do conceito de *fato do príncipe*.

116. RIVERO e WALINE incluem na teoria do *fato do príncipe* todas as hipóteses de manifestações de poder estatal.[6] Para eles, o exercício da prerrogativa de modificação unilateral do contrato enquadra-se nessa categoria.

117. Mas a maior parte da doutrina reputa que o *fato do príncipe* se verifica somente quando a execução do contrato for onerada por uma medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em

---

[5] O texto reproduz o famoso voto de BLUM, no julgado de 1910 no caso *Cie. Française de Tramways*, que deu origem a toda essa doutrina. Vale a pena reproduzir essa passagem: *"É da essência mesma de todo contrato de concessão de procurar e de realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são acordadas aos concessionários e as cargas a ele impostas... As vantagens e as cargas devem se equilibrar de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicada, como em uma operação aritmética, a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que dele é exigido... É isso que se chama a equivalência financeira e comercial, a equação financeira do contrato de concessão..."* (*Traité de Droit Administratif*, cit., p. 830).

[6] *Droit Administratif*, cit., p. 131. No mesmo sentido, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 13. ed., t. I, Paris: Montchrestien, 1999, p. 1.162.

um campo de competência estranho ao contrato.[7] Ou seja, a maior parte da doutrina opta por considerar a modificação unilateral como uma hipótese específica, que assegura direito do particular ser indenizado, sem se enquadrar no âmbito da teoria do *fato do príncipe*.

118. Por outro lado, existe entendimento pacífico no sentido de que não se configura fato do príncipe quando o ato estatal for emanado de autoridade distinta daquela que é parte do contrato.

119. Por exemplo, uma medida oriunda do governo central, se acarretar agravamento da situação do particular que mantém contrato no âmbito municipal, não conduzirá à aplicação da teoria do *fato do príncipe*. Se for o caso, a situação se resolve através da teoria da imprevisão.

IV.6.2 - *Pressupostos da configuração do fato do príncipe no Direito Francês*

120. A tendência jurisprudencial francesa é de reconhecer ao particular o direito a ser indenizado **apenas** se a medida estatal atingi-lo de modo especialmente oneroso, diferenciando sua situação daquela de todos os demais cidadãos.

121. Assim, por exemplo, a mudança do sistema de trânsito de uma cidade não atribui a cidadão nenhum direito de indenização.

122. Será distinta a situação quando essa modificação provocar elevação dos custos para execução de um contrato de transporte.

123. LAUDABÈRE, VENEZIA e GAUDEMET exemplificam com a elevação da carga fiscal sobre matéria-prima essencial à execução do objeto, esclarecendo caracterizar-se fato do príncipe indenizável quando a medida geral (destinada a onerar igualmente todos os cidadãos) afetar ao contratado de modo especial, reflexamente.[8]

IV.6.3 - *A amplitude dos direitos do particular*

124. Quando caracterizado o *fato do príncipe*, no Direito Francês, o contratado terá direito a indenização completa e integral, a ser apurada em face das circunstâncias, salvo na hipótese em que o instrumento contratual já tivesse estabelecido uma solução de predeterminação quanto à indenização.

---

[7] Nesse sentido e retratando o entendimento majoritário, JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, 6. ed., Paris: Montchrestien, 1999, p. 423. Na mesma linha, LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 836.

[8] *Traitè de Droit Administratif*, cit.

IV.7 - Teoria da imprevisão (álea econômica) no Direito Francês

125. Durante a execução de contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas.

IV.7.1 - *Os pressupostos da aplicação da teoria da imprevisão*

126. A teoria da imprevisão no Direito Francês é aplicada nas hipóteses em que a execução da prestação é possível, mas produz efeitos onerosos para o contratado. Ademais disso, deve reputar-se o evento prejudicial como passageiro.

127. Se o evento superveniente tornar definitivamente impossível ou ruinoso executar o contrato, deverá aplicar-se a teoria da força maior, rescidindo-se o contrato.

128. Em síntese, os pressupostos da aplicação da teoria da imprevisão são os seguintes:

a) Imprevisibilidade do evento;
b) Inimputabilidade do evento às partes;
c) Grave modificação das condições do contrato;
d) Ausência de impedimento absoluto à continuidade da execução do contrato.

129. Cabe examinar esses requisitos com maior profundidade.

IV.7.2 - *Imprevisibilidade do evento*

130. O primeiro pressuposto relaciona-se com a impossibilidade de previsão dos fatos, dentro de um panorama da razoabilidade, caracterizando-se um evento de cunho excepcional.

131. Costuma-se distinguir os conceitos de álea ordinária e extraordinária, para determinar que a teoria somente se aplica em face dessa última.

132. Sobre o tema, JÈZE sustentava que:

> *"os eventos econômicos são naturalmente cambiantes. Todo contratante deve prevê-los. Se não o fizer, só pode reprovar a si mesmo".*[9]

[9] *Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. da 3. ed. francesa (de 1936), vol. V, Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 159.

133. Mas a regra não é absoluta e tem de ser matizada. A álea extraordinária abrange os acontecimentos que escapem de todas as previsões que as partes podiam fazer no momento da contratação.

134. A jurisprudência francesa é muito ampla acerca da natureza dos eventos enquadráveis dentro dessa categoria. Podem ser fatos políticos (guerra), econômicos (crise), naturais (cataclismo) ou a intervenção de autoridade política distinta daquela que praticou o contrato.

135. Em origem, não se supunha possível fazer abranger no âmbito da teoria os efeitos da desvalorização monetária (inflação), mas a instabilidade econômica posterior à Segunda Guerra alterou esse entendimento.[10]

IV.7.3 - *Inimputabilidade do evento às partes*

136. O segundo requisito consiste na independência entre o fato e a vontade das partes. Sob um certo ângulo, poderia reputar-se esse requisito como abrangido na imprevisibilidade.

137. No entanto, a expressa referência ao tema destina-se a excluir a aplicação da teoria da imprevisão nas hipóteses em que a conduta de uma das partes acarretou a consumação do dano.

IV.7.4 - *Grave modificação das condições do contrato*

138. A terceira exigência no Direito Francês é a modificação relevante e nociva das condições do contrato, como decorrência dos eventos imprevisíveis. RIVERO e JEAN WALINE afirmam que:

> *"o desaparecimento do lucro do contratado, a existência de um prejuízo não são suficientes: é necessário que a gravidade e a persistência de um prejuízo excedam aquilo que o contratado podia e devia razoavelmente prever".* [11]

IV.7.5 - *Ausência de impedimento absoluto*

139. Somente se aplica a teoria da imprevisão no Direito Francês quando o evento superveniente não apresenta cunho de definitividade absoluta, pois isso imporia a extinção do contrato por força maior. Não se admite que um serviço público economicamente deficitário, inviável porque incapaz de gerar resultados proveitosos, seja mantido por via da teoria da imprevisão.[12]

---

[10] RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, cit., p. 1.165.
[11] *Droit Administratif*, cit., p. 132.
[12] PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie*, Paris: Dalloz, 1998, p. 620.

IV.7.6 - *A aplicação compulsória da teoria da imprevisão*

140. Tal como reconhecido na jurisprudência francesa, a teoria da imprevisão é de ordem pública e sua aplicação deverá fazer-se ainda quando o edital explicitamente determinar que o preço pactuado não é revisável.[13]

IV.7.7 - *Os efeitos da aplicação da teoria*

141. Quando caracterizados os pressupostos de aplicação da teoria, a solução preferencial consistirá numa indenização pelo poder concedente em favor do concessionário.

142. Ou seja, a solução imediata no Direito Francês não reside na modificação da tarifa. Mas, como as partes deverão encontrar uma solução amigável a propósito, a elevação da tarifa não é uma solução vedada no ordenamento francês.

143. No impasse entre as partes, a fixação da indenização será atribuída ao magistrado, a quem cabe realizar uma avaliação dos resultados já obtidos pelo particular anteriormente e repartir entre as partes os efeitos dos fatos imprevisíveis.

144. Não existem regras precisas acerca do montante da indenização. Em princípio, é usual no Direito Francês que a indenização corresponda a 90% ou 95% dos danos extraordinários.

IV.8 - Teoria do caso fortuito e de força maior

145. No Direito Francês, quando os eventos supervenientes tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes.

V - O modelo brasileiro de contratação administrativa

146. As concepções vigentes no Brasil sobre o tema são muito distintas daquelas adotadas na concepção francesa.

V.1 - A relevância à equação econômico-financeira do contrato

147. O conceito de *equação* (ou *equilíbrio*) *econômico-financeiro* do contrato administrativo desempenha uma função organizadora de todos os diferentes aspectos do regime de execução do contrato administrativo.[14] Essa

---

[13] LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 839.

[14] O tema foi objeto de considerações por parte de toda a doutrina, inclusive deste parecerista Essas manifestações foram publicadas em periódicos especializados, ao longo dos últimos anos

solução deriva inclusive da aplicação de princípios e regras constitucionais sobre o tema.

V.1.1 - *A equação econômico-financeira*

148. Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correlatividade.

149. Essa noção se encontra na origem do instituto do "equilíbrio econômico-financeiro" (também denominado de "equação econômico-financeira") do contrato administrativo.

150. A expressão indica uma espécie de "relação" entre "encargos" e "vantagens" que o contrato administrativo gera para as partes. Significa que, em um contrato administrativo, os "encargos" correspondem (equivalem, são iguais), às "vantagens" – não numa acepção aritmética, mas como reflexo do posicionamento das partes.

151. A expressão "equilíbrio" esclarece que o conjunto dos "encargos" é a contrapartida do conjunto das "vantagens", de molde a caracterizar uma "equação".

V.1.2 - *Os encargos e as vantagens*

152. Utilizam-se os vocábulos "encargos" e "vantagens" para esclarecer que se tomam em conta todos os ângulos jurídicos das prestações impostas às partes.

153. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro abrange não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.

154. O mesmo se passa com a questão dos "encargos".

V.2 - <u>Intangibilidade</u> <u>da</u> <u>equação</u> <u>econômico-financeira</u>

155. Um princípio fundamental do direito dos contratos administrativos no Brasil reside na intangibilidade da equação econômico-

---

(*Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real*, ILC - Informativo Licitações e Contratos, Zênite, nº 8, outubro/1994, pp. 475-487; *Contrato Administrativo - Obra Pública - Elevação de Carga Fiscal - Equilíbrio Econômico-Financeiro*, Boletim de Licitações e Contratos, dezembro/1996, nº 12, pp. 590-596; *Limites às Alterações de Contratos Administrativos*, ILC, Informativo Licitações e Contratos, agosto/97, nº 42, pp. 605/612; *Reajuste de preços e garantias constitucionais*, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, março/1999, nº 61, pp. 165-176).

financeira. Toda doutrina refere-se à questão.[15]

V.2.1 - *A preservação da relação original*

156. É vedado alterar a relação original estabelecida entre os encargos e as vantagens produzidos pelo contrato administrativo para o particular. Essa fórmula exige maior esclarecimento, para evitar dúvidas.

157. A intangibilidade da equação econômico-financeira abrange apenas os efeitos patrimoniais da contratação. Não se trata de impedir a modificação do conteúdo das prestações fixadas contratualmente. O que se veda é modificar a relação de natureza econômica entre encargos e vantagens. Portanto, a intangibilidade da equação econômico-financeira não indica a imutabilidade das condições contratadas.

V.2.2 - *A mutabilidade do contrato administrativo*

158. Aliás, é da essência do contrato administrativo justamente o oposto. Uma das características mais notáveis do regime jurídico dos contratos administrativos consiste na possibilidade de modificações unilaterais por parte da Administração. Isso se retrata no art. 58, inc. I, da Lei 8.666.

V.2.3 - *Alteração do contrato e a recomposição da equação*

159. Deve ter-se em vista que a ressalva final aposta na redação do dispositivo (*"... respeitados os direitos do contratado"*) relaciona-se precisamente com o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. O contratado não tem direito de opor-se à alteração unilateral do contrato, mas pode exigir que a equação econômico-financeira seja mantida inalterada.

V.2.4 - *A disciplina da Lei 8.987*

160. No âmbito das concessões, o tema está disciplinado no art. 9°, § 4°, da Lei 8.987 *("Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração").*

---

[15] Por todos, pode-se referir a clássica obra de CAIO TÁCITO, que se constituiu em sua tese de cátedra em 1960, *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, reproduzida em *Temas de Direito Público*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 199-255 (texto acima já referido). Esse trabalho apresenta relevância marcante no desenvolvimento do pensamento jurídico nacional. Aliás, a CAIO TÁCITO se devem colaborações fundamentais no âmbito da disciplina do setor energético.

V.3 - A disciplina consagrada na Lei 8.666

161. O art. 65, inc. II, al. "d", da Lei 8.666 contempla regras básicas sobre a preservação da equação econômico-financeira nos contratos administrativos. Essa disciplina é prevista especificamente para os contratos de compra, alienação e serviços, mas essas regras são extensíveis aos contratos de concessão de serviço público.

V.3.1 - *A disciplina do art. 65, inc. II, al "d", da Lei 8.666*

162. A Lei 8.666 consagrou uma disciplina ampla e abrangente, destinada a diferenciar os riscos assumidos por cada parte nos contratos administrativos e o tratamento a ser adotado relativamente às hipóteses de consumação do evento danoso.

163. A matéria está disciplina especificamente no art. 65, inc. II, al. "d", da referida Lei 8.666, assim redigido:

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

V.3.2 - *A sistematização fundamental*

164. A Lei 8.666 contempla a distinção entre riscos ordinários e extraordinários, que pode ser aplicada genericamente aos eventos verificados durante a execução de qualquer contrato administrativo.

165. Em se tratando de contratos de concessão de serviço público, existe uma margem mais ampla para alocação dos riscos. Mas devem ser observadas as regras essenciais consagradas no dispositivo em referência.

V.4 - A distinção entre riscos ordinários e extraordinários

166. Um dos pilares da disciplina legal consiste na diferenciação

entre riscos ordinários e riscos extraordinários.

V.4.1 - *Os riscos ordinários*

167. São riscos ordinários aqueles inerentes ao desenvolvimento de uma atividade empresarial ou profissional específica. Envolvem as despesas produzidas pelos eventos previsíveis e de consequências previamente estimáveis. Abrangem inclusive eventos dotados de um grau de incerteza e indeterminação, mas que se caracterizam como usualmente verificados na atividade.

168. A normalidade de tais custos e despesas, que são inerentes ao desenvolvimento de uma atividade empresarial determinada, conduz ao reconhecimento pela Lei 8.666 de que a solução mais eficiente é alocação do risco de sua ocorrência para o particular contratado.

V.4.2 - *Os riscos extraordinários*

169. Existem outros eventos que são extraordinários, na acepção de que sua ocorrência não é inerente a uma atividade empresarial determinada. São eventos que impedem ou agravam a exploração da atividade, sem que a sua ocorrência seja inerente à natureza ou às circunstâncias em que ela se desenvolve.

170. Aí se enquadram os eventos, oriundos ou não da Natureza, cuja ocorrência é insuscetível de previsão ou de controle por parte dos agentes econômicos.

171. A Administração deve manter a responsabilidade pelos custos extraordinários. Sobre o tema, GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNANDEZ afirmam que essa solução se destina a:

> *"evitar um encarecimento desnecessário da contratação pela via da repercussão no preço contratual dos prêmios de seguros que, de outra forma, o contratado será obrigado a ajustar para cobrir estes riscos. O grande volume econômico de uma contratação constante e massiva torna mais vantajoso para a Administração o autosseguro desses riscos extraordinários, nos termos da lei atuarial dos grandes números, do que o pagamento repetitivo de múltiplos prêmios de seguro".* [16]

---

[16] *Curso de Direito Administrativo*, v. 1, revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal – São Paulo: RT, 2014, p. 744.

V.5 - A disciplina dos riscos extraordinários

172. O art. 65, inc. II, al. "d", da Lei 8.666 explicita o universo dos eventos configurados como risco extraordinário.

V.5.1 - *O elenco dos eventos abrangidos no risco extraordinário*

173. São eles os fatos abrangidos na teoria da imprevisão, aqueles que configurem caso fortuito ou de força maior e os que se classifiquem como fato do príncipe.

V.5.2 - *A distinção marcante e fundamental*

174. Uma peculiaridade marcante do direito brasileiro reside em que o referido art. 65 da Lei 8.666 adota tratamento uniforme e homogêneo para todos os eventos que configurem risco extraordinário.

175. Ou seja, é assegurada a recomposição da equação econômico-financeira em virtude da ocorrência de qualquer desses eventos. Mais do que isso, o tratamento jurídico é o mesmo. Não é relevante a qualificação do evento para a determinação do tratamento jurídico aplicável.

176. Por exemplo, um caso de fato do príncipe no direito francês produz efeitos jurídicos diversos de um caso de teoria da imprevisão. Já no Brasil, a disciplina jurídica é exatamente a mesma.

177. É relevante examinar com maior profundidade o tratamento do direito brasileiro relativamente a cada uma das hipóteses previstas no dito art. 65 da Lei 8.666.

V.6 - O caso fortuito e de força maior

178. O direito brasileiro adota um conceito de caso fortuito e de força maior diverso daquele vigente no direito francês.

V.6.1 - *A identificação da figura*

179. No direito brasileiro, a expressão abrange, de modo amplo, os eventos oriundos da Natureza ou da sociedade, cuja ocorrência seja dotada de grande anomalia, tornando significativamente mais onerosa, se não impossível, a execução da prestação. Estão compreendidos eventos caracterizados pela imprevisibilidade e ausência de precedentes, tal como aqueles cujos efeitos são inevitáveis.[17]

---

[17] O instituto é largamente conhecido e não há necessidade de maior aprofundamento sobre o

V.6.2 - *O tratamento específico do direito brasileiro*

180. Uma distinção marcante do direito brasileiro relativamente ao francês reside em que o caso fortuito ou de força maior pode configurar tanto causa de desequilíbrio da equação econômico-financeira como evento que acarreta a extinção do contrato.

181. Como visto, o art. 65, inc. II, "d", da Lei 8.666 refere-se ao caso fortuito e de força maior como causa de alteração contratual. Mas o art.78, inc. XVII, da Lei 8.666, determina o seguinte:

> *"Constituem motivo para rescisão do contrato:*
>
> *...*
>
> *XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato".*

182. A conjugação dos dois dispositivos legais da Lei 8.666 evidencia que, se o evento acarretar impedimento à execução do objeto, haverá a extinção do contrato. No entanto, se a ocorrência implicar efeitos nocivos sobre a execução da prestação, caberá introduzir modificações na contratação para promover a recomposição da relação original entre encargos e vantagens.

V.6.3 - *A solução adotada no direito francês*

183. Como visto, o direito francês prevê que se configura o caso fortuito ou de força maior somente nas hipóteses impeditivas da viabilidade da execução do objeto. Se o efeito do evento acarretar a elevação de custos para a execução da prestação, caberá aplicar a teoria da imprevisão.

V.7 - <u>O fato do príncipe</u>

184. O fato do príncipe compreende todos os eventos provenientes do Estado,[18] dotados de licitude e de cunho geral, mas que produzem efeitos específicos relativamente à execução da concessão,

---

tema. No entanto, podem ser referidas as lições clássicas de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958 e HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro,* 16. ed., São Paulo: RT, 1991, pp. 215-216.

[18] Existe divergência doutrinária sobre um aspecto. Alguns afirmam que o fato do príncipe somente abrange atos provenientes da própria entidade estatal a que se vincula o particular. Os atos provenientes de entidades diversas seriam enquadrados na teoria da imprevisão. Outra corrente sustenta ser irrelevante a órbita estatal a que se vincula a autoridade que emitiu a determinação. Essa é a posição preferida pelo signatário, em vista das peculiaridades do Direito brasileiro.

tornando-a mais onerosa ou menos vantajosa do que originalmente previsto.[19]

V.7.1 - *A amplitude dos efeitos da providência*

185. O reconhecimento da existência do fato do príncipe não é afastado pela circunstância de se tratar de providência aplicável à generalidade dos sujeitos. Muito pelo contrário, essa característica é inerente ao conceito de fato do príncipe. A questão essencial reside não na generalidade da abrangência da medida, mas na eficácia nociva diferenciada relativamente ao concessionário.

V.7.2 - *A irrelevância da origem da providência*

186. No direito brasileiro, diversamente do que se passa no direito francês, é irrelevante a identidade da autoridade estatal que emite a providência. A questão apresenta grande relevância, especialmente porque o Brasil é uma federação, enquanto a França se constitui em estado unitário.

187. Se a concepção francesa fosse adotada no Brasil, uma inovação normativa produzida por ente federativo distinto daquele que é parte no contrato administrativo não seria enquadrada como fato do príncipe.

V.7.3 - *A disciplina da variação tributária e suas implicações*

188. Até por conta do aspecto anterior, é relevante destacar que o art. 65 da Lei 8.666 alude à alteração da carga tributária, dando-lhe tratamento de fato do príncipe. A redação do dispositivo é a seguinte:

> *"§ 5° Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso".*

189. Essa regra evidencia a irrelevância da esfera federativa originadora do evento. A repercussão do evento externo (elevação ou redução da carga tributária) será analisada no relacionamento específico entre as partes contratantes.

V.7.4 - *A compensação precisa e exata*

190. Mais ainda, o dispositivo determina que a variação da carga

---

[19] O instituto do fato do príncipe também dispensa aprofundamento. Se necessário, podem ser examinadas as obras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 214 e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 264.

tributária acarretará a revisão dos preços contratados. Portanto, é afastada a solução de uma indenização correspondente ao montante dos efeitos da alteração tributária.

191. Além disso, foi estabelecido que a revisão do preço deve ser equivalente ao montante dos efeitos ("para mais ou para menos") da variação da carga.

192. Aliás e se alguém duvidasse dessa interpretação, bastaria considerar a hipótese de redução da carga tributária. Ninguém ousaria negar que, ocorrendo a diminuição da incidência tributária, impor-se-ia a redução da remuneração do concessionário. Não caberia afirmar que a somente ocorreria a diminuição da referida remuneração quando a redução do tributo fosse "significativa".

V.8 - Os fatos imprevisíveis

193. A teoria da imprevisão compreende eventos ocorridos nos domínios social e econômico, dotados de carga extraordinária de anormalidade, que produzem efeitos de elevação da onerosidade ou de impossibilidade quanto à execução da prestação.[20]

V.8.1 - *A distinção como caso fortuito ou de força maior*

194. O instituto da imprevisão não se confunde com a figura do caso fortuito e de força maior, que se relaciona à consumação de um evento determinado e específico, diferenciável do conjunto das ocorrências verificadas no plano econômico.

195. A teoria da imprevisão relaciona-se com uma alteração no processo econômico, cujas causas podem ser diversas e variadas. Assim, por exemplo, um terremoto enquadra-se como caso fortuito e de força maior. A elevação de preços derivada de um conflito militar pode ser reconduzida à teoria da imprevisão.

V.8.2 - *O tratamento para a inflação (eventos de efeitos não estimáveis)*

196. Também é necessário destacar que o art. 65 da Lei 8.666 engloba na teoria da imprevisão os eventos futuros que, embora previsíveis,

---

[20] Sobre a teoria da imprevisão, confiram-se as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 686 e ss.; ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Curso de Direito Administrativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 345-346.

comportem efeitos não estimáveis. Essa hipótese compreende especificamente a desvalorização da moeda.

197. A questão apresenta relevo para a compreensão do tratamento jurídico estabelecido para a teoria da imprevisão.

V.8.3 - *O tratamento jurídico para a teoria da imprevisão*

198. O tratamento no direito brasileiro para a teoria da imprevisão não se confunde com aquele previsto no direito francês. No Brasil, os efeitos da imprevisão repercutem de modo integral no tocante à remuneração do particular. Não se cogita de uma partilha entre as partes dos efeitos da imprevisão.

199. Essa solução fica evidente no tratamento da inflação. Antes da edição do Plano Real, havia a indexação dos preços contratuais. Depois, passou a prevalecer a regra de que o particular tem o dever de estimar as variações inflacionárias dos próximos doze meses. A partir daí, os preços são objeto de reajuste no valor exato da variação do indexador.

200. Ou seja, não se cogita de uma solução de "onerosidade excessiva" da inflação. Não se atribui ao particular que arque com uma parcela da desvalorização monetária. É a ele assegurada a recomposição **total** e **integral** da perda do valor nominal da moeda – nos exatos termos da inflação identificada por meio do índice.

V.9 - A partilha de riscos nas concessões de serviço público

201. A disciplina das concessões não elimina a distinção teórica entre riscos ordinários e extraordinários. Nem afasta o postulado geral de que os riscos ordinários devem ser alocados para o concessionário e os extraordinários para o Poder Concedente.

V.9.1 - *Ainda a questão dos custos de transação*

202. As normas do art. 65, II, "d", da Lei 8.666 orientam-se a promover a redução dos riscos de transação nas contratações administrativas. A distinção entre riscos "ordinários" e "extraordinários" é aplicável ao âmbito das concessões de serviço público. Assim se passa, de modo específico, relativamente aos eventos não gerenciáveis pelo concessionário.

V.9.2 - *A explícita previsão do art. 124 da Lei 8.666*

203. Anote-se que o art. 124 da Lei 8.666 expressamente aludiu à

aplicabilidade de suas normas às concessões de serviço público. O dispositivo tem a seguinte redação:

> *"Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto".*

204. A questão da alocação dos riscos, tal como disciplinada na Lei 8.666, é plenamente compatível com a disciplina do tema no âmbito das concessões de serviço público.

205. O ponto diferencial reside em que a abrangência dos riscos ordinários é muito maior no âmbito das concessões de serviço público. Assim se passa porque o concessionário é investido do poder-dever quanto a escolhas na configuração do empreendimento, execução de obras e serviços e assim por diante.

206. No entanto, os efeitos dos eventos danosos supervenientes, quando enquadrados como risco do Poder Concedente, são disciplinados em termos equivalentes àqueles previstos na Lei 8.666.

V.9.3 - *A omissão legislativa da Lei 8.987*

207. Essa interpretação é corroborada pela constatação da ausência de disciplina legislativa específica sobre o tema dos riscos ordinários e extraordinários no âmbito da Lei Geral de Concessões. O diploma não contempla regras próprias, de cunho diferenciado, sobre o assunto.

208. Ademais, o artigo 10 da Lei 8.987 remete ao contrato ("sempre que forem atendidas as condições do contrato") para a definição do equilíbrio econômico-financeiro. Quando determinado risco não estiver expressamente alocado a uma das partes pelo instrumento contratual, o intérprete deve se socorrer da legislação de regência (em caso de riscos extraordinários, o artigo 65, II, al. d, da Lei 8.666) para solucionar a questão.

V.9.4 - *A adoção de sistemáticas flexíveis diferenciadas (dinâmicas)*

209. O entendimento também não é incompatível com o reconhecimento da viabilidade de uma disciplina específica diferenciada, orientada a consagrar uma equação econômico-financeira dinâmica.

210. Essa questão relaciona-se com mecanismos destinados a incentivar a eficiência e a assegurar mecanismos para revisões ordinárias.

V.9.5 - *A preservação do modelo de revisão extraordinária*

211. A adoção de modelos diferenciados no âmbito das concessões de serviço público não acarreta a supressão da figura da revisão extraordinária, destinada especificamente a promover os ajustes necessários em vista de eventos extraordinários – cuja alocação recai necessariamente sobre o Poder Concedente.

V.9.6 - *As concessões de energia elétrica: os riscos extraordinários*

212. As concessões de energia elétrica contemplam soluções de compartilhamento dos ganhos de eficiência. Aliás, essa determinação consta expressamente no art. 14, inc. IV, da Lei 9.427, nos seguintes termos:

> *"O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:*
>
> *...*
>
> *IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade"*.

213. Não existe qualquer previsão legislativa ou infralegislativa (regulamentar ou contratual) determinando que os eventos extraordinários – especialmente aqueles que configurem caso fortuito ou de força maior ou fato do príncipe – seriam alocados à responsabilidade do concessionário.

214. Muito pelo contrário, a própria sistemática da revisão ordinária determina a desconsideração dos eventos não subordinados à influência do concessionário. Essa solução comprova e reafirma que a álea extraordinária é arcada exclusivamente pelo Poder Concedente.

VI - O descabimento da ressalva atinente à "onerosidade excessiva"

215. A longa exposição anterior evidencia o descabimento de condicionar a recomposição da equação econômico-financeira de concessão de distribuição de energia elétrica à comprovação de "onerosidade excessiva" produzida pelo evento danoso.

VI.1 - Os pressupostos para nascimento do direito à revisão

216. A ocorrência de evento danoso, configurando caso fortuito ou de força maior ou fato do príncipe, que altere a relação original entre encargos e vantagens pactuada entre as partes, é suficiente para desencadear o direito do concessionário à revisão contratual.

VI.1.1 - *A ocorrência inquestionável de caso fortuito ou de força maior*

217. No caso concreto, não existe controvérsia quanto à consumação de caso fortuito ou de força maior. A ocorrência da pandemia se constitui em evento não subordinado à vontade humana, insuscetível de controle ou prevenção, que produziu efeitos nocivos sobre o contrato. Tais efeitos compreendem tanto a redução de vantagens, tal como a elevação de encargos.

218. Existem diversas manifestações formais nesse sentido, tal como acima referido.

VI.1.2 - *A ocorrência inquestionável de fato do príncipe*

219. Por outro lado, também é inquestionável a verificação de fato do príncipe. As determinações de cunho geral, editadas pelo Poder Público, também afetaram a relação original avençada entre as partes.

220. O entendimento quanto à verificação do evento também foi admitido em diversas oportunidades.

VI.2 - A suficiência das ocorrências

221. De acordo com o direito vigente no Brasil, os eventos ocorridos e acima referidos são suficientes para a configuração da quebra da equação econômico-financeira e para o nascimento do direito do concessionário a obter a revisão contratual.

VI.2.1 - *A ausência de condicionamento adicional*

222. Nenhum dispositivo constitucional ou legal condiciona a revisão tarifária a que o evento danoso superveniente – seja caso fortuito ou de força maior ou fato do príncipe –, produza onerosidade “excessiva” para o concessionário.

VI.2.2 - *A ausência de limitação à revisão tarifária*

223. Aliás, há dispositivos de revisão de preços impondo que a revisão deverá tomar em vista a repercussão integral dos eventos danosos.

224. Tal como exposto, assim se passa com os reajustes de preços decorrentes da inflação. O mesmo ocorre com a variação da carga tributária.

225. Em nenhuma hipótese, existe condicionamento à consumação de efeitos relevantes e significativos, aptos a configurar

"onerosidade excessiva".

VI.2.3 - *A atribuição integral do risco extraordinário ao poder concedente*

226. Na sistemática jurídica brasileira, o risco extraordinário é atribuído de modo integral ao poder concedente. Não existe previsão normativa alguma estabelecendo que, consumado evento danoso abrangido no risco extraordinário, a totalidade dos efeitos nocivos seria arcada pelo concessionário. Não há nem mesmo a previsão de que as repercussões negativas do evento danoso extraordinário seriam compartilhadas entre as partes.

VI.3 - Ainda a sistemática da contratação administrativa

227. A sistemática da contratação administrativa no Brasil não é compatível com a figura da "onerosidade excessiva".

VI.3.1 - *A disciplina legislativa sobre contratação*

228. A disciplina legislativa não apenas não contempla a figura da onerosidade excessiva relativamente à revisão extraordinária. Mais ainda, essa solução é incompatível com a estruturação das outorgas.

VI.3.2 - *A fixação da menor remuneração possível*

229. O postulado fundamental da contratação administrativa reside no estabelecimento da menor remuneração possível para o particular contratado. De modo genérico, essa solução é obtida por meio de um procedimento licitatório prévio à contratação.

230. No entanto e mesmo nas hipóteses em que a outorga da concessão não tenha sido precedida de licitação, há procedimentos orientados a reduzir a remuneração aos parâmetros máximos de eficiência.

VI.3.3 - *A presunção absoluta da remuneração mínima possível*

231. Portanto, existe uma presunção absoluta no sentido de que a remuneração prevista em favor da concessionária se constitui no mínimo necessário à prestação do serviço. Bem por isso, é vedado à concessionária pleitear a elevação de sua remuneração de modo independente da consumação de evento superveniente nocivo.

VI.3.4 - *A ocorrência de evento nocivo e o direito da concessionária*

232. Por outro lado, a ocorrência de evento superveniente nocivo, enquadrado no âmbito da álea extraordinária, **assegura** à concessionária o direito à revisão extraordinária.

VI.4 - A sistemática da revisão ordinária

233. Por outro lado, todo e qualquer ganho de eficiência da concessionária destina-se a ser apropriado pelo Poder Concedente por meio do mecanismo da revisão ordinária.

VI.4.1 - *A figura da revisão ordinária*

234. No âmbito das concessões do setor elétrico, prevalece um mecanismo jurídico orientado a promover a compressão das tarifas e a incentivar a ampliação da eficiência. Trata-se da revisão ordinária.

235. Como é notório, a revisão ordinária comporta uma solução (fator X), destinado a incentivar ganhos de eficiência mediante um redutor da remuneração tarifária. Existem critérios e paradigmas para o cálculo do fator X.

236. Ressalte-se que essa sistemática envolve os fatores empresariais suscetíveis de controle e interferência por parte da concessionária.

VI.4.2 - *O descabimento de adoção de mecanismo indireto*

237. A admissão de reduções de vantagens e elevação de encargos, sob a rubrica de “onerosidade não excessiva”, corresponderia a um mecanismo indireto de redução da remuneração da concessionária e de ampliação de seus encargos.

238. Em outras palavras, a avaliação discricionária de uma “onerosidade não excessiva” corresponderia a um mecanismo para alterar a relação original estabelecida entre as partes.

239. Essa solução produziria danos irreparáveis às concessionárias, especialmente tomando em vista a inviabilidade da adoção de qualquer providência para neutralizar os efeitos da pandemia.

240. Ou seja, a solução de imputar à concessionária a totalidade ou uma parcela dos efeitos nocivos decorrentes da álea extraordinária é incompatível com o próprio modelo de revisão vigente no setor elétrico. Esse modelo caracteriza-se pela adoção de providências de incentivo a ganhos de eficiência, sem que isso compreenda medidas punitivas por fatos alheios à interferência da concessionária.

VI.5 - O descabimento da expropriação da margem de lucro

241. Nem se contraponha que a concessionária deveria arcar com os efeitos da onerosidade “não excessiva” por meio da redução de sua margem

de lucro.

VI.5.1 - *A garantia à intangibilidade da margem de lucro*

242. A margem de lucro do empreendimento se constitui em garantia intangível, que somente pode ser modificada com a concordância do particular. O dimensionamento da margem de lucro envolve o chamado "custo de oportunidade", consistente na avaliação realizada pelo sujeito quanto às diversas alternativas disponíveis no mercado para a aplicação de seus recursos e esforços.

VI.5.2 - *A imposição do art. 58, § 1°, da Lei 8.666*

243. Esse entendimento encontra-se consagrado formalmente no art. 58, § 1°, da Lei 8.666, assim redigido:

> *"As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado".*

VI.5.3 - *A redução superveniente da margem de lucro e seus efeitos*

244. Eventual admissão da redução da margem de lucro do sujeito por imposição unilateral da Administração, em momento posterior à contratação, implica a eliminação da segurança jurídica. Significa a ausência de observância das condições contratuais essenciais, relacionadas com a concepção econômico-financeira do empreendimento.

VI.5.4 - *O evento danoso superveniente de natureza extraordinária*

245. Nem é cabível restringir a margem de lucro do particular ou ampliar os seus encargos em virtude de evento danoso superveniente não compreendido nos riscos a ele atribuídos. A consumação de evento imprevisível e de natureza extraordinária não autoriza a oneração do particular.

246. Afinal, se o referido risco tivesse sido alocado ao concessionário, ter-lhe-ia sido assegurada a adoção de providências e a fixação de remuneração destinada a compensar os efeitos danosos pertinentes.

VI.6 - Ainda o descabimento da vinculação ao direito francês

247. Enfim, não há cabimento em invocar o direito francês para aplicar o conceito de onerosidade excessiva relativamente a contratos administrativos regidos pelo direito administrativo brasileiro.

VI.6.1 - *A negativa de vigência do direito brasileiro*

248. Como já referido, não existe em nenhuma passagem do

direito administrativo positivo brasileiro a previsão quanto à onerosidade excessiva. Mais especificamente, não há previsão de que a Administração Pública somente arcará com os efeitos danosos de eventos extraordinários quando configura uma onerosidade excessiva.

249. Portanto, a aplicação do direito francês implica a negativa de vigência ao direito brasileiro. Trata-se de submeter contratos administrativos pactuados no Brasil ao direito vigente em país estrangeiro. Essa solução infringe a soberania nacional, ignora a Constituição e implica o desmerecimento à lei e aos contratos subordinados ao direito brasileiro.

VI.6.2 - *A aplicação restrita à teoria da imprevisão*

250. Ainda que de passagem, cabe apontar que a questão da onerosidade excessiva surge no direito administrativo francês relativamente à hipótese da teoria da imprevisão. Não é aplicável aos casos de força maior e de fato do príncipe.

VII - O descabimento da aplicação do Código Civil

251. Também não há fundamento para aplicar ao caso a disciplina do Código Civil.

VII.1 - As normas do Código Civil

252. O Código Civil veicula normas destinadas a disciplinar contratos avençados entre partes no exercício da autonomia de vontade. Esse modelo é incompatível com as contratações administrativas.

VII.1.1 - *A inaplicabilidade do Código Civil aos contratos administrativos*

253. Os contratos administrativos em sentido restrito (tal como a concessão de serviço público) não se sujeitam às normas do Código Civil. São disciplinados pelas normas específicas, que consagram um regime jurídico diferenciado – consagrado nas Leis 8.666, 8.987 e outras.

254. Um aspecto fundamental reside em que a Administração não é investida da autonomia para avençar contratos segundo o seu alvedrio. A Administração é titular de competências de natureza funcional. Isso implica em poderes-deveres de natureza instrumental, vinculados à realização de fins de interesse coletivo.

255. Daí se segue que as normas pactuadas num contrato administrativo refletem as imposições do princípio da República, da legalidade

e da eficiência – quando menos.

256. Diversamente se passa no âmbito das contratações privadas, em que as partes são investidas da autonomia para pactuarem as contratações segundo critérios de conveniência subjetiva.

VII.1.2 - *A disciplina da contratação administrativa*

257. As normas de direito administrativo contemplam competências anômalas[21] em favor da Administração Pública, tal como previsto basicamente no art. 58 da Lei 8.666. Ademais, existem normas específicas relativamente à partilha de riscos, que deve obrigatoriamente atender ao princípio da eficiência.

VII.1.3 - *A recomposição da equação econômico-financeira*

258. A contratação administrativa subordina-se a regime de recomposição da equação econômico-financeira. Verificando-se um evento superveniente extraordinário, serão aplicadas normas específicas. Assim se passa porque, em princípio, todos os riscos de natureza extraordinária são alocados à Administração.

VII.2 - A disciplina dos arts. 478 a 480 do Código Civil

259. De modo mais específico, é cabível examinar mais aprofundadamente as regras do Código Civil.

VII.2.1 - *As regras legais*

260. O tema da onerosidade excessiva foi objeto de disciplina em dispositivos do Código Civil, tal como adiante transcritos:

> *"Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*
>
> *Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.*

[21] Utiliza-se comumente as expressões "prerrogativas extraordinárias" ou "poderes exorbitantes" para indicar as competências diferenciadas conferidas à Administração Pública nos contratos administrativos em sentido restrito. Opta-se pela terminologia "competências anômalas" para enfatizar que tais poderes ou prerrogativas são competências instituídas e delimitadas pela lei. Para um aprofundamento do tema, confira-se *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: RT, 2018, p. 400 e ss.

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

VII.2.2 - *A autonomia para assunção e alocação de riscos*

261. Essas normas refletem as peculiaridades da contratação privada, em que as partes são investidas de autonomia para assunção de riscos e para a sua alocação, segundo parâmetros não suscetíveis de controle.

262. Logo, é lícito ao sujeito privado assumir riscos de modo ilimitado e ineficiente. Cabe a ele arcar com os benefícios e eventuais prejuízos daí derivados.

263. Por isso, o Código Civil apenas adota uma solução nas hipóteses em que a solução escolhida livremente pelas partes conduzir a um resultado eticamente questionável.

VII.2.3 - *O enriquecimento indevido da outra parte*

264. Justamente por isso, o art. 478 alude não apenas à onerosidade excessiva, mas também à "extrema vantagem" para a outra parte.

265. Ou seja, a solução adotada destina-se a evitar não apenas um prejuízo desproporcional para uma das partes, mas também o benefício injustificável para a outra.

VII.2.4 - *Ainda a partilha dos riscos nas contratações administrativas*

266. Nas contratações administrativas, existe a distribuição dos riscos entre as partes. Essa alocação não é condicionada a limites – ressalvadas as hipóteses em que as partes deliberam em sentido contrário.

267. Como regra, o risco ordinário é assumido na sua integralidade pelo particular, enquanto a álea extraordinária é atribuída de modo integral à Administração.

268. Portanto, somente se poderia cogitar de algum limite à responsabilização da parte se existisse uma explícita previsão nesse sentido.

VII.3 - A inviabilidade da aplicação do art. 478 do Código Civil

269. O exame da regra prevista no art. 478 do Código Civil evidencia a sua incompatibilidade com um contrato de concessão, especialmente no caso concreto.

VII.3.1 - *A questão do enriquecimento indevido para a outra parte*

270. A onerosidade excessiva, que fosse reconhecida em relação

à execução das obrigações do concessionário, dificilmente envolveria um enriquecimento injustificável para a "outra" parte.

271. Assim se passa porque a prestação do serviço público não se traduz na incorporação de uma vantagem no patrimônio do usuário. Em muitos casos, nem se cogita da referida situação.

272. Aliás, esse é o problema verificado no caso concreto. A redução radical das receitas das concessionárias não envolveu qualquer espécie de vantagem para os usuários ou para o Poder Concedente.

VII.3.2 - *A solução adotada: a encampação*

273. Por outro lado, a verificação da onerosidade excessiva atribui à parte devedora o direito de pedir a resolução do contrato. Se tal regra fosse aplicável às concessões, ter-se-ia de admitir o direito do concessionário a obter a resolução do contrato.

274. Isso significaria o direito a obter, de modo compulsório, a encampação da concessão, que é a única figura prevista na legislação de direito administrativo compatível com a hipótese examinada.

275. A extinção do contrato por encampação encontra-se disciplinada no art. 37 da Lei 8.987, assim redigida:

> *"Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior"*.

276. Por decorrência, caberia promover a imediata cessação da prestação do serviço e a indenização prévia pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados. Evidentemente, essa solução não é compatível com direito administrativo.

VIII - A questão da vedação ao corte do fornecimento de energia

277. Um aspecto específico que merece destaque reside na vedação ao corte do fornecimento de energia elétrica, em hipótese de ausência de pagamento da tarifa devida.

VIII.1 - A disciplina prevista originalmente

278. A suspensão da prestação do serviço público em caso de inadimplemento do pagamento da tarifa se constitui em uma característica do regime jurídico da concessão.

VIII.1.1 - *A Lei 8.987*

279. O art. 6°, § 3°, II, da Lei 8.987 admitiu formalmente que a ausência de pagamento da tarifa acarrete a interrupção da prestação do serviço público. A regra tem a seguinte redação:

> *§ 3° 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".*

VIII.1.2 - *A Lei 9.427*

280. A Lei 9.427 admitiu implicitamente a solução do corte de energia em hipótese de não pagamento. O art. 17 determina o seguinte:

> *"A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual".*

281. A autorização para suspensão do fornecimento a um consumidor que preste serviço público ou essencial implica reconhecer a legitimidade dessa prática. Mais do que isso, permite inferir que a suspensão poderá ser praticada inclusive em relação a consumidores que não prestem serviço público ou essencial. Não teria cabimento admitir a suspensão de fornecimento apto a colocar em risco a prestação de outros serviços públicos ou essenciais e negar o seu cabimento relativamente a consumidores em situação comum.

VIII.1.3 - *A decisão do STJ no REsp 1.270.339*

282. O tema foi objeto de exame do STJ, que firmou entendimento quanto à legitimidade da suspensão do fornecimento da energia elétrica em caso de inadimplemento do consumidor. Veja-se o seguinte julgado:

> *"2. O Superior Tribunal de Justiça considera legítima a interrupção do fornecimento de energia elétrica ... ou ainda, em virtude do inadimplemento do usuário, quando houver o devido aviso prévio pela concessionária sobre o possível corte no fornecimento do serviço"* (REsp 1.270.339, 1.ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15.12.2016, *DJe* 17.2.2017).

VIII.1.4 - *A questão da dignidade humana e da essencialidade do serviço*

283. Ainda que de passagem, é relevante destacar que a orientação sobre o cabimento do corte em hipótese de ausência de pagamento

não colide com a tutela à dignidade humana, nem contradiz a essencialidade do serviço de energia elétrica.

284. O aspecto fundamental se relaciona com a sustentabilidade da concessão de serviço público. O fornecimento de energia elétrica implica custos de diversa ordem, que são arcados essencialmente mediante a cobrança de tarifas dos usuários. A ausência de pagamento da tarifa acarreta a redução da receita da concessionária e coloca em risco a continuidade do serviço para a generalidade da população.

285. Por isso, a solução para garantir aos carentes a fruição do serviço reside em mecanismos que assegurem a percepção pela concessionária da receita pertinente. Mais precisamente, não cabe à concessionária arcar com os custos pertinentes ao fornecimento de energia elétrica para os sujeitos vulneráveis: esse é um dever do conjunto da sociedade.

VIII.2 - O corte de energia e o pagamento das tarifas

286. O corte do fornecimento de energia elétrica se constitui na alternativa mais eficiente para assegurar a percepção pela concessionária da remuneração pertinente.

VIII.2.1 - *Ainda a essencialidade do serviço*

287. Ou seja, a fruição da energia elétrica é indispensável à satisfação das necessidades dos usuários. A suspensão dos serviços, em virtude da ausência de pagamento, constitui-se em incentivo à liquidação dos valores tarifários.

VIII.2.2 - *A vedação à suspensão do fornecimento*

288. A vedação à suspensão do fornecimento em caso de inadimplemento dos usuários produz efeito contrário. Elimina o incentivo ao adimplemento e se constitui em fator que induz a ausência de pagamento.

VIII.2.3 - *O poder de cortar o fornecimento como faculdade contratual*

289. Logo, o poder jurídico de promover o corte do fornecimento de energia elétrica aos sujeitos inadimplentes se constitui em faculdade contratual assegurada ao concessionário.

290. Mais precisamente, trata-se de um poder jurídico dotado de grande relevância para o concessionário. Tal como exposto, a suspensão do fornecimento é o mecanismo mais eficiente para assegurar a continuidade do

recebimento das tarifas.

VIII.3 - A suspensão do poder jurídico de corte

291. Entre as providências adotadas para enfrentar a pandemia, ocorreu a suspensão da faculdade de a concessionária de distribuição promover o corte da energia elétrica em caso de inadimplemento do consumidor.

VIII.3.1 - *O dever de continuidade de fornecimento*

292. A concessionária foi obrigada a manter o fornecimento do serviço **sem** perceber a remuneração devida. Isso produziu a redução significativa de suas receitas.

VIII.3.2 - *A providência equivalente à redução tarifária*

293. A determinação da obrigatoriedade da manutenção do fornecimento de energia ainda que sem a percepção da remuneração produziu efeito econômico equivalente à redução tarifária.

294. Significou a diminuição imediata do montante arrecadado pela concessionária. Ainda que se possa imaginar que a concessionária obterá o pagamento correspondente em algum momento futuro, a redução imediata e abrupta da arrecadação equivale à redução do valor da tarifa.

VIII.3.3 - *A questão do inadimplemento voluntário*

295. Não se olvide que o cenário propiciou inclusive o que se poderia denominar “inadimplemento voluntário”, consistente na suspensão do pagamento das tarifas inclusive por aqueles que dispunham de condições para realizá-lo. Não é cabível afirmar que o conjunto de inadimplentes teria sido composto apenas por aqueles em situação de carência econômica, ainda que se reconheça que o número de desempregados aumentou nesse período.

VIII.4 - Ainda a questão da essencialidade do serviço

296. Cabe reiterar que o problema econômico e jurídico acima exposto não envolve disputa sobre a essencialidade do serviço, nem comporta afastamento mediante o argumento da carência dos usuários.

VIII.4.1 - *Ainda a preservação dos serviços*

297. A dimensão dos efeitos da pandemia justificava a adoção de providências para assegurar a integridade e a dignidade dos usuários. A manutenção do fornecimento de energia elétrica, mesmo em face da ausência de pagamento da tarifa, foi a solução jurídica aplicada.

VIII.4.2 - *O descabimento da atribuição do custo à concessionária*

298. A solução adotada pode ser reconhecida como adequada. O problema jurídico consiste em atribuir à concessionária os custos econômicos das providências destinadas ao atendimento de tais direitos fundamentais.

299. Incumbe ao Estado assegurar a prestação de serviços públicos de energia elétrica para as pessoas carentes – aí abrangidas inclusive aquelas que foram atingidas pelos efeitos negativos da pandemia.

300. Não é possível transferir para o particular os custos pertinentes à satisfação de tais direitos fundamentais. Isso implicou a violação aos direitos assegurados à concessionária.

VIII.5 - A configuração de alteração unilateral do contrato

301. A suspensão por ato unilateral da Administração de uma faculdade intrínseca à concessionária, que lhe assegurava preservar a arrecadação do valor tarifário, configurou alteração unilateral do contrato.

VIII.5.1 - *A alteração unilateral dos serviços*

302. A configuração de alteração unilateral do contrato não depende de uma modificação formal nas condições pactuadas no instrumento de concessão. Basta a variação das condições do serviço, tornando mais onerosa ou menos vantajosa a sua prestação.

303. Existe modificação unilateral do contrato quando a autoridade competente eleva os níveis de qualidade além daquilo originalmente previsto, altera as obrigações estabelecidas ou adota prática equivalente. Um exemplo evidente de alteração unilateral do contrato consiste na redução da tarifa, prática que usualmente não depende de inovação formal na contratação.

VIII.5.2 - *A garantia legal da recomposição*

304. A alteração unilateral do contrato depende da adoção de providências concomitantes para assegurar a preservação da relação original entre encargos e vantagens.

305. Essa determinação consta do art. 58, inc. I e § 2°, da Lei 8.666, assim redigidos:

> *"O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*
>
> *I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

...

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual".

306. Como já mencionado, existe previsão no mesmo sentido no art. 9°, § 4°, da Lei 8.987, que estabelece o seguinte:

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

VIII.5.3 - *O caso concreto: a violação aos direitos das concessionárias*

307. No caso concreto, ocorreu alteração unilateral do contrato, que propiciou a redução significativa da receita tarifária estabelecida contratualmente. Mais ainda, essa modificação produziu um incentivo à suspensão dos pagamentos inclusive pelos sujeitos em condições de adimplir com suas obrigações.

308. A legitimidade da providência adotada dependia da adoção **imediata** e **concomitante** de medidas que permitissem às concessionárias a continuidade da percepção das suas receitas. A ausência de tais providências violou direito essencial das concessionárias, infringiu a tutela constitucional e legal à intangibilidade da equação econômico-financeira e transferiu para as concessionárias os efeitos econômicos de providências a cargo do Estado.

309. Por isso, cabe às concessionárias o direito a obter a recomposição da equação, com a reposição de sua situação econômico-financeira no estágio em que deveria se encontrar.

IX - A questão de ganhos abrangidos na álea ordinária

310. Outra questão relevante refere-se ao relacionamento entre eventos imprevisíveis onerosos e as atividades de otimização desenvolvidas pelo particular.

IX.1.1 - *A disciplina contratual adequada*

311. Um instrumento contratual detalhado e bem elaborado reflete a preocupação em fornecer soluções para problemas futuros previsíveis e fornece a disciplina pertinente. Lamentavelmente, a generalidade dos instrumentos de contratação administrativa costuma não enfrentar devidamente essa questão.

312. Essa constatação é um incentivo à elevação da qualidade dos instrumentos de outorgas de concessão. A afirmativa não se restringe ao setor elétrico, mas compreende generalizadamente todos os setores da Administração Pública, em todas as órbitas federativas.

IX.1.2 - *A dissociação entre risco ordinário e risco extraordinário*

313. Se for viável a dissociação entre os efeitos de eventos ordinários e extraordinários, não há viabilidade de compensação entre eles. Assim se passa porque os riscos correspondentes são distintos e encontram-se alocados a partes diversas.

IX.1.3 - *O direito do particular aos ganhos atinentes à álea ordinária*

314. Em outras palavras, o concessionário tem direito à fruição dos ganhos atinentes à álea ordinária – tal como lhe incumbe arcar com os eventuais prejuízos ali abrangidos. Isso não se confunde com os riscos da álea extraordinária.

X - Algumas considerações complementares

315. É relevante adotar algumas considerações complementares, tomando em vista entendimento adotado no Parecer 00262/PFANEEL/PGF/AGU.

X.1 - A invocação do pensamento de Frank H. Knight

316. O parecer refere-se a alguns autores brasileiros que têm invocado o pensamento de Frank Knight para orientar a análise das questões atinentes a riscos. Mas as cogitações de Knight não são aplicáveis às concessões de serviço público no Brasil, tal como vêm elas sendo praticadas há décadas.

X.1.1 - *O livro de Knight*

317. Frank H. Knight publicou em 1921 o seu livro *Risk, Uncertainty and Profit (*"Risco, Incerteza e Lucro), que examinou uma realidade socioeconômica absolutamente diversa da presente atualidade. [22]

---

[22] Como afirmou o autor no prefácio, *"The problem of profit was suggested to the writer as a suitable topic for a doctoral dissertation in the spring of 1914 by Dr. Alvin Johnson, then Professor of Economics in Cornell University"* (tradução livre: *"A questão do lucro foi sugerida ao autor como um tema adequado para uma tese de doutorado na primavera de 1914 pelo Dr. Alvin Johnson, então professor de Economia na Universidade de Cornell"*(FRANK H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit (Illustrated)*, Evergreen Books. Edição do Kindle).

318. Mais ainda, Knight nunca cogitou de avaliar a "matriz de risco de um contrato de concessão de serviço público". Basta considerar que, à época, o conceito de concessão de serviço público estava ainda a ser elaborado na jurisprudência do Conselho de Estado da França. Se não bastasse, o instituto do serviço público não era, nem o foi posteriormente, adotado nos EUA.

X.1.2 - *A transposição descabida de conceitos alienígenas*

319. Há obstáculos insuperáveis à invocação genérica ao pensamento de Knight para resolver controvérsias jurídicas no âmbito do Direito das Concessões de Serviço Público no Brasil, no ano de 2020.

320. Primeiramente, porque Knight escreveu uma obra de Economia, sem preocupações jurídicas.

321. Depois, porque a obra de Knight refletiu as circunstâncias do início do Século XX. Isso compreendia inclusive a adoção de uma concepção sobre economia que se encontra há muito superada.

322. Em terceiro lugar, porque o pensamento de Knight não tomava em vista nem a economia, nem o Direito do Brasil.

323. Em quarto lugar, porque Knight nunca cogitou de fornecer soluções para contratos administrativos – uma categoria jurídica desconhecida na realidade dos EUA.

X.1.3 - *A advertência contra a adoção imprudente de conceitos*

324. É relevante destacar a advertência realizada por Knight contra a aplicação de soluções sem o domínio aprofundado dos conceitos científicos. Cabe reproduzir a seguinte passagem:

> *"No entanto, no campo das ciências sociais, felizmente ou infelizmente, essas coisas não são verdade. Nossa inteira tradição estabelecida tende a entender que 'Tom, Dick e Harry' são tão sábios como qualquer 'intelectual'; em geral, o ignorante não se subordina à opinião do especialista e, na ausência de voluntário reconhecimento, é usualmente impossível fornecer uma prova objetiva"* (tradução livre).[23]

[23] "*In the field of social science, however, fortunately or unfortunately, these things are not true. Our whole established tradition tends to the view that 'Tom, Dick, and Harry' know as much about it as any 'highbrow'; the ignorant will not in general defer to the opinion of the informed, and in the absence of voluntary deference it is usually impossible to give an objective demonstration*" (cit., posição 307).

325. Em outras palavras, as questões técnico-científicas precisam ser enfrentadas e solucionadas segundo critérios técnico-científicos. Não é cabível adotar soluções fundadas em impressões subjetivas.

326. Esse diagnóstico, embora realizado em 1921 nos EUA, é plenamente aplicável para a generalidade dos países e dos tempos – inclusive para o Brasil de 2020.

X.1.4 - *A distinção entre "risco" e "incerteza"*

327. Usualmente (tal como se passa no Parecer referido), invoca-se a distinção adotada por Knight entre risco e incerteza. O trecho abaixo sintetiza o enfoque adotado na obra de 1921:

> *"O ponto essencial reside em que 'risco" significa em alguns casos uma quantidade suscetível de mensuração, enquanto em outras vezes é alguma coisa distintivamente com outro caráter ... Existem também outras ambiguidades quanto ao termo "risco", que serão destacadas, mas essa é a mais importante. Vai aparecer que uma incerteza mensurável, ou 'risco' propriamente dito como nós devemos usar o termo, é muito diferente de uma não mensurável e que efetivamente não é uma incerteza propriamente dita. De acordo com isso, nós devemos restringir o tempo 'incerteza' para as hipóteses de tipo não-quantitativo. É a 'verdadeira' incerteza, e não o risco, como tem sido invocado, que compõe o fundamento de uma teoria válida do lucro e que se constitui no fundamento para a divergência entre competição real e teórica"* (tradução livre).[24]

328. A distinção realizada por Knight entre risco e incerteza funda-se na viabilidade de estimativa "quantitativa" da ocorrência de um evento danoso futuro. O autor defende que o risco indica as hipóteses em que é viável a quantificação quanto à ocorrência do evento futuro, diversamente do que ocorre no tocante à incerteza.

X.1.5 - *A ausência de cogitação sobre a matriz de riscos em concessão*

329. Evidentemente, Knight não pretendeu aplicar a distinção como critério para a alocação de riscos em contratos de concessão de serviço

---

[24] *"The essential fact is that 'risk' means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character… There are other ambiguities in the term 'risk' as well, which will be pointed out; but this is the most important. It will appear that a measurable uncertainty, or 'risk' proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term 'uncertainty' to cases of the non-quantitive type. It is this 'true' uncertainty, and not risk, as has been argued, which forms the basis of a valid theory of profit and accounts for the divergence between actual and theoretical competition"* (cit., posição 439).

público. Esse tema nunca poderia ter sido por ele cogitado, pelas razões já expostas.

X.1.6 - *Ainda a consideração a contratações de mercado*

330. Mais ainda, a distinção foi desenvolvida por Knight em vista de contratações praticadas em regime de livre concorrência, em que as partes são livres para a alocação dos riscos. É nesse contexto que apresenta sentido a sua afirmativa, constante da parte final do texto acima reproduzido, de que o lucro se relaciona com a incerteza – não com o risco.

331. Essa afirmativa retrata o reconhecimento de que todos os riscos (quantificáveis) são compreendidos no preço praticado. Portanto e rigorosamente, ninguém obtém lucro em virtude da remuneração auferida – porque ela compreende o risco quantificado. O lucro vai ser produzido pela incerteza. Mais precisamente, quando o evento superveniente insuscetível de quantificação gerar efeitos imprevistos, que propiciarão a um agente econômico benefícios não cogitados nem traduzidos diretamente no preço.

X.2 - O Direito Administrativo brasileiro e os pressupostos anteriores

332. A distinção entre risco e incerteza, tal como teorizada em 1921 por Knight, nunca foi expressamente consagrada como fundamento normativo no Brasil para a alocação de riscos em concessões de serviço público.

X.2.1 - *A ausência de previsão em lei ou no Edital*

333. Ou seja, nem a Lei nem o Edital das diversas licitações promovidas nunca estabeleceram que a matriz de riscos fundar-se-ia na distinção propugnada por Knight. Nem houve previsão similar relativamente à avaliação da quebra da equação econômico-financeira e da sua recomposição.

334. Logo, tanto bastaria para tornar a distinção inaplicável ao caso. Existiria o obstáculo insuperável da vedação à aplicação retroativa da interpretação nova, consagrada no art. 5°, inc. XXXVI, da CF e explicitada no art. 23 da LINDB, assim redigido:

> *"A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".*

335. Ou seja, a submissão de um concessionário a uma partilha de riscos fundada na distinção entre risco e incerteza dependeria de previsão a ser incluída em futuras contratações. As concessões já outorgadas não comportariam inovação dessa ordem, que ampliasse os encargos ou restringisse as vantagens previstas no Edital.

336. Alguém poderia contrapor que a distinção entre risco e incerteza constitui uma concepção doutrinária. Admitindo-se para argumentar que tal autorizasse a sua adoção para as contratações vigentes, ter-se-ia de preservar o regime essencial das concessões de serviço público, tal como adiante exposto.

X.2.2 - *Ainda a exigência da remuneração mais reduzida possível*

337. O regime das concessões de serviço público exige a remuneração mais reduzida possível para o concessionário. Assim se passa em virtude da essencialidade dos serviços públicos, que se traduz na imposição de serviço adequado e tarifa módica.

X.2.3 - *A viabilidade do serviço público e a remuneração suficiente*

338. A determinação da tarifa mais reduzida possível não implica a imposição de remuneração deficitária. É indispensável que o concessionário aufira recursos para manter a continuidade do serviço adequado.

X.2.4 - *A máxima racionalidade da alocação de "riscos"*

339. Como decorrência, o regime constitucional da concessão de serviço público **impõe** a máxima racionalidade na alocação dos "riscos" - entendida a expressão no seu sentido difundido no Brasil (não tomando em vista a terminologia de Knight).

340. Ou seja, os riscos devem ser alocados à parte em condições de promover a sua gestão de modo mais eficiente.

X.2.5 - *A precificação dos "riscos" alocados ao concessionário*

341. Por outro lado, todos os "riscos" (em acepção ampla) alocados ao concessionário comportam a sua precificação. A atribuição ao particular da responsabilidade por arcar com os efeitos de evento futuro é acompanhada da alocação de uma remuneração correspondente.

X.2.6 - *O pensamento de Knight e a alocação da "incerteza"*

342. Nesse contexto jurídico, todos os eventos qualificáveis como

incerteza (na terminologia de Knight) devem ser obrigatoriamente alocados ao Poder Concedente.

343. Os eventos futuros que comportam estimativa quantitativa propiciam a formulação de um cálculo relativamente à sua ocorrência. Por decorrência, é viável incluir no preço praticado uma verba correspondente ao dimensionamento do risco.

344. Diversamente se passa no tocante à incerteza. Quanto a essa, é impossível qualquer estimativa relacionada à sua ocorrência ou às suas implicações. Portanto, é muito problemático (se não impossível) promover a precificação da incerteza.

345. Logo, é economicamente inviável atribuir ao concessionário a responsabilidade por eventos abrangidos na incerteza, eis que não existirá alternativa material para o concessionário enfrentar o evento ou as suas decorrências. Como os eventos abrangidos na "incerteza" não são quantificáveis, o preço ofertado na licitação não abrangerá uma remuneração correspondente.

346. Mais precisamente, a alocação da incerteza para o concessionário implicaria custos de transação insuportáveis.[25] Ou seja, o particular teria de arcar com os efeitos de eventos futuros incalculáveis. Logo, isso conduziria a uma elevação de sua remuneração, numa situação insuportável.

X.2.7 - *A disciplina jurídica brasileira e os "riscos"*

347. Essa conclusão é precisamente aquela praticada no direito brasileiro. Reconhece-se que os "riscos" – interpretados numa acepção ampla – compreendem eventos futuros cuja consumação comporta ou não quantificação e estimativa.

348. Nas hipóteses em que existe a viabilidade de quantificação, a regra geral reside na atribuição do risco ao concessionário. Quando a quantificação é impossível (incerteza), a responsabilidade é atribuída ao Poder Concedente.

---

[25] É evidente que a consideração acima não constou do trabalho de Knight. Isso era impossível. Afinal, o conceito de custo de transação foi plasmado por Ronald Coase em trabalho de 1937. (republicado como *The Firm, the Market and the Law*, Chicago – London: The University of Chicago Press, 1988).

X.2.8 - *A solução mais eficiente*

349. Assim se passa por ser essa a solução economicamente mais eficiente e que propicia a tarifa mais reduzida possível. Alocar ao concessionário a responsabilidade pela "incerteza" tornaria extremamente onerosa (se não impossível) a exploração do serviço.

X.2.9 - *Síntese*

350. A invocação ao pensamento de Knight para alocar riscos não quantificáveis ao concessionário é incompatível com o Direito brasileiro. Viola a Constituição por atribuir natureza disponível ao serviço público. Infringe a Lei por ser incompatível com as exigências de serviço adequado e de tarifa módica, implicando a alocação ao concessionário da responsabilidade por eventos imprevisíveis e de efeitos incalculáveis (Lei 8.666, art. 65, inc. II, al. "d"). Colide com os Editais de Licitação que nunca contemplaram essa solução e que sempre optaram pela solução economicamente mais eficiente.

X.3 - A tese da regulação "discricionária"

351. Por outro lado, o Parecer consagrou o entendimento de uma regulação "discricionária", defendendo a ampla autonomia para a Agência decidir sobre a questão.

X.3.1 - *A inexistência de discricionariedade em sentido próprio*

352. As agências reguladoras independentes não são investidas de discrição (em sentido próprio) para decidir sobre recomposição de equação econômico-financeira.

X.3.2 - *A decisão fundada em conveniência e oportunidade*

353. A discricionariedade se caracteriza pela atribuição legislativa a um órgão administrativo para decidir segundo juízo de conveniência e oportunidade, formulado a partir das circunstâncias do caso concreto.

X.3.3 - *A vinculação da Agência às normas e à realidade*

354. Ao avaliar a configuração da quebra da equação econômico-financeira de concessões e determinar a solução jurídica, a Agência Reguladora não é investida de competência para formular juízo de oportunidade e conveniência.

X.3.4 - *A constatação quanto aos fatos*

355. Incumbe à Agência promover a reconstrução dos fatos

ocorridos. Evidentemente, isso não compreende qualquer margem de autonomia para a Agência. Por exemplo, será inválido afirmar que não existe pandemia no Brasil ou que inocorreu evento superveniente apto a afetar a prestação do serviço público.

356. Ou seja, a verificação dos eventos aptos a afetar a equação econômico-financeira da concessão não compreende qualquer margem de autonomia decisória para a Agência.

X.3.5 - *A qualificação jurídica dos fatos*

357. O enquadramento jurídico dos fatos ocorridos demanda a interpretação das normas abstratas e o exame das regras contratuais. A atividade de interpretação não se confunde com a discricionariedade.

358. Nesse sentido, houve manifestação do STF nos seguintes termos:

> *"Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos"* (ADPF 101/DF, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, trecho do voto do Min. Eros Grau, j. 24.6.2009, *DJe* 4.6.2012).

359. A Agência Reguladora não dispõe de competência discricionária para alocar os riscos às partes **em momento posterior** ao aperfeiçoamento do contrato. Adotar uma solução sobre a matriz de riscos contratuais segundo juízo de conveniência e oportunidade configura ignorar e violar a força vinculante da Constituição, da Lei, do Edital e do Contrato.

X.3.6 - *O direito subjetivo do concessionário*

360. Mais precisamente, configurada a ocorrência de evento superveniente extraordinário, que não tenha sido alocado à responsabilidade do concessionário, surge o direito subjetivo à recomposição da relação original entre encargos e vantagens.

361. A Agência Reguladora não se encontra investida de poder para deliberar sobre a existência do direito subjetivo do concessionário. Presentes as circunstâncias fáticas contempladas na Lei e no Contrato, a Agência Reguladora está **obrigada** a reconhecer o direito subjetivo do

concessionário. Não existe margem de autonomia para deliberar sobre o tema.

X.3.7 - *A margem de autonomia quanto à recomposição*

362. A competência discricionária da Agência compreende apenas e exclusivamente a escolha sobre a solução concreta a ser adotada para a recomposição da equação. Cabe-lhe examinar as diversas alternativas e optar por aquela que assegure a solução mais compatível com os valores fundamentais consagrados pelo Direito brasileiro.

X.4 - Síntese

363. O Parecer examinado consagrou entendimentos inovadores, não compatíveis com as concessões de serviço público que se encontram em curso de execução. As cogitações apresentadas talvez possam ser implementadas em futuras outorgas – hipótese que deve ser avaliada com cautela, eis que implica o reconhecimento de poderes discricionários insuportáveis para a Agência e a elevação radical dos custos de transação.

364. Em vista das circunstâncias do Direito brasileiro, é inquestionável que a pandemia configura evento extraordinário e imprevisível, não compreendido na chamada *álea ordinária* e cujos efeitos não estavam previstos na responsabilidade dos concessionários. Essas orientações podem colocar em risco a própria continuidade dos serviços públicos de energia elétrica.

XI - Conclusão

365. Em face dos pressupostos acima alinhados, apresento as seguintes respostas para os quesitos formulados.

a) *O disposto nos artigos 478 e seguintes do Código Civil, que regulam o instituto da onerosidade excessiva, é aplicável aos contratos administrativos?*

Resposta: **Não. O Código Civil não disciplina os contratos administrativos propriamente ditos, categoria que abrange as concessões de serviço público. O regime jurídico para eventos supervenientes extraordinários e imprevisíveis, que afetem a condição original das partes, encontra-se disciplinado nos contratos administrativos. As normas pertinentes encontram-se na**

Constituição e nas leis específicas (especialmente a Lei 8.666 e a Lei 8.987).

b) *É fato que o artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/93 positivou a teoria da imprevisão no Direito Administrativo Brasileiro?*

Resposta: **Sim, em termos. O referido dispositivo incorporou ao direito administrativo brasileiro algumas soluções diferenciadas para enfrentamento de eventos supervenientes, de cunho extraordinário, imprevisíveis (ou, se previsíveis, de efeitos incalculáveis). Essas soluções são próprias e peculiares do direito brasileiro e não se confundem com aquelas contempladas na chamada "teoria da imprevisão", tal como praticada em outros países. Para ser mais preciso, o referido dispositivo consagrou (atendendo a determinações constitucionais) uma teoria da imprevisão específica para a contratação administrativa no Brasil.**

c) *Quais as diferenças entre a teoria da imprevisão conforme aplicada originalmente no Direito francês e tal como positivada no Direito Administrativo Brasileiro?*

Resposta: **Há diversas distinções. A mais relevante reside em que a teoria brasileira tem origem na Constituição e se encontra formalmente disciplinada em leis. A teoria da imprevisão adotada na França teve origem e desenvolvimento jurisprudencial. A segunda distinção consiste em que a jurisprudência francesa distinguiu diversas figuras (fatos imprevisíveis, fato do príncipe, força maior), atribuindo a cada qual um tratamento jurídico específico. Já o direito brasileiro adotou tratamento uniforme e homogêneo para todas essas figuras. A terceira distinção reside em que, no direito francês, a força maior se configura quando a execução do contrato se tornar impossível. No direito brasileiro, a força maior tanto pode conduzir à resolução contratual (quando impossível a execução do objeto) ou à recomposição da equação econômico-financeira (nos casos em que a execução tornar-se mais onerosa). A quarta distinção consiste em que, no direito francês, a aplicação da teoria da imprevisão depende da configuração de onerosidade excessiva e acarreta o direito do**

contratado a uma indenização, em condições a serem acertadas entre as partes. No direito brasileiro, inexiste o requisito de onerosidade excessiva e a parte tem direito a obter a recomposição da relação original entre encargos e vantagens.

d) *Um evento que configure álea econômica e administrativa gera o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sob o artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993 para uma concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica no Brasil?*

Resposta: **Sim. Anote-se que o referido dispositivo legal não se constitui em único fundamento do direito assegurado ao concessionário. O fundamento último do direito à recomposição da concessionária de serviço público encontra-se na Constituição.**

e) *Em caso afirmativo à pergunta anterior, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da correspondente concessão pela Administração Pública deve ser integral? Por quê?*

Resposta: **Sim. Uma das peculiaridades da contratação administrativa brasileira reside na exigência de que a remuneração reconhecida ao particular seja a mais reduzida possível. Justamente por isso, a legislação determina que quaisquer variações supervenientes, decorrentes de eventos extraordinários abrangidos na álea do Poder Concedente, sejam compensadas na sua integralidade. Isso se traduz, por exemplo, nas previsões no tocante ao reajuste para compensar a inflação e na disciplina da variação da carga tributária.**

f) *Quais são os princípios e/ou comandos constitucionais que se visa salvaguardar com a correta aplicação do art. 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993?*

Resposta: **Podem ser indicados os princípios da República, da Isonomia e da Segurança Jurídica como os fundamentais. A República exige que a Administração promova a contratação mais vantajosa possível. Por isso, é indispensável a redução dos custos de transação. Para tanto, é imperioso alocar os riscos por eventos extraordinários e imprevisíveis para o Poder Concedente. O princípio da Isonomia impõe que os efeitos de eventos supervenientes**

extraordinários e imprevisíveis sejam compartilhados entre a generalidade da população, sendo inconstitucional atribuir a carga negativa correspondente ao concessionário. O princípio da Segurança Jurídica exige que as condições pactuadas entre o Estado e um particular sejam fielmente observados e respeitados, ao longo da execução do contrato. A ausência de recomposição da relação original entre encargos e vantagens, quando tiver sido afetada por eventos extraordinários e imprevisíveis, compromete não apenas a disciplina legal, mas também a sistemática constitucional.

g) *Aplica-se o artigo 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995 à queda de arrecadação experimentada pelas distribuidoras em decorrência da proibição temporária de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplemento?*

Resposta: **Sim. Um dos poderes jurídicos mais relevantes para assegurar a preservação da receita tarifária das concessionárias de distribuição de energia é o de suspender o fornecimento em caso de ausência de pagamento da tarifa pelo usuário. A supressão, ainda que temporária, desse poder jurídico reduz as vantagens asseguradas ao concessionário, produzindo efeito equivalente ao da redução da tarifa. Ademais, implica um incentivo à ausência de pagamento da tarifa inclusive por sujeitos que disponham de condições para a sua liquidação. Em decorrência, a adoção de providência dessa ordem configura alteração unilateral do contrato de concessão, produzindo desequilíbrio na relação original entre encargos e vantagens. Uma providência dessa ordem somente pode ser adotada se acompanhada de medidas destinadas a compensar a concessionária pela redução da arrecadação tarifária.**

h) *As conclusões acima são alteradas pelo fato de que foi reconhecido, pelo Congresso Nacional, estado de calamidade pública exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000, nos termos do Decreto Legislativo 6/2020, sem a decretação de estado de defesa nem estado de sítio?*

Resposta: **Não, muito pelo contrário. O estado de emergência em virtude do novo coronavírus compreende uma pluralidade de providências de diversa ordem. No entanto, não houve a suspensão da vigência das garantias constitucionais essenciais. Continuam a vigorar os direitos fundamentais e as regras legais. Por decorrência, a execução dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica encontra-se sob a égide das mesmas normas que vigoravam antes da consumação da pandemia.**

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

Resposta: **Não. A dissociação entre álea ordinária e álea extraordinária, que se reflete na alocação dos encargos, responsabilidades e riscos do contrato, acarreta a ausência de identificação entre os eventos abarcados em cada categoria. Se for viável dissociar efeitos negativos atinentes à álea extraordinária (atribuída ao Poder Concedente) dos efeitos positivos abarcados na álea ordinária (de titularidade do concessionário), é vedada a compensação entre os seus efeitos. Isso não impede que, por ocasião da revisão ordinária, alguns desses ganhos sejam parcialmente apropriados pelo Poder Concedente.**

j) *Em resumo, considerando que efeitos adversos da pandemia para as distribuidoras de energia elétrica são: (i) diminuição de mercado; e (ii) o aumento da inadimplência, é correto afirmar que as distribuidoras têm direto à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro, em relação a ambos esses efeitos, com fundamento nos (i) artigos 37, XXI, da Constituição Federal, art. 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, art. 65, §6º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º, §4º, da Lei 8.987/1995 (conforme aplicável); e nos (ii) princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade, da continuidade do contrato administrativo, da segurança jurídica e da moralidade administrativa?*

Resposta: **Sim. Os eventos ocorridos afetam a generalidade da população brasileira. Daí se segue que os efeitos negativos devem ser arcados pelo conjunto da população e não pelos concessionários de serviço público.**

k) *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. O regime jurídico das concessões de serviço público, tal como consagrado por ocasião do aperfeiçoamento dos contratos, determina que os efeitos de eventos supervenientes imprevisíveis e incalculáveis, que configurem caso fortuito ou de força maior e fato do príncipe, são atribuídos ao Poder Concedente.**

l) *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 8.666 e o art. 15 da Lei 9.427, com a recomposição integral do desequilíbrio verificado?*

Resposta: **Sim. Eventos dessa natureza e com esses atributos asseguram ao concessionário o direito à recomposição da equação econômico-financeira original.**

m) *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. O Poder Concedente e a ANEEL não dispõem de discricionariedade para decidir sobre a consumação do desequilíbrio nem sobre o direito subjetivo do concessionário à recomposição. A discricionariedade da Administração apenas compreende a solução concreta a ser adotada para promover a recomposição.**

É o parecer.

Brasília, setembro de 2020.

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito

OAB/DF 34.390