

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONCESSÕES À LUZ DE UM EXAME DE CASO: INCOMPLETUDE CONTRATUAL, NÃO ERGODICIDADE E INCERTEZA ESTRATÉGICA

Gustavo Kaercher Loureiro¹

Marcos Nóbrega²

INTRODUÇÃO

O presente artigo examina alguns elementos do *regime econômico-financeiro* (REF) dos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. Este exame é feito por meio de um estudo de caso a partir do qual pretendemos generalizar algumas reflexões sobre tais contratos³. Trata-se do Contrato de Concessão 01/95 (Contrato 01/95), travado entre a União e a Espírito Santo Centrais Elétricas – ESCELSA. O Contrato 01/95 foi primeiro de seu tipo celebrado (ao menos em parte) sob a égide da legislação geral e setorial que começava a surgir a partir de 1995 (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995).

O Contrato 01/95 e suas vicissitudes serão analisados e avaliados sob o pano de fundo de dois parâmetros relacionados, mas distintos. O primeiro é o que chamaremos de *Teoria Tradicional do Equilíbrio Econômico-Financeiro* (TTEEF). O segundo, as *normas gerais* (não setoriais) que regem o REF de concessões de serviço público no *direito positivo brasileiro*. Esses dois parâmetros são ao menos conceitualmente distintos na medida em que é possível que uma teoria não espelhe adequadamente o direito positivo sobre o qual versa. Confirmar essa possibilidade de descompasso entre o nível teórico e aquele normativo (entre a TTEEF e o direito positivo) é inclusive uma das conclusões que pretendemos estabelecer neste estudo.

No que diz respeito à relação do Contrato 01/95 com a TTEEF espera-se mostrar que o regime econômico-financeiro adotado por ele não segue, em medida substancial, seus ditames. E afirma-se, ainda, que tal circunstância não é uma falha ou “rebelia dos fatos contra o Direito”, que induza nulidades de contratos e de normas.

¹ Doutor em Direito. Ex Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador Associado do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas - FGV-CERI.

² Prof. Adv IV da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Visiting Scholar Harvard Law School e Massachusetts Institute of Technology - MIT

³ No que segue, o leitor perceberá que foram feitas inúmeras extrapolações do caso base para “os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.” Tem-se-as por justificadas, pelo caráter parcialmente exemplar do Contrato 01/95. Suas especificidades serão notadas e salientadas quando for o caso.

Para justificar essa última afirmação é que entra em cena o segundo parâmetro de análise, o direito positivo não setorial (Constituição e Lei 8.987/1995 e, também, Leis 11.079/2004 e 8.666/1993). Aqui, a relação do Contrato 01/95 com as normas gerais que disciplinam o REF de concessões serve a duplo propósito: em primeiro lugar, mostrar em que medida o caso em exame seguiu estas normas gerais - ou privilegiou uma disciplina econômico-financeira específica, ou mesmo, se for o caso, violou comandos legais. Em segundo lugar, indicar como a TTEEF está pouco refletida no direito positivo brasileiro, ao contrário do que comumente se sustenta. Com efeito, entendemos que TTEEF é, fundamentalmente um discurso não propriamente *descritivo*, mas *prescritivo* o qual possui escasso lastro no direito positivo e se presta, mais do que a descrever estados de coisas, a prescrever estados de coisas. A TTEEF é, em síntese, um discurso de *política* do Direito⁴ com origens históricas bem precisas, gestadas ainda na primeira metade do século XX e que pretende se *impor* aos atuais dispositivos normativos, para *conformá-los* a uma certa visão do que deveria ser o regime econômico-financeiro de concessões de serviço público. É, ainda, uma *teoria* que possui certa racionalidade econômica criticável à luz das recentes reflexões desta literatura.

Essas considerações muito amplas desdobram-se em conclusões mais específicas que envolvem os três eixos sob os quais esse estudo se assenta (o caso base, a TTEEF e o direito positivo brasileiro).

- Entende-se que a disciplina jurídico-regulatória do REF das concessões não exige a identificação de uma equação econômico-financeira original - que correlacione, de maneira simplista e economicamente ingênua, “ingressos” e “saídas” do concessionário (como exigiria a TTEEF). Aliás, do ponto de vista empírico, a identificação dessa equação em concessões de serviços públicos é tarefa não trivial e condicionada por escolhas acerca de quais elementos considerar como componentes da equação e quais métodos utilizar para os mensurar, escolhas que envolvem controvérsias e dúvidas.
- Entende-se também que essa disciplina normativa não determina que tal equação, caso identificada, seja “fotografada”, “congelada” e “preservada” durante todo o tempo do contrato. Muito antes pelo contrário. No setor elétrico brasileiro, há mecanismos tarifários que destroem deliberadamente estados de coisas anteriores (a revisão tarifária ordinária, expressão mais límpida de uma política tarifária por incentivos).
- A evolução do caso base no tempo não seguiu (todas) as consequências “ortodoxas” que deveriam advir da qualificação de um evento como álea ordinária, caso fosse observada a TTEEF: há áleas ordinárias cujos efeitos foram e são neutralizados em favor do concessionário (reajuste tarifário) assim como há áleas ordinárias cujos efeitos foram e são apropriados pelo usuário (ganhos de eficiência). De forma semelhante, os desenvolvimentos normativos e regulatórios aos quais se submeteu o Contrato 01/95 não seguiram precisamente as consequências que adviriam da identificação de um evento como álea extraordinária, dada a teoria tradicional: inúmeras e profundas alterações unilaterais do contrato de concessão não ensejaram revisões extraordinárias (as constantes mudanças nas condições do serviço ao longo da implantação dos “modelos setoriais”), assim como áleas econômicas extraordinárias, imprevisíveis, deram nascimento a providências econômico-financeiras que pouco têm a ver com o que preconiza a TTEEF (exemplo é o conjunto de medidas da “racionalização” e do “acionamento” dos anos 2001-2002).

⁴ No sentido em que Guastini entende “política do Direito”. GUASTINI, Riccardo, **Trattato di Diritto Civile e Commerciale - Interpretare e Argomentare**, Milano: Giuffrè, 2011.

- Somos também da opinião de que o direito positivo brasileiro não acolhe em sua totalidade a TTEEF. Em particular: **(i)** a TTEEF não possui base constitucional; **(ii.)** as disposições legais sobre o regime econômico-financeiro não reproduzem integralmente a estrita repartição das âleas, tal como preconizado pela TTEFF; **(iii.)** essas mesmas disposições privilegiam, no lugar da disciplina geral e abstrata (constitucional e legal), a disciplina contratual e regulatória, com incrementos e mudanças ao longo do tempo. De tal sorte, o regime econômico-financeiros dos contratos de concessão de distribuição, discrepante como é da TTEEF, não é incompatível com o direito positivo brasileiro. Incompatível (parcialmente) é a TTEEF.
- A teoria econômica neoclássica que esta por trás da ideia de equilíbrio é incapaz de oferecer respostas adequadas para contratos complexos e relacionais onde, em regra, não há a possibilidade de volta a um equilíbrio $T=0$. Na verdade, existem múltiplos equilíbrios ao longo da execução do contrato. Sob a perspectiva econômica: (i) é bastante problemática a identificação de uma equação econômico-financeira original (diferentes metodologias, inúmeras variáveis etc.) que deverá ser buscada (ou resgatada) ao longo da execução contratual; (ii.) o equilíbrio inicial serve apenas como ancora teórica para a formatação do contrato, mas provavelmente voltar a esse momento $T=0$ é impossível. (iii.) Ao longo da execução do contrato haverá múltiplos equilíbrios que devem ser considerados na análise dos pleito de EEF; (iv.) as premissas sob as quais se baseia a TEEF são questionáveis; (iv.) no lugar delas, há que se reconhecer a incompletude dos contratos *vis à vis* a sua dinâmica complexa, sobretudo em situações de equilíbrio não linear. (v.) precisamos encontrar outra “tecnologia jurídica” para reequilibrar esses contratos.

O que segue está assim organizado. A Seção I traz o primeiro elemento de confronto em face do qual analisar o caso base, ou seja, a TTEEF. A seção II faz uma narrativa da formação, conteúdo e desenvolvimento no tempo do Contrato 01/95. A Seção III formula as conclusões relativas ao confronto entre a TTEEF e o Contrato 01/95. A Seção IV apresenta o segundo elemento a partir do qual analisar o Contrato 01/95, ou seja, os textos normativos e as normas que deles se extraem, relativas ao REF geral de concessões de serviço público. A Seção V, à semelhança do que a Seção III fez para o primeiro confronto, estabelece as conclusões relativas ao cotejo do Contrato 01/95 com as normas (gerais) vigentes e, incidentalmente, examina a relação entre a TTEEF e essas normas. A Seção VI recolhe as apresentações feitas nas Seções I, II e IV e as reflexões lançadas nas Seções III e V para lançar um olhar econômico sobre os pressupostos empíricos desses contratos e de suas dinâmicas (como a incompletude, a não ergodicidade) e, também, para sugerir modos de bem lidar com essas características.

SEÇÃO I – A TRADICIONAL TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (TEEF)

Existe, no direito administrativo brasileiro, uma *teoria dogmática* bastante difundida, acerca de como deve ser concebido o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. Essa teoria tem origens culturais e históricas bem marcadas, já traçadas em outros estudos⁵: o direito administrativo francês, tal como veio se

⁵ Sobre as premissas culturais e históricas da TTEEF, vide KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão**, São Paulo: Quartier Latin, 2020, especialmente o Capítulo I, intitulado “As origens e os

desenvolvendo, num primeiro momento (primeira metade do século XX), pela jurisprudência do Conselho de Estado francês; e, num segundo momento, tal como foi essa jurisprudência fragmentária interpretada e sistematizada pela doutrina daquele país, notadamente, por Gaston Jèze, Louis Rolland e André de Laubadère, expoentes da Escola do Serviço Público. Nada obstante a nítida (e não negada) vinculação à uma tradição jurídica estrangeira e de períodos passados, a TTEEF, entre nós, não pretende ser simplesmente uma *teoria (de lege ferenda)*, mas postula ser a própria narrativa do atual estado de coisas normativo, ou seja, entende estar lastreada na interpretação de dispositivos de nosso direito positivo atual, em particular, em dispositivos da Constituição de 1988⁶. Em suas linhas básicas, esta teoria postula o seguinte.

Primeiro: a existência de uma determinada *equação econômico-financeira* estabelecida no ato de celebração da concessão, plenamente identificável (e efetivamente identificada por imposição jurídica). Esta *equação original* - concebida nos moldes dos contratos bilaterais onerosos e sinalagmáticos do direito civil⁷ - contraporia o conjunto de todos os “ingressos” esperados do concessionário (sob as condições iniciais da concessão), com o conjunto de todas as “saídas” também esperadas do concessionário (sob as condições iniciais da concessão). Versões mais sofisticadas dessa equação incluem aqui, além dos ingressos e saídas (como quer que sejam concebidos), outros elementos, como o prazo da avença. Na essência, porém, segue-se concebendo a equação como a conceberá, há mais de 100 anos, o Conselho de Estado francês⁸.

Segundo: esta *equação original* (ou Equação do momento T0 – “equação T0”), uma vez fixada, deveria ser *protegida ao longo de todo o tempo de duração do contrato de concessão*, em face de determinados eventos supervenientes que viessem a abalá-la (desfazê-la).

Terceiro: esses eventos supervenientes em face dos quais a equação T0 deveria ser resguardada seriam espécies do gênero “*álea extraordinária*”, notadamente: a.) alterações unilaterais do contrato promovidas Concedente; b.) fatos de autoridades distintas da concedente – ou mesmo da autoridade concedente atuando nas vestes de poder público e não de contrante (“Fato do Príncipe”); c.) eventos independentes da vontade das partes e fora de controle delas, de caráter imprevisível e extraordinário (com variações acerca dessas últimas duas notas), configuradores da *álea econômica extraordinária*. Residualmente (por negação), obtinha-se a classe complementar da “*álea ordinária*” cujos efeitos na (suposta) equação, não seriam objeto de neutralização, para o bem ou para o mal. Costuma a doutrina elencar como típicos eventos de *álea ordinária* os efeitos na equação decorrentes de eficiência/ineficiência do concessionário, acontecimentos econômicos normais e corriqueiros etc.

Quarto: diante da ocorrência de alguns acontecimentos reconduzíveis à *álea extraordinária*, cumpriria ao concedente neutralizar⁹ seus efeitos para o concessionário, restaurando a equação original T0 – ou evitando de antemão

compromissos das figuras do equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviços públicos e da justa remuneração do capital empregado nas atividades de utilidade pública.”

⁶ Sobre a importância do estudo da história do Direito (francês) para a compreensão da teoria jurídica brasileira, v. Kaercher Loureiro, Gustavo *Sobre Direito Administrativo, História e Teorias – Uma réplica a Maurício Portugal*, disponível em <https://portaldisparada.com.br/direito-e-judiciario/direito-administrativo-historias/>.

⁷ Ou administrativos do “regime comum”, isto é, regidos pela Lei 8.666/1993.

⁸ “É da essência de todo e qualquer contrato de concessão buscar realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens atribuídas ao concessionário e as cargas que lhe são impostas (...). Essas vantagens e cargas devem se equilibrar, de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicado, como um cálculo, a equivalência honesta entre o que é conferido ao concessionário e o que dele se exige (...). É o que se chama de ‘equivalência financeira e comercial’, a equação financeira do contrato de concessão.” *Arrêt du Gaz de Bordeaux*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/>.

⁹ Para o bem ou para o mal, mas vamos nos concentrar apenas nos problemas.

o abalo. A álea ordinária não teria esse efeito jurídico e deveria ser suportada pelo concessionário. O principal, ainda que não único, mecanismo mediante o qual essa neutralização se daria seria a alteração – para mais ou para menos – da tarifa.

Quinto: postula a teoria tradicional que estes elementos estão solidamente fixados na Constituição, em particular em seu art. 37, XXI e que o EEF é irrenunciável, pois serve à higidez do serviço público, ainda que seja estabelecido como direito do concessionário.

Não é difícil constatar o quanto de classicamente *contratual* (*pacta sunt servanda*) há nessa teoria. E o quanto ela incorpora o pressuposto de que os contratos são completos em termos de disciplina dos riscos, ao menos nos enunciados conceituais – que, em verdade, se apresentam dotados de uma extrema vagueza quando da análise de casos concretos. A real incompletude contratual é então, nos termos do modelo clássico, colmatada pelo ideia de reequilíbrio econômico financeiro que deverá retroagir ao momento do equilíbrio inicial, T=0 (mas não consegue fazê-lo, como veremos).

Em outras ocasiões já demonstramos reservas sobre a utilidade da teoria tradicional para reequilibrar os contratos, pontuando os seguintes aspectos: (i.) ausência de fundamento constitucional para a maior parte de seus elementos¹⁰; (ii.) a necessidade de distinguir, para fins de definição dos efeitos jurídicos (se recomposição total ou parcial), entre as diferentes espécies de áleas extraordinárias, em especial, a necessidade de um melhor tratamento da teoria da imprevisão e do fato do Príncipe¹¹; (iii.) ausência de correspondência entre a *teoria* e o *direito positivo brasileiro infraconstitucional*, em especial, as leis que regulam os contratos de concessão de serviço público (como teremos ocasião de estudar adiante, muitos dispositivos legais e a prática regulatória vão na direção exatamente contrária de muitos ensinamentos da teoria tradicional – a revisão tarifária ordinária e o modo como se deram certas revisões tarifárias extraordinárias são a prova disso); (iv.) a impraticabilidade de determinação da equação fixada em T0, na falta de específicos e explícitos elementos de regulação que a estipulem. Em contratos complexos como são as concessões, não existe “uma equação”; existem inúmeras formas de verificar, talvez, o “valor da concessão” ou sua “rentabilidade” (esperada, projetada, note-se bem); (v.) a inconveniência econômica, em termos de eficiência, de se ater a uma equação original, à qual se deve voltar a todo o instante. No lugar de aprofundar imediatamente essas críticas – que serão retomadas depois - vejamos como se comportaram os principais elementos do REF de um contrato de concessão de distribuição.

SEÇÃO II – O CONTRATO DE CONCESSÃO 01/1995 E SEU DESENVOLVIMENTO

II.1 - Introdução

Como afirmado antes, o Contrato 01/1995 foi o primeiro do Novo Modelo do Setor Elétrico. Ele foi celebrado em 17 de julho de 1995, poucos meses após a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e poucos dias após a Lei 9.074,

¹⁰ KAERCHER LOUREIRO, *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, cit., Capítulo II, "Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público".

¹¹ *Ibid.*, Caps. III e IV.

de 07 de julho de 1995¹². Neste período, encontrava-se em seu zênite a teoria tradicional que esboçamos acima. Seria de se esperar que fossem refletidas na regulação os seus principais elementos.

Em termos de novidades normativas que interessam ao nosso tema, pouco havia à época. Como veremos em mais detalhes depois, o art. 9º da Lei 8.987/1995 procurava positivar as bases, muito amplas e vagas, de uma nova política tarifária¹³, ao afirmar que “[a] tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”, enquanto que o art. 10 da mesma lei lançava uma (à época) não bem compreendida disposição segundo a qual “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro¹⁴”. Já no plano propriamente setorial, a Lei 9.074/1995 limitava-se a enunciar alguns magros elementos importantes da futura conformação jurídico-regulatória do setor – àquela época ainda não desenvolvidos em parte alguma, por óbvio¹⁵. Estava por vir todo o aparato *normativo* (leis, decretos, atos administrativos normativos), *institucional* (ANEEL, MAE, ONS etc.) e *regulatório* (regime de contratos, disciplina de uso das redes, formulação de políticas e metodologias tarifárias etc). Em síntese, nesse ambiente, o que se tinha era uma enorme incerteza regulatória.

Com esse pano de fundo ocorreu a privatização da ESCELSA, na modalidade de leilão de maior oferta pelas ações da companhia¹⁶. Junto à transferência de controle, viria acoplado um novo contrato de concessão¹⁷. Note-se que o certame não se deu pelo critério do “menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado” (art. 15, I da Lei 8.987/1995), o que permitiria diretamente a aplicação de tarifas obtidas “pelo preço da proposta vencedora da licitação” (art. 9º, *caput* da Lei 8.987/1995)¹⁸. Na privatização da ESCELSA, as tarifas tinham sido previamente fixadas pelo poder concedente (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE) e incorporadas ao Edital. De consequência, a proposta do licitante, relativa ao valor das ações da companhia, nenhum efeito teria em relação a elas. Pela legislação então vigente, a política tarifária sob as quais as tarifas de distribuição foram construídas era aquela do *serviço pelo custo* (Código de Águas, art. 178 e segs.).

Nesse cenário que misturava incerteza regulatória e tarifas pelo custo do serviço fixadas unilateralmente, o (novo) concessionário afirmou, solenemente, em contrato, que “[o]s valores das tarifas referidos no *caput* desta Cláusula são reconhecidas pela CONCESSIONÁRIA como suficientes para a adequada prestação dos serviços concedidos e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.” (Cl. 6ª, Sc. 4ª). Voltaremos a esse tema depois, mas calha já perguntar: seria possível identificar a equação econômico-financeira original de um tal contrato, em uma tal ambiente? Em caso afirmativo, que espécie de equação teria se firmado sob essas circunstâncias? E seria

¹² O Contrato de Concessão ainda menciona, com destaque, as normas do que viria a ser, depois, o *ancien Régime* do setor elétrico. Dizia ele que o ajuste se regeria “pelo Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas) com as alterações introduzidas pelo Decreto no 852, de 11 de novembro de 1938, pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e pela Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995, pelo Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957 (Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica)”.

¹³ Ao prever que “[a] tarifa do serviço público concedido **será** fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”, o *caput* do art. 9º quase que *necessariamente* desvincula a tarifa do custo real do serviço. Com efeito, se a tarifa devesse refletir tais custos, sempre, não seria simplesmente possível a competição pela concessão por meio de lances de menor tarifa.

¹⁴ Veja-se a crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello ao dispositivo em sucessivas edições de seu *Manual*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁵ Para constar: a.) introdução da figura do Produtor Independente de Energia (art. 11 e segs.); b.) a previsão genérica da existência de (futuros) consumidores livres (arts. 15 e 16); c.) uma menção indeterminada ao livre acesso (art. 15, § 6º); d.) uma referência à operação integrada de certas instalações de transmissão (art. 17) e pouco ou nada mais. Sobre a formação do Novo Modelo do Setor Elétrico, v. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 213 e segs.

¹⁶ Art. 15, II da Lei 8.987/1995.

¹⁷ Art. 27 e segs. da Lei 9.074/1995.

¹⁸ Ou, dizendo de outro modo: se houvesse um leilão pela menor tarifa, isso permitiria a aplicação do *revenue cap*.

obrigatório manter exatamente, *essa equação* obtida num cenário fático (econômico) reconhecidamente “ruim” de performance da (até então) empresa estatal estadual, e construída sob bases que estariam por se alterar profundamente (rejeição do método do serviço pelo custo)? Deixemos, por ora, apenas as questões.

II.2 - As cláusulas do Contrato 01/95

A primeira circunstância notável – compreensível, dada a organização industrial anterior, mas aberrante em face das tendências vindouras de organização da indústria elétrica - está no objeto composto da concessão. Tratava-se de uma outorga complexa, com três elementos juridicamente distintos: (i.) serviços públicos de geração¹⁹; (ii.) serviços públicos de transmissão²⁰; (iii.) serviços públicos de distribuição²¹, com comercialização acoplada (sem exclusividade para os consumidores livres identificados nos arts. 15 e 16 da Lei 9.074/1995²²). Essa circunstância juridicamente fundamental (verticalização), coloca questões importantes acerca de como precisamente configurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas no que segue vamos nos ater ao serviço de distribuição – supondo-se que sejam separáveis juridicamente os objetos, a teor do que determinava o próprio contrato²³.

Como já notado, para a distribuição, as tarifas não foram fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação, como preconizava o art. 9º da Lei 8.987/1995. De todo modo, era à vista delas que a concessionária deveria prestar os serviços de fornecimento de energia elétrica segundo os padrões e as condições existentes à época (genericamente dispostos no contrato e esparsos na legislação então vigente, notadamente Decreto 41.019/1957 e Portarias do DNAEE²⁴). Além disso, ela assumia um pouco definido rol de obrigações²⁵ e se submetia às condições então vigentes de contratação de suprimento (Lei 8.631/1993)²⁶. Esses e outros elementos, por sua generalidade e baixa densidade regulatória, dificilmente poderiam fornecer a dimensão exata dos encargos e custos do concessionário (as “saídas”, para que fossem comparáveis com os seus “ingressos” preestabelecidos, como dita a TTEEF). Sob essas premissas muito imprecisas²⁷, que pouco de concreto possuíam, a concessionária fez a declaração antes reproduzida, acerca da suficiência das tarifas para a prestação do serviço e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão²⁸.

Em todo o caso, se alguma equação econômico-financeira T0 existia, deveria ser extraída daqui, *nesse instante e sob essas condições*. E isso é algo que parece não apenas ser inverossímil como desaconselhável, tanto para o novel concessionário como para o Concedente, considerando a gestação de nova política tarifária que se manifestaria logo adiante. Mas este seria o procedimento ortodoxo, exigido pela TTEEF; este seria bem jurídico a ser tutelado para todo o prazo da concessão, *ad omnia saecula saeculorum*.

¹⁹ Cl. 1ª, Sc. 1ª. Note-se: *serviço público* e não produção independente de energia, como já seria possível, dados os dispositivos (arts. 11 e segs.) da Lei 9.074/1995.

²⁰ Cl. 1ª, Sc. 2ª.

²¹ Cl. 1ª, Sc. 3ª.

²² Cl. 1ª, Sc. 5ª.

²³ Cl. 10ª, Sc. 4ª.

²⁴ Cl. 3ª “Das Expansões e Ampliações”. Cl. 4ª – “Das Condições Gerais de Fornecimento”.

²⁵ Cl. 5ª “Obrigações da Concessionária”.

²⁶ Essa Lei tinha como princípios de construção tarifária o serviço pelo custo e a absoluta ausência de liberdade de contratação.

²⁷ Veja-se, ilustrativamente, o teor do *caput* da Cl. 4ª: “A execução do serviço decorrente deste Contrato pressupõe qualidade, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, modicidade das tarifas e cortesia na prestação dos serviços aos usuários.”

²⁸ Cl. 9ª, Sc. 4ª.

Mais imprecisão – incerteza? – encontrava-se nas cláusulas dedicadas a disciplinar os mecanismos de mudanças da tarifa. A esse propósito, havia bem pouco na legislação então vigente, afora os ditames, não usados, do Código de Águas, do Decreto 41.019/1957 e da Lei 8.631/1993. Nas leis mais novas podia-se contar apenas com dicções genéricas de que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, § 2º da Lei 8.987/1995), algumas referências vazias a “reajustes²⁹”, e a disciplina de algumas hipóteses de álea extraordinária (fato do Príncipe, mas apenas em matéria tributária, cf. art. 9º, § 3º; alteração unilateral do contrato, art. 9º, § 4º, cf. mais adiante). Nada mais³⁰. E não melhoraram esse panorama as cláusulas do Contrato 01/1995:

Cláusula 9ª (...)

Subcláusula Primeira. As tarifas de que trata esta Cláusula poderão ser reajustadas, a critério da CONCEDENTE, por solicitação da CONCESSIONÁRIA, com o objetivo de garantir o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Subcláusula Segunda. As tarifas da CONCESSIONÁRIA poderão ser revistas, por sua solicitação, a critério da CONCEDENTE, caso haja alteração relevante na estrutura de custos ou de mercado, ANEXO III, que modifiquem o equilíbrio econômico-financeiro inicial deste Contrato.

Subcláusula Terceira. A CONCEDENTE deverá, independentemente de solicitação da CONCESSIONÁRIA, proceder à revisão, para mais ou para menos, das tarifas da CONCESSIONÁRIA, a cada três anos, contados da data da assinatura deste Contrato.

Isso, e nada mais, estava posto para orientar o comportamento das tarifas ao longo dos 30 anos da concessão: (i.) uma cláusula de reajuste sem qualquer fórmula ou parâmetro, aplicada “a critério da Concedente”; (ii.) uma cláusula de revisão, igualmente “a critério da Concedente”, em caso de ocorrência de uma não melhor qualificada “alteração relevante na estrutura de custos ou de mercado...que modifiquem o equilíbrio econômico-financeiro inicial desse Contrato”; (iii.) uma cláusula de revisão periódica, obrigatória, sem, absolutamente, qualquer baliza objetiva ou finalidade: “A CONCEDENTE deverá (...) proceder à revisão, para mais ou para menos, das tarifas da CONCESSIONÁRIA, a cada três anos.”

O que, exatamente, as partes contrataram, dada essa situação de completa incerteza, proveniente de dois “fronts”, por assim dizer: a laconicidade da regulação e do contrato e, também, a perspectiva de mudanças regulatórias iminentes, inauguradas pela Lei 9.074/1995 (que era apenas a ponta de lança das reformas setoriais)? Que equação se firmou aqui (T0) e qual seria o comportamento da tarifa ao longo dos próximos 30 anos? E no que a TTEEF poderia auxiliar em tal cenário? Sua resposta, muito provavelmente, seria sugerir a nulidade do contrato, pois que, diante desse estado de coisas, faltavam os pressupostos para que a TEEF pudesse funcionar. Mas vamos seguir a história setorial, para ver como foram mudando as coisas para o Contrato 01/1995.

II.3. - As vicissitudes do Contrato 01/1995

II.3.1. - As profundas mudanças regulatórias nos anos iniciais do Contrato 01/95 (1995-2004)³¹

²⁹ Art. 9º, § 5; art. 18, VIII; art. 23, IV; art. 29, V da Lei 8.987. Art. 15, IV e §§ 2º e 3º e 30 da Lei 9.427. Decreto 5.163, *passim*.

³⁰ Poder-se-ia aventar da aplicação da Lei 8.666/1993, mas, como já dissemos em outra ocasião, essa solução não parece ser admissível e mesmo assim pouco auxiliária. V. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Imprevisão, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Fato do Príncipe nas Concessões de Serviço Público - Parte I**, Rio de Janeiro: [s.n.], 2020.

³¹ Para a história detalhada desse período que vai de 1995 até 2004, v. KAERCHER LOUREIRO, **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, cit. pp. 211-254.

Se a história normativa setorial que se desenrolou entre 1995 e 2004 for lida com as lentes da TTEEF, o que se testemunhou foi uma avalanche incessante de eventos de álea extraordinária, sobretudo na modalidade de alterações unilaterais do contrato promovidas por atos gerais e abstratos provenientes de diferentes instâncias³²: leis, decretos e atos administrativos normativos do recém criado regulador, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, do Operador Nacional do Sistema – ONS, do Mercado Atacadista de Energia – MAE, do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e do (único ente existente em 1995), Ministério de Minas e Energia – MME, para ficar nos mais relevantes. Numa lista parcial apenas das normas de hierarquia superior, podemos elencar a Lei 9.427/1996 e seu Decreto 2.335/1997, a Lei 9.648/1998 e seu Decreto 2.655/1998, a Lei 10.438/2002 e seus inúmeros Decretos, a Lei 10.848/2004 e seus Decretos 5.163/2004, 5.081/2004, 5.177/2004, dentre outros, a Lei 12.783/2013 etc.

A título de ilustração convém rememorar algumas mudanças notáveis ao longo do tempo, especialmente sensíveis para os serviços de distribuição de energia elétrica:

- A possibilidade de o Concedente ampliar o universo dos consumidores livres, para além do elenco original já estabelecido quando da celebração do Contrato 01/1995 e previamente delimitado nos arts. 15 e 16 da Lei 9.074/1995 – o que efetivamente foi feito não só com a criação dos consumidores especiais³³, mas também com paulatina a redução dos requisitos técnicos para os consumidores livres³⁴.
- As sucessivas mudanças na relação da distribuidora com esses consumidores: a.) originalmente, a empresa poderia negociar com eles em bases livres³⁵, depois isso lhes foi vedado³⁶ e mais adiante novamente reconhecido, mas então sob certas condições³⁷; b.) a disciplina das consequências da saída desses consumidores: antes a regulação facultava à distribuidora rever os contratos de suprimento na proporção do consumo do consumidor sainte e solicitar revisão tarifária extraordinária (álea econômica extraordinária)³⁸; depois essa revisão lhe foi expressamente proibida³⁹.
- Novas exigências de investimentos e estabelecimento de metas de universalização e qualificação do serviço de distribuição⁴⁰ trazidas pela legislação subsequente e regulação da ANEEL, variáveis ao longo do tempo.
- As profundas e sucessivas mudanças no regime dos contratos de suprimento⁴¹, em particular: a.) substituição da liberdade de compra que se anunciava no art. 10 *caput* da Lei 9.648/1998, pela obrigatoriedade de compra de energia no ACR, sob novas e estritas condições (art. 2º da Lei

³² Não vamos esquecer que quaisquer providências normativas abstratas incorporam-se automaticamente no contrato de concessão. Uma coisa é o *instrumento* do contrato, o documento escrito que pode permanecer invariável ou sofrer aditamentos. Outra, o *contrato*, tido como relação jurídica que dura – e muda – no tempo.

³³ Art. 26 da Lei 9.427/1996.

³⁴ Ainda se espera uma liberação total do mercado de comercialização a partir do horizonte de 2024.

³⁵ Art. 15, § 1º da Lei 9.074/1995, em sua redação original.

³⁶ Art. 4º, § 5º da Lei 9.074/1995, com a redação que lhe deu a Lei 10.848/2004.

³⁷ Art. 4º, § 13 da Lei 9.074/1995, com a redação que lhe deu a Lei 13.360/2016.

³⁸ Art. 15, §§ 5º e 7º, da Lei 9.074/1995 na redação original.

³⁹ Art. 15, § 5º da Lei 9.074/1995 com a redação que lhe deu a Lei 9.648/1998.

⁴⁰ Arts. 14 e 15 da Lei 10.438/2002.

⁴¹ Do art. 10 da Lei 9.648/1998 para as disposições da Lei 10.848/2004 e seu regulamento, o Decreto 5.163/2004.

10.848/2004). b.) a vedação ao *self dealing* c.) diferentes regimes de repasse do preço da energia comprada ao consumidor cativo da distribuidora⁴²; c.) introdução, em 2004, da exigência de lastro contratual para 100% do consumo, no lugar da admissão de certo percentual de exposição ao mercado de curto prazo⁴³.

- A criação de um “mercado de sobras e diferenças⁴⁴”, inexistente em 1995.
- A introdução e os sucessivos aperfeiçoamentos da revisão tarifária ordinária⁴⁵, com a inovação importante, de compartilhamento de ganhos de produtividade do concessionário⁴⁶, e as várias mudanças de metodologia dessa revisão (lembre-se: no Contrato 01/95, as tarifas foram fixadas unilateralmente pelo concedente em base ao custo do serviço e não pelo preço da proposta vencedora da licitação; além disso, não havia qualquer referência precisa à revisão ordinária, muito menos à exigência de compartilhamento de ganhos de produtividade).
- A exigência de desverticalização e as consequências que ela traz para alguns importantes negócios das distribuidoras⁴⁷.

A estes poucos exemplos muitos outros poderiam ser agregados. Não temos condições, obviamente, de elencar todas as alterações significativas e profundas que essas e outras normas trouxeram para o ordenamento jurídico e regulatório setorial. Mas não parece desarrazoado imaginar que, à luz do estado de coisas estabelecido no Contrato 01/1995, estamos às voltas com incontáveis e relevantes reconfigurações nas condições de prestação dos serviços de distribuição e dos princípios e mecanismos tarifários, com evidentes impactos na (suposta ou imaginada) equação T0 ou, mais amplamente, no arranjo econômico-financeiro do contrato de concessão. Os leitores familiarizados com a história setorial recente têm noção da extensão e da magnitude das mudanças, e também conhecem as oscilações, idas e vindas, que a disciplina regulatória sofreu. A maioria, senão a totalidade dessas alterações trouxe consequências econômicas e também financeiras para os serviços objeto dos contratos de concessão.

Diante disso, não seria demasiado perguntar: à luz da TTEEF, como deveriam ter se comportado o concessionário do Contrato 01/95 e todos os demais que, como ele, passaram por diversos “modelos setoriais” e variações regulatórias que, ao menos *prima facie*, tipificam verdadeiras alterações unilaterais do contrato, áleas extraordinárias? Aliás, pode-se especular que muito provavelmente o funcionamento ótimo do maquinário dessa teoria teria, simplesmente, impedido o desenvolvimento das novidades. Que sentido teria mudar a disciplina dos serviços se permanecesse a obrigação de resguardar as velhas equações econômico-financeiras? Desconfia-se que a finalidade das mudanças seja justamente o de evitar calcificações desse tipo. Ou seja: não funcionou aqui a TTEEF. E não funcionou também em relação a outra categoria de álea extraordinária.

⁴² Art. 10, § 2º da Lei 9.648/1998.

⁴³ Arts. 2º e 3º do Decreto 5.163/2004.

⁴⁴ Art. 12, 14 e segs. da Lei 9.648/1998.

⁴⁵ Sobre ela, veja-se KAERCHER-LOUREIRO, Gustavo, Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador, *in*: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), **Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III)**, Rio de Janeiro: Synergia, 2014.

⁴⁶ Art. 14, IV da Lei 9.427/1996.

⁴⁷ Art. 4º, § 5º da Lei 9.074/1995, com a redação que lhe deu a Lei 10.848/2004.

II.3.2. - O racionamento de 2002 e suas repercussões econômicas. Outras hipóteses de revisões tarifárias extraordinárias

Entre julho de 2001 e fevereiro de 2002 parte do território nacional esteve sob “racionamento” enquanto outra parte esteve sob “racionalização” de consumo (Região Sul, sobretudo). A diferença entre racionamento e racionalização era (sobretudo) formal: no primeiro caso, havia uma positiva declaração do Concedente e, como consequência, um programa compulsório de medidas que envolviam, dentre outras coisas, redução de consumo, penalizações, incentivos etc. No segundo caso, à falta dessa declaração, as medidas de contenção do consumo eram meramente sugeridas e incentivadas. Na origem de ambos os fenômenos, porém, estava o mesmo fato: a escassez de oferta de energia. Conquanto as causas de tal escassez possam ser – e foram – debatidas, acabou-se por consolidar a percepção de que se estava diante de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável para os agentes setoriais, de fortes repercussões econômicas em toda a cadeia da indústria (geração, transmissão, distribuição).

Sobre este episódio, é interessante constatar, em primeiro lugar, que, embora a causa material fosse a mesma, o tratamento jurídico foi distinto para as empresas sob racionamento em relação àquelas sob racionalização. Objeto de medidas compensatórias posteriores (infra) foram apenas as empresas sob o racionamento. Sem entrar no mérito dessa decisão, calha perguntar se tal diferença de tratamento faria sentido sob a TTEEF. Não se estaria, num caso, diante de fato do Príncipe e, de outro, de evento extraordinário, imprevisível etc.? Ambas as hipóteses encontram-se no interior da álea extraordinária, com as consequências de estilo.

No âmbito mais restrito do racionamento, é também digno de nota que auxílios do Concedente foram endereçados não apenas para os titulares dos contratos de concessão de serviço público, mas também para produtores independentes de energia os quais, à luz do entendimento doutrinário, não seriam prestadores de serviços públicos, mas agentes econômicos *stricto sensu*⁴⁸, “meros” autorizados ou concessionários de uso de bem público. Para o conjunto dos agentes setoriais foi implementada uma série de medidas de auxílio e estímulo econômico, dispostas em algumas leis e regulamentos, dentre as quais a Lei 10.438/2002. Nesse universo de medidas encontravam-se adicionais tarifários (aí sim, apenas para prestadores de serviço público)⁴⁹, financiamentos do BNDES aos agentes setoriais sob condições facilitadas, “repações” (mandatórias) de cláusulas de contratos de suprimento e a “Recomposição Tarifária Extraordinária – RTE” (art. 4º da Lei 10.438/2002). Mais uma vez, é de se indagar, à luz da TTEEF, a que título houve auxílios da União a sujeitos que, segundo a opinião dominante, são agentes econômicos e não prestadores de serviço público.

Restringindo-se ainda mais o foco do exame, mesmo para as distribuidoras, efetivas concessionárias de serviço público, as medidas não rezaram exatamente pela cartilha da TEEF. Exemplo saliente disso foi a “recomposição tarifária extraordinária” promovida pelo art. 4º da Lei 10.438/2002. Um exame dos dispositivos deste

⁴⁸ Veja-se DE ARAGÃO, Alexandre Santos, A natureza jurídica da geração de energia elétrica, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. II), Rio de Janeiro: Synergia, 2013; DE ARAGÃO, Alexandre Santos, A regulação de insumos à geração de energia elétrica e a Resolução ANEEL 583/2013, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III), Rio de Janeiro: Synergia, 2014; CALASANS JÚNIOR, José, Temas polêmicos do novo direito da eletricidade, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. I), Rio de Janeiro: Synergia, 2012., MARQUES, Márcio Pina, O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração de atividade econômica, in: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; DE CASTRO, Marcus Faro (Orgs.), Direito da Energia Elétrica no Brasil, Brasília: ANEEL e UnB, 2010. Para uma crítica a essa posição, a partir da ideia de que qualquer “serviço ou instalação de energia elétrica” (art. 21, XII, b da Constituição) não pode ser simples atividade econômica (*stricto sensu*), ainda que não necessite ser, sempre, serviço público, v. KAERCHER LOUREIRO, **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, Parte IV, Capítulo 1.

⁴⁹ Art. 1º da Lei 10.438/2002.

artigo mostra claramente que se afastou a recomposição, em muitos pontos, do tradicional mecanismo da *revisão* tarifária extraordinária (a não utilização do termo “revisão” parece não ter sido acidental). Certo, na base da RTE estava um evento reconhecido como álea (econômica) extraordinária. Mas basta ler o conjunto de condições, limitações, mecanismos e exigências feitas pelos 17 parágrafos do art. 4º para dar-se conta de que não estamos diante de providências tendentes a, simplesmente, neutralizar os efeitos do racionamento e restaurar a equação econômico-financeira original do contrato de concessão. A cada passo se tropeça com uma “heterodoxia” acerca da qual não se julga o mérito ou demérito, mas apenas se constata seu distanciamento em relação ao que preconiza a teoria.

Em síntese: pouca coisa funcionou como nos manuais de direito administrativo.

III.3.3. - Os Termos Aditivos ao Contrato 01/1995

Nada obstante todas essas mudanças, o (instrumento do) Contrato 01/1995 sofreu apenas quatro aditamentos⁵⁰, para introduzir algumas poucas, mas importantes, novidades (diga-se *en passant* que seria interessante verificar o critério usado pelo Regulador para decidir que circunstâncias supervenientes ensejam – e que circunstâncias não ensejam – aditamentos aos contratos de concessão).

O primeiro ocorreu em 2005 – quando a maior parte das alterações regulatórias já tinha acontecido havia tempo, cf. acima. Teve ele por objeto “atender às condições de eficácia constantes dos §§ 2º dos arts. 36 e 43 do Decreto 5.163 de 30 de julho de 2004, e na forma das alterações efetuadas na redação do Contrato de Concessão de Geração, Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica n. 01/1995-ANEEL de 17 de julho de 1995, estabelecidas na Cláusula Segunda deste Termo Aditivo.”

A disposição do § 2º do art. 36 do Decreto 5.163/2004 fazia menção a aditivos contratuais para legitimar a inclusão de metodologias (novas) que assegurassem “a neutralidade no repasse dos custos de aquisição de energia elétrica⁵¹”. Já o § 2º do art. 43 também aludia à necessidade de aditivos contratuais para fossem incluídos nos “mecanismos de compensação de que trata a Medida Provisória no 2.227, de 4 de setembro de 2001, as variações resultantes dos custos de aquisição de energia elétrica não consideradas no reajuste tarifário promovido no ano anterior⁵².”

Tão ou mais importante do que o tema versado nos dispositivos do Decreto 5.163/2004 era a radical alteração que, pelo Aditivo 01, vinha estabelecida nas cláusulas tarifárias do Contrato 01/1995. Por meio da reformulação da Cláusula 9ª um novo arranjo foi estabelecido. Trocaram-se as genéricas indicações, vistas antes, por mecanismos mais complexos – mas nem assim isentos de vagueza e ensejadores de discricionariedade administrativa, como veremos.

Quanto ao reajuste, antes absolutamente indeterminado e a critério do Concedente (cf. supra), passou a ter a seguinte estrutura: a.) os custos da concessionária seriam separados em dois grandes grupos, conforme fossem (tidos pela regulação) por “não gerenciáveis” ou “gerenciáveis”: respectivamente, “Parcela A” e “Parcela B”; b.)

⁵⁰ Obtivemos essa informação do banco de dados do site da ANEEL, http://app.aneel.gov.br/web/guest/contratos-de-distribuiacao?p_p_id=contratos_WAR_contratosdeconcessaoportlet_INSTANCE_IsLA88A4t0k0&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=2&p_p_col_count=6.

⁵¹ Art. 36, § 1º do Decreto 5.163/2004.

⁵² Art. 43, *caput* do Decreto 5.163/2004.

anualmente⁵³, para a obtenção da chamada Receita Requerida, a Parcela A seria atualizada, incorporando-se ao seu montante as variações de custos efetivamente verificadas ao longo ano (*pass through*⁵⁴), enquanto que a Parcela B seria obtida aplicando-se ao seu valor estabelecido no ano anterior um Índice de Variação da Inflação (IVI)⁵⁵ subtraído do “Fator X”, um índice estabelecido pelo regulador para “repassar aos usuários os ganhos de produtividade (...) e resultados decorrentes de mecanismos de incentivos⁵⁶” (veremos adiante).

Quanto à revisão tarifária extraordinária, sofreu alguns ajustes de menor relevo.

Novidade mesmo foi a disciplina da Cl. 9ª, Sc. 3ª. A revisão tarifária ali constante era absolutamente genérica (posivelmente impraticável por ausência de parâmetros). A partir de 2005 passou a ser disciplinada em maior detalhe. Por sua importância, vamos vê-la em separado.

O segundo termo aditivo, de dezembro de 2008, teve uma importância muito grande. Ele atuou a (nova) exigência de desverticalização das atividades, instituída pela Lei 10.848/2004⁵⁷. Pelo Aditivo 02 restaram “suprimidas as Subcláusulas Primeira e Segunda da Cláusula Primeira (OBJETO) do Contrato de Concessão de Geração, Transmissão e Distribuição n. 001/1995-ANEEL, de 17 de julho de 1995, que dispõe sobre as concessões de aproveitamento de potenciais hidráulicos e transmissão de energia não vinculadas ao serviço público de distribuição de energia elétrica.”

O Aditivo 03, de fevereiro de 2010 teve por objeto novas mudanças na construção dos mecanismos de alteração tarifária, mais precisamente, “[o] objeto do presente Termo Aditivo é alterar os procedimentos de cálculo dos reajustes tarifários anuais, visando à neutralidade dos Encargos Setoriais da ‘Parcela A’ da Receita Anual da Concessionária...”.

Por fim, o Aditivo 04, de dezembro de 2014, dispõe sobre a incorporação de certos índices financeiros no cálculo de indenização, quando do término da concessão, sob certas condições.

Para encerrar o exame do caso de estudo, vamos ver em maior detalhe a nova revisão tarifária que o Contrato 01/95 incorporou em 2005. Na verdade, trata-se de uma completa substituição de um mecanismo de variação de tarifa por outro e, dir-se-ia, de *política tarifária*. A importância deste novo mecanismo é tal que merece um exame separado.

II.4. - A revisão tarifária ordinária introduzida no Contrato 01/95

Como determinava o Contrato 01/1995, de três em três anos o Concedente deveria proceder a uma “revisão periódica” das tarifas. Tais revisões ocorreram (ou deveriam ter ocorrido) em 1998 e 2001, ainda sem qualquer base metodológica estabelecida. Para o ano de 2005, por força do Aditivo 01, procurou-se seguir alguns padrões.

⁵³ Exceto quando houver revisão tarifária ordinária.

⁵⁴ A rigor, não se trata de um autêntico *pass through*: há limites de repasse dos custos de aquisição de energia, estabelecidos, dentre outros, no art. 10, § 2º da Lei 9.648; art. 1º, § 8º da Lei 10.848; art. 2º, § 4º da Lei 10.848. Decreto 5.163/2004 (passim).

⁵⁵ No Contrato 02/2019 o IVI é obtido pela divisão dos índices IPCA do IBGE e índice do último reposicionamento tarifário.

⁵⁶ Contrato 02/2019, Cl. 6ª, SC. 15. Interessante notar que no Contrato 01/1995 o número estabelecido para o Fator X poderia ser não apenas *subtraído* mas também *somado* ao índice de reajuste.

⁵⁷ Art. 20 da Lei 10.848/2004 e nova redação dos §§ 4º, 5º e 7º do art. 4º da Lei 9.074/1995.

Os procedimentos de revisão tarifária trazidos pelo Aditivo 01 são complexos e profundamente inovadores em relação ao que se continha no Contrato 01/95 e, mais genericamente, em relação à política tarifária anterior a 1996. Além disso, a Revisão Tarifária Periódica – RTE (ou Revisão Tarifária Ordinária – RTO⁵⁸) não foi uma peculiaridade deste contrato, mas uma inovação setorial que desde logo foi considerada como elemento extravagante – e quiçá juridicamente nulo – em face de nossa tradição. Em síntese, estava-se diante de uma figura (aparentemente⁵⁹) nova, que muita celeuma criou no ambiente jurídico. Nessa seção vamos apenas descrever a RTE, para mais adiante verificar o quão discrepantes ela efetivamente é, em relação ao que preconiza a TTEEF.

Grosso modo, de dois mecanismos compõe-se a RTO: 1.) o **reposicionamento tarifário**; 2.) a **determinação do Fator X** (a ser empregado nas fórmulas de reajuste anual). Ela acontece com periodicidade certa, fixada no contrato de concessão – nos diferentes contratos, os períodos variam entre 3 a 6 anos. No caso da ESCELSA eram, originalmente, 3 anos.

O reposicionamento tarifário define a “receita ótima” da concessionária, à vista de certa qualidade do serviço requerida pela regulação. De modo muito simplificado, ela envolve: a.) aferição dos custos operacionais eficientes (custos do serviço, receitas irrecuperáveis etc.); b.) determinação da justa remuneração: b.1.) remuneração dos investimentos prudentes; b.2.) definição da taxa de retorno razoável (WACC); b.3.) depreciação (note-se o uso de qualificativos como “eficientes”, remuneração “justa”, investimentos “prudentes” e taxa de retorno “razoável”. São diferentes formas de dar concretude a esses conceitos vagos que explicam as diferentes *metodologias* de aferição de custos, investimento (a base de remuneração), a taxa de retorno (aplicada à base de remuneração) etc., metodologias essas que variaram ao longo dos diferentes Ciclos Tarifários (adiante).

Já por meio do Fator X são estabelecidas as metas de eficiência para o próximo período tarifário que serão expressas na tarifa. Ele se destina a realizar o comando do art. 14, IV da Lei 9427/1997 e partilhar com o consumidor os ganhos de produtividade esperados pelo regulador, ao longo do período que medeia entre as revisões periódicas. Normalmente, funciona como um redutor do índice de reajuste⁶⁰.

⁵⁸ Definida no art. 2º, LXIX da REN ANEEL 414/2010 como: “revisão tarifária periódica: revisão ordinária, prevista nos contratos de concessão, a ser realizada considerando-se as alterações na estrutura de custos e de mercado da distribuidora, os níveis de tarifas observados em empresas similares, no contexto nacional e internacional, e os estímulos à eficiência e à modicidade tarifária.”

⁵⁹ Já tratamos desse tema em dois trabalhos anteriores: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concessão de Service Public e a Regulation of Public Utilities**, Porto Alegre: Fabris, 2007. Em verdade, essa revisão periódica nada tinha de novidade; estava prevista desde 1934, para as tarifas do setor elétrico, nos arts. 178 e segs. do Código de Águas. O que ocorreu foi que nossa doutrina mais recente simplesmente ignorou essa figura, bem como toda a tradição constitucional de nossa história republicana sobre a qual ela se baseava, e preferiu aderir, sem mais e sem muitos questionamentos, à experiência do direito francês.

⁶⁰ Nas palavras da ANEEL, o Fator X é “um índice fixado pela ANEEL na época da revisão tarifária. Sua função é repassar ao consumidor os ganhos de produtividade estimados da concessionária decorrentes do crescimento do mercado e do aumento do consumo dos clientes existentes. Existe uma tendência que no longo prazo as concessionárias de distribuição aumentem a quantidade do mercado e melhorem suas práticas de gestão, de modo a aumentar os ganhos. O fator X busca repassar parte desses ganhos aos consumidores. O fator X funciona, na maioria das vezes, como um redutor dos índices de reajuste das tarifas cobradas aos consumidores. É um percentual que será deduzido do IGP-M* (índice definido nos contratos de concessão para a atualização monetária dos custos gerenciáveis) nos reajustes tarifários anuais posteriores à revisão periódica. O Fator X é composto por 3 componentes: 1. O Componente Pd mensura os ganhos de produtividade das distribuidoras de energia elétrica; 2. O Componente Q avalia a qualidade dos serviços técnicos e comerciais prestados por cada distribuidora aos seus consumidores. 3. O Componente T ajusta, ao longo de um período definido, os custos operacionais observados de cada concessionária ao custo operacional eficiente.” Disponível em https://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/fator-x/654800?inheritRedirect=false.

Já essas poucas indicações permitem constatar que esse mecanismo não tem por objetivo assegurar a manutenção de uma equação econômico-financeira original, obtida no momento T0. Trata-se, justamente, do oposto: de destruir a equação original (e as sucessivas à original), para, em seu lugar, instituir ciclicamente um novo arranjo econômico, condizente com as condições econômicas e negociais vigentes para o período em exame.

Em todo o caso, tão importante quanto a novidade da RTO é o modo como foi introduzida e segue sendo tratada.

Passado o período da pura empiria, mas ainda sem segurança quanto às melhores metodologias de aferição de importantes elementos como o Fator X, a determinação de custos “prudentes”, investimento “adequado”, remuneração “justa” etc., a ANEEL resolveu instituir a figura dos Ciclos Tarifários. Tais Ciclos nada mais são do que períodos predeterminados, dentro dos quais valem certas premissas metodológicas e procedimentais para a estipulação dos elementos da RTO, premissas essas apresentadas pelo regulador para discussão (em audiências públicas) de posterior deliberação. O Primeiro Ciclo ocorreu entre 2003 e 2006; o Segundo, entre 2007 e 2010; o Terceiro, entre 2011 e 2014, e assim sucessivamente. Em cada um variam substancialmente as metodologias, procedimentos e critérios de avaliação de inúmeros fatores como base de remuneração, critérios de imputação de custos (por empresa de referência ou *benchmarking*), avaliação de ativos etc. Consequentemente, variam de modo considerável os resultados a que se chega. Trata-se, à toda evidência, de um aprendizado por experiência.

Diante de toda essa história, o que se há de reter?

SEÇÃO III - O CONFRONTO ENTRE A TTEEF E O CONTRATO 01/95

Ao longo das Seções II e III já indicamos de modo pontual algumas discrepâncias entre o que preconiza a teoria tradicional, de um lado, e o conteúdo e as mudanças sucessivas do Contrato 01/95, de outro. Nesta seção vamos apenas coletar e ordenar aquelas indicações.

- Ao que tudo indica, *nenhuma equação T0 foi fixada no momento da celebração do Contrato 01/95*. Pelo menos, ela não restou expressa e claramente estabelecida – o que é pressuposto fundamental de operação da TTEEF.
- O Contrato 01/95 nasceu sob a vigência da política tarifária do serviço pelo custo, com os valores unilateralmente fixados pelo DNAEE, sem qualquer relação com o “preço da proposta” que lhe permitisse instaurar, *ab origine*, a política do serviço pelo preço ou a regulação tarifária por incentivos (art. 9º da Lei 8.987/1995). Ao longo do tempo, o modo original de conceber e de construir a tarifa – algo absolutamente fundamental para determinar elementos básicos do REF do contrato – foi substituído pelo modelo da regulação (tarifária) por incentivos, completamente diferente da anterior em seus pressupostos e resultados. Essa mudança, uma verdadeira alteração unilateral do contrato no “coração” do REF da concessão, não ensejou qualquer pleito da concessionária ou providência reparatória do Concedente.
- Aliás, esse tipo de providência reparatória seria um evidente contrassenso sob o ponto de vista da regulação setorial pois, justamente, a mudança na regulação tarifária – em especial a RTO - tinha por

objetivo *desconfigurar e reconfigurar*, de tempos em tempos, a situação econômico-financeira anterior do concessionário, e não manter a equação T0 (supondo-se que se a tenha fixado quando da celebração do contrato, o que aparentemente não foi o caso). Trata-se de buscar *distintos e variados “equilíbrios”*. Além disso, um dos objetivos fundamentais da RTO era proporcionar aos usuários do serviço a apropriação de (parte dos) ganhos de produtividade concessionário, algo que a TTEEF qualificaria como *álea ordinária* e, portanto, não passível de ser aproveitada por terceiros Ou seja: mais uma vez, e por várias razões, constata-se que não operaram aqui os mecanismos e prescrições da TTEEF.

- Sob o ponto de vista da determinação e completude dos elementos básicos do REF da concessão, outra premissa básica da qual parte a TTEEF, veja-se que sequer fórmula de reajuste estabelecida o contrato possuía. Essa e outras circunstâncias do conteúdo do contrato, bem como a iminente “avalanche” de novidades regulatórias que estava por vir sugerem que as partes contrataram num cenário de absoluta incerteza e incompletude, cenário esse que contradiz as bases sob as quais foi construída a TTEEF.
- Não bastasse a incerteza e incompletude *originais*, o Contrato 01/95 foi acometido por uma série de eventos que a TTEEF qualificaria como alterações unilaterais do contrato e áleas extraordinárias, as quais, porém, não receberam o tratamento “ortodoxo” preconizado pela teoria tradicional. Note-se, ainda, que muitas dessas mudanças, de inegável impacto no regime econômico-financeiro das concessões de distribuição, parecem de difícil senão impossível quantificação para fins de acionamento de mecanismos tradicionais como a revisão tarifária extraordinária (que conceitualmente se lhes aplicaria à luz da TTEEF). Grande parte das alterações instituem estados de coisas e novas circunstâncias estruturais, fenômenos que desafiam quantificações. Muitas mudanças não são eventos pontuais que possam ser identificados, isolados, valorados e “precificados”. Assim, por exemplo, como calcular o abalo que teve um distribuidor por ter sido proibido de poder negociar em condições livres com consumidores livres (desculpe-se a repetição)? Como calcular a repercussão econômica da mudança de regime de contratação de suprimento, que passou, no caso do Contrato 01/1995, do regime de custo do serviço (Lei 8.631/1993), para a livre negociação (Lei 9.648/1998) e depois para o regime do ACR (Lei 10.848/2004). Como calcular o impacto, ao longo de todo o prazo da concessão, da introdução da mini e micro-geração distribuída? Os exemplos poderiam se multiplicar. Tentar uma conta que contraponha “ingressos” e “receitas” em cada uma dessas situações é simplesmente um sem sentido econômico.

Em resumo: no lugar de um rígido *pacta sunt servanda* tal como exigido pela TTEEF o que se teve, *desde o início*, foi um estado de coisas marcado pela incerteza, incompletude e uma desconsideração (ao menos em grande parte) pelo funcionamento “canônico” da TTEEF. Já o dissemos: nada saiu como nos manuais de direito administrativo.

Diante disso, seria a história do Contrato 01/95 a narrativa de constantes e profundas violações do direito positivo brasileiro? A resposta deve ser buscada no exame dos textos e normas. É possível que a teoria não corresponda à realidade normativa. Para tentar responder a essas e outras perguntas, passaremos para o terceiro eixo temático deste estudo, depois de já termos visto a TTEEF e o Contrato 01/95.

SEÇÃO IV - O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

IV.1. - Introdução

Objeto de nosso exame aqui são os textos e normas mais gerais relativos ao REF das concessões de serviço público. Teriam as normas pertinentes exigido a existência e a identificação precisa de uma equação original T0 (seria essa equação o *bem jurídico tutelado*)? Imporiam elas a manutenção dessa equação por todo o tempo do contrato? Concebem essas normas, tal como prevê a TTEEF, uma específica teoria das áleas e uma repartição necessária delas entre as partes da concessão? Eventual repartição das áleas seria completa e não admitira lacunas a serem preenchidas ao longo do tempo? Teriam, enfim, o Contrato 01/95 e o que se lhe veio depois violado o direito brasileiro? Em síntese, estamos às voltas, concomitantemente, com a relação mais abstrata, que confronta a TTEEF e o direito brasileiro, e com a relação mais concreta, que confronta o direito brasileiro (geral, não setorial), com o Contrato 01/95.

Começemos pela Constituição, pois que é arraigada a ideia de que já ali estaria não apenas a base, mas todo o maquinário da TTEEF⁶¹.

IV.2. - Constituição

Ao contrário da (quase) *communis opinio doctorum*⁶², entendemos de que a Constituição de 1988 pouco ou nada tem a contribuir para esclarecer o REF de concessões de serviço público. Como seria de se esperar de uma Constituição, ela não responde a qualquer uma das perguntas lançadas acima – e nem a outras. As razões para esse entendimento divergente, que vê na Carta um movimento de “auto-contenção constitucional”, foram apresentadas em

⁶¹ Veja-se, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, falando da relação entre as teorias do direito francês e a disciplina jurídica brasileira, em especial, a constitucional: “Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o Direito Brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso Direito Positivo. Este, como se verá, a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França. É que no Direito Francês a álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço. Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito Francês. Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário. Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta inteligência é que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º, § 2º, 18, VIII e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º § 3º determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevivência de tributos (salvo os de imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados pelo concedente. **Tais solução são obrigatórias em face de nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que as obras e serviços (tanto compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.’**” Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., 2015, São Paulo: Malheiros, p. 765-767 (Grifou-se).

⁶² São exceções a esta *communis opinio* Maurício Portugal e Letícia RIBEIRO, Maurício Portugal, **Concessões e PPP’s: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, [s.l.: s.n.], 2010, DE ALENCAR, Letícia Lins, **Equilíbrio na Concessão**, Belo Horizonte: Forum, 2019.

outro estudo específico sobre o problema, ao qual se remete o leitor⁶³. Elas giram em torno do exame de dois artigos da Constituição, o art. 175 e o art. 37, XXI.

Com relação ao primeiro dispositivo, que seria a natural *sedes materiae* do tema do REF, é de se notar, basicamente, o seguinte: este dispositivo quebrou *deliberadamente* uma tradição constitucional ininterrupta desde 1934, que indicava expressamente os objetivos fundamentais de qualquer política tarifária que viesse a ser adotada pelo legislador ordinário. Nossas Constituições anteriores consagraram ora a exigência de “justa remuneração” ligada à tradição norte-americana de regulação de *public utilities* (1934, 1937, 1946 e 1967) ora a exigência de “equilíbrio econômico-financeiro”, ligada à tradição francesa da *concession de service public* (1967). Quebrando essa tradição, no art. 175 houve recusa *consciente, explícita e justificada*⁶⁴ de cravar parâmetros (como se pode constar da redação final do texto e dos debates da Constituinte). Preferiu ele aludir, apenas, à necessidade de existência de *alguma* política tarifária e remeter sua conformação ao legislador (geral ou setorial).

Como que reconhecendo a laconicidade do art. 175, a doutrina hegemônica desloca o debate em torno do tema para o art. 37, XXI da Carta. Aqui também não há muito o que se possa extrair de útil para o tópico. Nossas conclusões do estudo acima referido apontam que tampouco ele se presta a consagrar um princípio minimamente denso de proteção do equilíbrio econômico-financeiro de concessões de serviço público, tal como entendido tradicionalmente; e muito menos alberga uma inteira teoria para lidar com esses negócios jurídicos. As justificativas que aduzimos para esse entendimento giram em torno, basicamente, de dois pontos: a.) a inaplicabilidade do art. 37, XXI, às concessões (que são disciplinadas no art. 175). Sua hipótese de fato (*fattispecie*) é o universo dos contratos de “obras, serviços, compras e alienações”, não apenas porque esta é a referência expressa do texto⁶⁵, mas também porque a racionalidade do dispositivo faz sentido apenas para este tipo de negócio jurídico; b.) o teor do dispositivo. Independentemente de seu campo de aplicação, a magra tira na qual a TTEEF apegar-se para se agarrar à Constituição (um grupo de palavras que sequer autonomia sintática possui, o “mantidas as condições efetivas da proposta”) não preconiza a necessidade de manutenção de uma equação econômico-financeira inicial, estabelecida entre as “saídas” e “entradas” do concessionário. O “manter a proposta” ali presente não é equivalente, de modo algum, a “manter ao longo de todo o tempo do contrato e sob qualquer circunstância, a equação econômico-financeira original que decorre efetivamente da proposta.” Como já tivemos oportunidade de explicar, a proposta a que se refere o inc. XXI do art. 37 pode contemplar, exatamente, desfazimentos e refazimentos periódicos de uma suposta equação T0 – equação mais fácil de ser configurada em contratos administrativos comutativos do regime geral do que em concessões. Essa possibilidade dependerá de como o edital, que baliza a proposta, tiver conformado o regime econômico-financeiro do contrato. Se assim dispuser o edital, a proposta terá sido mantida sempre que essas desconstituições e refazimentos ocorrerem. Caso se deseje aplicar o inc. XXI do art. 37 às concessões (o que se nega *sub a.*), acima, esse entendimento deve prevalecer, sob pena de tornar inconstitucional toda a política tarifária do serviço pelo “preço”, ou a regulação por incentivos (em particular, a revisão tarifária ordinária seria claramente inconstitucional caso se pretendesse ler o dispositivo como vedando alterações na equação econômico-financeira original).

⁶³ O já citado *Estudos*, Capítulo II.

⁶⁴ Foram inúmeras as tentativas de incluir no seu texto as referências a “equilíbrio econômico-financeiro da concessão” e “justa remuneração do capital empregado” nessas concessões. Todas elas rechaçadas, ao argumento de que a matéria era da esfera da legislação ordinária.

⁶⁵ “A Constituição de 1988, embora contenha dispositivo análogo, concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). Apenas estabelece, de maneira muito vaga, que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, ‘mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’ (art. 37, XXI). Essa norma costuma ser interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 10a. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. (...).

Impossibilitados os arts. 175 e 37, XXI, de prestar amparo para a TTEEF, restaria investigar a existência de um princípio implícito na Constituição. Não pretendemos avançar neste tema, mas fazemos notar que, caso tal empreitada tenha sucesso, há de se tomar a norma não expressa pelo que ela é: um preceito dotado de alto grau de indeterminação e carente de um específico processo de concretização, a ponderação⁶⁶. Princípios, tomados em si mesmos, não são conjuntos ordenados de preceitos específicos, muito menos condensados de inteiras teorias. São orientações, “mandamentos de otimização” que se realizam de modos distintos e com intensidades distintas em cada caso nos quais são usados, no confronto com outros princípios de igual hierarquia e “sinal contrário”.

Em síntese: a Constituição deixou amplo espaço à conformação do legislador ordinário e não recebeu, como quer parte da doutrina, a TTEEF. Quanto ao nosso contrato, ela parece pouco contribuir para passar sentença.

IV.3. - Leis gerais sobre concessões

A mais recente lei geral concessões, a Lei 11.079/2004, fez amplo uso dessa liberdade em face da Constituição e inovou profundamente no tema do REF. Sintoma disso é que sequer usa a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”. De modo bastante evidente, ela se contrapõe a inúmeros cânones da TTEEF e, ainda que fosse aplicável a concessões comuns (como é o Contrato 01/95), não tem objeções a fazer ao modo como as coisas se passaram. Sua principal contribuição para o presente estudo está, portanto, em indicar como o direito positivo se distancia sensivelmente da teoria que se lhe costuma jogar nos ombros.

O aspecto central da Lei 11.079/2004 está no modo como concebeu e distribuiu as “áreas”, em especial “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e área econômica extraordinária” (art. 5º, III). Ou melhor, como *não distribuiu*: deixou a decisão quanto a isso ao contrato de concessão. Nos termos do *caput* do art. 5º, o contrato *deverá* dispor sobre a repartição desses (e de outros) riscos.

Essa decisão do legislador permite grande flexibilidade e dota de capacidade de adaptação os sujeitos responsáveis pela elaboração de editais e contratos de PPP's, ensejando que sejam adequadamente tratadas as especificidades de cada segmento econômico e mesmo de cada empreendimento concedido. Mas não se deseja entrar no mérito da discussão sobre o mecanismo de repartição desses riscos (as “matrizes⁶⁷”) ou sobre os critérios a serem utilizados para os imputar às partes. O que se quer notar aqui é apenas que *caso estivesse constitucionalizada a TTEEF*,

⁶⁶ GUASTINI, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale - Interpretare e Argomentare*, especialmente Parte III, Cap. V.

⁶⁷ Consta-se uma certa incongruência em algumas matrizes de risco presentes em contratos de concessão. Algumas delas alocam os riscos em parte apelando para a *natureza do evento*, em parte para “*zona de impacto do evento*” e, ainda, em parte, para a *natureza do efeito do evento*. Assim, uma mesma matriz de risco pode estipular que (i.) caso fortuito (ou risco regulatório) será arcado pelo concedente (ii.) que o risco de demanda será arcado pelo concessionário e que (iii.) efeitos extraordinários e de grande magnitude na economia do contrato serão partilhados entre as partes. Pois bem: o que fazer quando um evento de caso fortuito incidir na zona de impacto “variação da demanda” e produzir um efeito extraordinário e de grande magnitude? Neutraliza-se o prejuízo do concessionário, impõe-se-lhe integralmente o desequilíbrio ou se reparte o ônus? Como resolver isso, visto que, em princípio, não há hierarquia entre essas alocações? Diversas respostas seriam possíveis, mas todas dependeriam das “teorias”: se poderia dizer que o risco da demanda é do concessionário, *salvo* se provier de força maior, algo que faria a matriz de risco ser inútil, ao afirmar uma banalidade: que o concessionário suporta a área ordinária. Ou se poderia dizer que, ao atribuir ao concessionário o risco da demanda, por definição (e *modus operandi* de matrizes de risco), se imputam a ele o risco de ocorrência de eventos de qualquer tipo, o que faria a cláusula de força maior operar em “áreas de impacto” não previstas no contrato (e elas existirão). Em síntese: matrizes de risco que os alocam por meio de sobreposição de critérios diferentes – eventos, áreas de impacto dos eventos e efeitos dos eventos – são propensas a criarem enormes dificuldades de interpretação do contrato em certas hipóteses. Há uma lacuna ou antimomia, a depender de como se vê. E teoria da área ingressa, de forma subreptícia, no que dela deveria estar livre, ou seja, a “repartição objetiva de riscos”.

essa solução seria, simplesmente, *inconstitucional*, uma vez que fere frontalmente prescrições básicas da teoria, relativas à repartição das áleas (cf. Seção I)⁶⁸. Mais uma vez, o direito brasileiro não reza pela cartilha da ortodoxia teórica.

Diferente, em parte, é o panorama da Lei 8.987/1995. Esse diploma vale-se não apenas da expressão “equilíbrio econômico-financeiro” como adota elementos da TTEEF. Mas não com a intensidade e extensão que normalmente se supõe. E, quanto ao Contrato 01/95, a Lei 8.987/1995 tem, efetivamente, coisas a dizer.

Em primeiro lugar, o tema dos riscos e da disciplina dos eventos supervenientes à celebração da concessão de serviço público encontra tratamento na própria *definição* da figura jurídica. Diz o art. 2º, inc. II da Lei que a concessão é “a delegação de sua” [i.e., do serviço público] “prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado” (grifou-se). Tirando elementos que são mais próprios do regime jurídico e de escolhas meramente conjunturais do legislador do que próprios da definição do instituto⁶⁹, tem-se que, no final das contas, o que caracteriza concessão é a ideia de *delegação do exercício de um serviço público a um sujeito determinado, por sua conta e risco*. E compreende-se que a ideia de imputação generalizada de riscos ao concessionário seja elemento nuclear da concessão: é tal imputação que caracteriza ou dá sentido à modalidade de execução indireta de que fala o art. 175 da Constituição. Em princípio, portanto, o concessionário suporta os riscos de ocorrência de eventos ou atos que possam trazer impacto, negativo ou positivo, ao arranjo econômico da concessão.

Acerca do art. 2º, II, interessam-nos duas questões. A primeira: a imputação generalizada admite exceções? Ou, dito de outro modo, *qualquer evento superveniente* corre à conta do concessionário? A segunda: caso se admita que o “por conta e risco” comporta exceções, funcionaria ele como uma “cláusula de fechamento” ou de “completamento” do contrato, de tal sorte que tudo o que não estiver excepcionado deverá ser levado à conta do concessionário?

Não temos intenção de responder de modo cabal a essas questões, mas apenas explorá-las na medida em que servem ao presente estudo. Quanto à primeira indagação, é de se notar que, no mínimo, existem *exceções legais* à regra⁷⁰ constantes já na Lei 8.987/1995, as quais veremos oportunamente (§§ 3º e 4º do art. 9º). Depois, parece ser possível ao contrato, especificamente, dispor sobre o tema, a teor do que preconiza o art. 10 da mesma Lei (adiante). Em todo o caso, ao admitirmos *prima facie* essas aberturas, há de se ter na devida conta a necessidade de não diluir a regra a ponto tal que a concessão acabe por se confundir com modalidades de execução direta disfarçadas, em que o Concedente se torna substancialmente um “sócio” ou “garantidor universal” do concessionário. Isso desnaturaria por completo a própria ideia de concessão e de execução indireta. Na seleção destas hipóteses e exceções a TTEEF pode ter algo a ajudar, com a sua tipologia das áleas. Mas não deve pretender se *impor* ao comando legal, introduzindo, de modo monolítico, o seu cardápio de partição de responsabilidades (cf. Seção I, acima).

⁶⁸ Para esse ponto, atentou Barbara Sena. A autora fez também comentário semelhante em relação ao art. 9º da Lei 8.987/1995 (mas invocando apenas a inaplicidade do art. 37, XXI às concessões, e não seu conteúdo). Confira-se: “Se o art. 37, XXI fosse a regra aplicável às concessões, o art. 9º da LGC estaria eivado de vício de inconstitucionalidade, na medida em que garantir as mesmas condições da proposta ou do sinalagma idêntico ou equivalente àquele estabelecido no momento T=0 pressupõe a incidência da regulação pelo custo. Como não existem contradições entre as normas constitucionais e se sabe que a Constituição conferiu poderes ao legislador ordinário para estabelecer a política tarifária, não faria sentido conferir esse viés ao art. 9º da LGC.” SENA, Barbara Bianca, **A Arbitrabilidade Objetiva nas Concessões de Transmissão de Energia Elétrica**, IDP, 2020, p. 58, nt. 57, para o primeiro ponto e p. 83.

⁶⁹ Como, por exemplo, a referência à “licitação na modalidade de concorrência” ou a previsão de “consórcio”.

⁷⁰ Ou a norma em questão é um *princípio*, caso em que falaríamos de *compressão* desse alcance?

Supondo-se que, *prima facie*, pode haver exceções à regra de que a concessão corre por (total) conta e risco do concessionário, a segunda questão assume ainda mais importância. O que fazer com os riscos não disciplinados? Estariam cobertos, aí sim, pela regra geral? A questão é delicada e pode assumir contornos extremos⁷¹. Uma resposta positiva sem qualificações (“o art. 2º, II traz uma regra peremptória de fechamento para riscos não tratados expressamente”) importaria em reconhecer que o contrato, embora possa ser incompleto *de fato* ou sob perspectiva econômica, não o é sob a perspectiva jurídica. Essa é uma alternativa possível, pois frequentemente o direito deixa de tomar em consideração constatações empíricas (incompletude de fato) que deveriam (bem) orientar decisões normativas (incompletude de direito) e opta por uma solução que pode não ser a melhor sob determinada perspectiva. Por outro lado, uma resposta negativa cabal (“o art. 2º, II não traz qualquer regra de fechamento”) parece colocar-se contra o texto da norma e contra a ideia de concessão (cf. acima). A questão, como se disse, não é de fácil resposta. Neste momento, convém não fechar entendimento quanto ao problema e apenas sugerir uma dentre as interpretações possíveis do texto, uma tal que permita explorar certa distinção que vem da literatura econômica sobre contratos. Para os fins deste estudo, especificamente, sugere-se que o art. 2º, II, da Lei 8.987/1995 seja interpretado à luz da distinção (econômica) entre *risco* e *incerteza*⁷². Com essa sugestão, o tema da (in)completude contratual ganha em complexidade e possibilidades, as quais serão exploradas na Seção VI.

O segundo dispositivo da Lei 8.987/1995 que deve ser chamado para o exame da TTEEF e do Contrato 01/95 é o seu art. 9º. Como já tivemos oportunidade de observar, o seu *caput* aparentemente não foi “utilizado” no Contrato 01/95, na medida em que a tarifa não foi obtida em base ao “preço da proposta vencedora da licitação”, mas resultou de cálculos acerca do custo do serviço. Vale dizer, a oportunidade de uma regulação tarifária não (necessariamente) aderente ao custo do serviço não foi implementada na origem da concessão da ESCELSA.

De maior relevância para nosso estudo é o § 2º do mesmo art. 9º. Ali está dito que os contratos de concessão “poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. Estaria ele encampando a ideia de uma equação original que deve ser preservada ao longo do prazo da concessão nos termos preconizados pela TTEEF? Entendemos que não. Em primeiro lugar, não parece haver um *dever* de preservação dessa equação original. Diferentemente do que se encontra, por exemplo, no § 4º do mesmo artigo (adiante), texto prevê uma *possibilidade*⁷³ ou seja: a depender da escolha regulatória, o contrato poderá ou não ter como baliza e referência essa volta constante ao momento T0 (algo que nos parece irrealista empiricamente e pouco recomendável em termos de “boas práticas” regulatórias, cf. adiante). No setor elétrico, por exemplo, a revisão tarifária ordinária não permite esse eterno retorno. O “poderão” não é, portanto, ocioso ou equivocado mas viabiliza escolhas regulatórias. Em segundo lugar, o dispositivo – e a Lei 8.987/1995 – em momento algum definem o que seja “equilíbrio econômico-financeiro” (o bem jurídico tutelado). A expressão tanto pode significar a equação T0 como qualquer equação reputada, em algum momento, “equilibrada”, por garantir um compromisso sempre revisável entre modicidade tarifária e justa remuneração do empresário; ou pode se referir a uma genérica situação de hígidez financeira da empresa, antes que a

⁷¹ Uma modalidade extrema dessa pergunta envolve a possibilidade de alteração da própria repartição de risco que as partes fizeram no início da concessão. Seria possível invocar-se uma espécie de “super imprevisão”, isto é, um evento com tais qualidades anormais (em seu ocorrer ou em seus efeitos) que pudesse, por exemplo, questionar a própria imputação de “eventos imprevisos” a uma das partes? Sobre isso, v. Egon Bockmann Moreira “Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos”, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020.

⁷² Outros elementos, estes sim jurídicos, também poderiam ser invocados para contextualizar o art. 2º, II da Lei 8.987/1995. Dentre eles os princípios da continuidade do serviço público, da vedação de enriquecimento sem causa, do abuso de direito etc.

⁷³ E, sobre isso, também pouco esclarece o art. 23, IV da Lei Geral de Concessões.

um específico estado de coisas contratual (equilíbrio econômico-financeiro “do negócio” por oposição a equilíbrio econômico-financeiro “do contrato”) e *così via*. Em resumo: o § 2º do art. 9º *pode* mas *não necessariamente deve* ser lido como preconiza a TTEEF.

O § 3º do mesmo artigo 9º soa assim: “[r]essalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.” Como um dos autores desse estudo também já teve oportunidade de dizer em outra ocasião, o dispositivo pode ser apontado como veiculando uma das exceções expressas à cláusula do art. 2º, II (acima), ao reconhecer uma subespécie da espécie conhecida da TTEEF, o fato do Príncipe. A interpretação do texto requer, porém, atenção e cuidado. Em primeiro lugar, não se está a reconhecer, em toda a sua extensão, a categoria de fato do Príncipe. Os atos estatais ali previstos são apenas alterações, para mais ou para menos, de (i.) tributos e (ii.) “encargos legais”. O texto não dá resposta acerca de como lidar com outras manifestações e ações dos poderes públicos que, não configurando exercício da competência de alteração unilateral do contrato (§ 4º, adiante) e não tipificando (i.) ou (ii.), acabem por incidir sobre a economia do contrato. Em segundo lugar, o dispositivo, para ser operacional, necessita cotejar a alteração provocada pelo ato estatal com a *proposta*, para identificar e mensurar seu *impacto nela*. Também sob essa perspectiva, ele nada informa acerca de como lidar com alterações em tributos ou encargos legais que tenham eventual impacto não na proposta (que pode inclusive não ter existido), mas no REF da concessão. Entendemos que, nessa hipótese, ele também poderá ser usado, mas a partir de uma interpretação analógica, algo que requer fundamentação e adaptação. Em todo o caso, sobre o § 3º do art. 9º há que se dizer que adotou parcialmente uma específica categoria de eventos reconhecidos como fatos do Príncipe e lhe deu tratamento harmônico com o que preconiza a TTEEF. Mais próximo ainda dessa teoria parece estar o dispositivo seguinte.

Assevera o § 4º do art. 9º: “[e]m havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” Nesta segunda exceção expressa ao art. 2º, II, fala-se em equilíbrio econômico-financeiro e, mais precisamente, refere-se o *equilíbrio econômico-financeiro inicial*. E se contempla uma álea clássica, qual seja, a de “alteração unilateral do contrato” (por exercício do *ius variandi* do Concedente). E, finalmente, se lhe dá tratamento também clássico: o Concedente *deverá* restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial de modo concomitante à alteração promovida no serviço concedido. Ao menos numa primeira leitura, não apenas está reproduzida uma porção típica da TTEEF como parece que o desenvolvimento do Contrato 01/95 teimou sistematicamente em negar vigência a esse dispositivo.

O último dispositivo que merece exame é o art. 10 da Lei 8.987/1995. Seu texto é sintaticamente simples, mas sua interpretação apresenta complexidade: “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

A primeira questão que avulta é: de que “condições do contrato” estamos falando? São as circunstâncias de fato e de direito que, em conjunto, constituem a *base objetiva do negócio*? Ou são, mais diretamente, as próprias cláusulas que manifestam o conteúdo do contrato de concessão?

Como quer que seja interpretado, uma coisa parece certa: a estipulação aí positivada tem uma caráter decididamente *formal* (à semelhança do art. 37, XXI da Constituição) que põe em evidência o dado normativo fundamental do art. 10: a centralidade do contrato para disciplinar questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro. Nesse ponto, o art. 10 parece antecipar a tendência “micro-regulatória” da Lei 11.079/2004. Daí que, em si

mesmo, o texto, prudentemente, nada traz de substancial, de externo ao contrato e que nele incida, como já o reconheceu Maurício Portugal⁷⁴. Não encontramos nele, em resumo, quaisquer elementos materiais.

Assim é que, relativamente à Lei 8.987, temos a seguinte visão de conjunto:

“À diferença da Lei de PPPs, a Lei 8.987/1995 vale-se do conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas de uma maneira algo distinta daquela habitualmente apresentada em doutrina. Sinteticamente: (i.) estabelece uma regra geral segundo a qual, em princípio, o concessionário realiza o serviço “por conta e risco” (art. 2º, II); (ii.) em parcial derrogação dessa regra geral, reconhece que algumas áleas devem ser necessariamente transferidas ao concedente (art. 9º, §§ 3º e 4º); (iii.) também admite a possibilidade de alguma variação contratual relativamente à normal repartição das áleas estabelecida no art. 2º, II; e (iv.) engendra uma noção formal de equilíbrio econômico-financeiro, por meio da qual reafirma, agora à semelhança da Lei 11.079/2004, a importância do contrato na disciplina o tema (art. 10)⁷⁵.”

Resta ver um último dispositivo comumente invocado pela TTEEF, o art. 65, II, *d* da Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei 8.666/1993.

IV.4. - O art. 65, II, *d* da Lei 8.666/1993

Dispõe o art. 65, II, *d*:

*“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...);
II - por acordo entre as 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.”*

Embora relativamente claro em sua consequência (negociação para restabelecer a “relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração...objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”), o texto traz inúmeros desafios para sua interpretação. Uma primeira ordem de problemas está na *qualificação* da relação pactuada originalmente: o dispositivo parece pressupor que referida relação tenha propiciado uma “justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento”. *Quid iuris* se tal relação não tiver semelhante propriedade? Não se promove seu restabelecimento? Caberia, por exemplo, aplicar-se o instituto da *lesão* (art. 157 do Código Civil), em favor de uma ou outra parte? Depois: mais complexo do que a consequência predisposta pela norma é seu antecedente, o suposto fático: no art. 65, II, *d* estão acavaladas, de modo um tanto confuso, uma miríade de eventos que desencadeiam o dever de negociar, caso ocorram em contratos de “obra,

⁷⁴ “A resposta também, neste caso, é bastante simples, particularmente para os contratos de concessão comum ou PPP: a lei não estabelece qualquer limitação nem exigência em relação à configuração do sistema de recomposição do equilíbrio econômico financeiro; apenas limita-se a enunciar a necessidade de que exista um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O art. 10, da Lei 8.987/95 deixa isso bastante claro, ao enunciar que “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” RIBEIRO, Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos., cit. p. 98.

⁷⁵ KAERCHER LOUREIRO, *Estudos* cit., p. 166.

serviço ou fornecimento”. Fala-se em superveniência, nesses contratos, de “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”. Se tais eventos ocorrerem nos contratos referidos, *então* segue-se a consequência determinada. Dados os propósitos estreitos do presente estudo, não precisamos responder a estas questões, mas apenas evidenciá-las, para mostrar que ainda que *prima facie* se esteja diante da disciplina de uma álea clássica catalogada pela TTEEF, seu tratamento apresenta dificuldades herméticas.

Dificuldades de compreensão à parte, uma coisa parece clara: o texto não refere expressamente os contratos *sui generis* de concessão de serviços públicos. E isso nos remete à questão de sua aplicabilidade a tais negócios jurídicos. Sobre o ponto, vige controvérsia⁷⁶ e convém fazer algumas distinções que nos levarão um pouco além do objeto de nossa análise (o Contrato 01/95 e os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica).

O primeiro discrimine envolve o apartamento entre concessões regidas pela Lei 11.079/2004 e concessões regidas pela Lei 8.987/1995. Em relação às primeiras, parece não haver possibilidade de qualquer tipo de aplicação do art. 65, II, *d* ou, mais genericamente, da Lei 8.666/1993. A tão conclusão se chega considerando, de um lado, o “road map” estabelecido pelo art. 3º da Lei das PPP’s que apenas admite aplicação subsidiária da Lei 8.987/1995 (e não da Lei 8.666/1993) às figuras negociais que regula⁷⁷. E de outro, a exigência, feita no art. 5º, III, de que *o contrato discipline* as mesmas hipóteses de fato que são mencionadas no art. 65, II, *d* (acima). Ou seja: tanto por uma razão geral quanto por uma razão tópica, o dispositivo não tem cabida nas PPPs⁷⁸.

⁷⁶ Por todos, BOCKMANN MOREIRA, Egon, Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro, *in*: BOCKMANN MOREIRA, Egon (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação**, Belo Horizonte: Forum, 2019.

⁷⁷ Para aprofundamentos, ver os já citados *Estudos*, p. 163 e segs.

⁷⁸ Maurício Portugal foi enfático, em entendimento que depois revisou: “Observe-se que, em consequência da cultura sobre o equilíbrio econômico-financeiro criada em torno da Lei 8.666/93, especialmente em torno do seu artigo 65, e da confusão entre nós, particularmente na doutrina do Direito Administrativo entre alocação de riscos e sistema de equilíbrio econômico-financeiro de contrato, paira o risco de se entender, na nossa opinião, de maneira muito equivocada, que quaisquer fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe sejam riscos do Poder Concedente intransferíveis para o parceiro privado, em virtude do art. 65, inciso II, alínea “d”. Já criticamos esse entendimento em trabalho anterior de nossa autoria. Aqui apenas lembraremos o leitor que: (a) o artigo 10, da Lei 8.987/95, estabelece que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estará mantido quando for obedecido o contrato de concessão, o que significa que é o contrato de concessão que estabelece as hipóteses, critérios e metodologia para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro; (b) mesmo que se discuta a incidência e alcance do artigo 10, da Lei 8.987/95, é preciso lembrar que o próprio artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configure ‘álea extraordinária e extracontratual’. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente destes riscos. Ou seja, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no artigo 65, inciso II, alínea ‘d’, há que se entender que prevalece a alocação prevista no contrato. (c) Em relação aos contratos de PPP, da Lei 11.079/04, o art. 5º, inciso III, claramente estabeleceu a possibilidade de repartição pelo contrato dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. **Portanto, em relação às PPPs, não há dúvidas que o art. 65, inciso II, alínea “d”, não incide para efeito da definição da alocação desses riscos.**” RIBEIRO, **Concessões e PPP’s: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, cit., p. 80 (grifou-se). Páginas adiante, acrescenta: “É bem verdade que ainda há, entre nós, discussão sobre a aplicabilidade do art. 65, da Lei 8.666/93 aos contratos de concessão comum ou PPP para prestação de serviços públicos. Particularmente, debate-se a incidência do art. 65, inciso II, alínea ‘d’, que reproduzimos abaixo: (...). Observe-se que a condição de incidência do dispositivo é que os eventos nele descritos configurem ‘álea econômica extraordinária e extracontratual’. Ora, para que se configure álea extracontratual, é preciso que o risco da ocorrência do evento não esteja tratado especificamente no contrato e que não haja regra clara sobre a distribuição dos riscos residuais. Portanto, ainda sem discutir a aplicabilidade do dispositivo, o que é claro é que se os riscos forem alocados claramente pelo contrato, e se houver regra no contrato sobre a alocação de riscos residuais, não se poderia falar em álea extracontratual, de maneira que este dispositivo, o art. 65, II, ‘d’, não poderia incidir.

Além disso, o art. 10, da Lei 8.987/95 é regra especial para os contratos de concessão comum e PPP para prestação de serviços públicos, e deve por isso prevalecer às normas da Lei 8.666/93. Aliás, cumpre assinalar que em relação à forma de se fazer o equilíbrio econômico-

Em relação às segundas, as concessões “comuns”, o discurso é mais nuanceado, pois não refuta a Lei 8.987/1995 *a priori* o emprego, em abstrato, da Lei 8.666/1993. E, ademais, há o art. 124 da própria Lei 8.666/1993, segundo o qual “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”. Para essas concessões “comuns”, então, a questão de incidência da Lei Geral de Licitações passa a ser um problema tópico: especificamente, aplica-se o art. 65, II, *d*? Entendemos que não por uma série de razões que passamos a elencar de modo resumido.

Em primeiro lugar, falta o suposto de operação do art. 65, II, *d*, qual seja, a “relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração”. Essa falta é evidente a partir de várias perspectivas: (i.) nas concessões, já se disse, não há essa equação própria dos contratos comutativos⁷⁹; (ii.) nelas, também não há contraprestação da administração, mas uma fragmentada e variável miríade de contraprestações por parte dos usuários do serviço público, dilatada e flutuante no tempo (ao longo de 30, 35 anos); (iii.) a legislação setorial *conflita* com a lei geral de licitações, na medida em que a política tarifária do serviço pelo preço e da regulação por incentivos prevê mecanismos que periodicamente destróem estados de coisas anteriores (cf. *supra*⁸⁰), o que torna vã e contrária a direito qualquer tentativa de restabelecer essa equação, porventura se a tivesse identificado no início da concessão (e, não é bom esquecer, empiricamente, essa equação não restou consignada no Contrato 01/95 - e em tantos outros contratos de concessão de serviços públicos cujas empresas passaram pelo mesmo processo de privatização).

Em segundo lugar, e em estreita relação com o ponto (iii.) do parágrafo anterior, a manutenção dessa equação original parece ser *indesejável* sob o ponto de vista da adequada prestação do serviço público. Como um dos autores desse artigo disse em outra ocasião, “supondo-se que seja empiricamente possível identificar a ‘relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração’, é desejável sob alguma perspectiva econômica, social etc. manter, por 30, 35 anos, a equação econômico-financeira original, como exigiria o art. 65, II, *d*? Desejam uma perene imutabilidade dessa equação o concessionário, os usuários e o poder concedente? Tome-se o exemplo das concessões de distribuição de energia elétrica obtidas por meio de privatizações das companhias estaduais nas décadas de 90 e nos anos 2000 em que o critério de licitação foi o maior lance pelas ações da concessionária. Qual foi a ‘equação original’? Onde ela ficou cravada como ‘cláusula pétrea’ da concessão, para que possamos consultá-la? Está-se de acordo em mumificá-la? É isso o que o art. 65, II, *d* exige⁸¹.”

Em conclusão: entendemos que o art. 65, II, *d* não se aplica diretamente, isto é, enquanto tal para nosso caso base. E entendemos que seu uso para extrair uma regra distinta, por analogia, para ele (e para concessões em geral),

financeiro, o art. 10 da Lei 8.987/95 não podia ser mais claro no seu mister de delegar ao contrato de concessão comum ou PPP a definição do modo de realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de maneira que **não deixou, neste particular, nenhum espaço para aplicação supletiva ou subsidiária da Lei 8.666/93.**”, op. cit., p. 98. Sobre a atual opinião do autor, veja-se: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante-a-lei-8-666-93>

⁷⁹ BOCKMANN MOREIRA, Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro.

⁸⁰ Desde 2000 um dos autores do presente estudo vem falando, no âmbito do setor elétrico, da existência de um sincretismo metodológico mal resolvido nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, derivado de uma mistura pouco coerente entre a tradição francesa e a norte-americana na regulação dos contratos de concessão. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Considerações Jurídicas sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica, *Revista Jurídica*, v. 276, 2000; KAERCHER-LOUREIRO, Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador.

⁸¹ <https://portaldisparada.com.br/direito-e-judiciario/direito-administrativo-historias/>.

afigura-se uma empreitada não simples⁸². Diante disso, *para concessões*, também parece que o direito positivo brasileiro não possui uma norma que espelhe fielmente a TTEEF. Os eventos de que se ocupa a teoria da imprevisão ou bem estão cobertos pela cláusula de fechamento do art. 2º, II, da Lei 8.987/1995 ou devem ser analisados à luz de princípios como o da continuidade do serviço público, do enriquecimento sem causa ou - como sugerimos - à luz da distinção entre *risco e incerteza*⁸³.

Depois dessa passagem pelo direito positivo, estamos em condições de o aproximar tanto do Contrato 01/95 quanto da TTEEF.

SEÇÃO V - CONFRONTO ENTRE A TTEEF, O CONTRATO 01/95 E O DIREITO POSITIVO

Assim como ocorreu na Seção III, faz-se aqui apenas a colheita de algumas reflexões que já emergiram de modo ocasional ao longo da exposição anterior.

Do exame das normas gerais sobre o REF de concessões de serviço público avulta um quadro normativo *lacunoso, fragmentado* e, em grande medida, *flexível* (porque genérico). É dizer: o direito positivo brasileiro apresenta-se bem menos completo, sistemático e compacto do que a TTEEF faz supor. Por certo, seus textos empregam um vocabulário ou tipologia de eventos⁸⁴ conhecida da tradição (não poderia ser diferente), mas essa circunstância não é minimamente suficiente para que se conclua que o ordenamento jurídico reproduziu os significados, os conceitos, os institutos e os preceitos da teoria tradicional, em toda a sua extensão. Não se define, em momento algum, o que seja o “equilíbrio econômico-financeiro”; não se postula a manutenção da equação T0; não se dá sempre o mesmo tratamento para diferentes áleas (ordinária e extraordinária); não se veda o uso de mecanismos que reconfiguram, continuamente, o arranjo econômico da concessão etc. Há muitos espaços em branco, a serem preenchidos por escolhas e pelo bom uso da discricionariedade do Regulador. No máximo, o que se pode dizer é que o direito positivo brasileiro acolheu (ou constituiu), de modo pontual, *aspectos parciais* da TTEEF (como o caso do § 4º do art. 9º da Lei 8.987/1995); ou que a teoria serve – para quem com ela estiver de acordo – como diretriz hermenêutica, a sugerir – jamais impor – esta ou aquela interpretação possível de certo dispositivo.

Se assim é no plano da relação entre normas e teorias, forçoso é também concluir que os termos do Contrato 01/95 e a sua evolução sucessiva – pautada pelas normas setoriais – embora “desmintam” substancialmente a TTEEF, tampouco violam os preceitos do direito positivo mais geral aplicável às concessões. Acerca do Contrato e de seu

⁸² Em particular, avulta com especial intensidade a questão de se saber o que se haveria de proteger ou tutelar com essa regra construída por analogia para o REF de concessões, a partir do art. 65, II, *d*. A revisão do contrato deveria buscar, no lugar da equação original, a **completa neutralização dos impactos** do evento reputado extraordinário, ou deveria apenas propiciar ao concessionário o **tanto necessário para a preservação da continuidade a contento do serviço público**? Embora ambas as formulações sejam bastante abstratas e passíveis, cada uma, de diferentes abordagens, as diferenças de resultados (e de metodologias) não são negligenciáveis.

⁸³ Para desenvolver essa nova regra, deveríamos, de início, distinguir entre (a.) retorno à equação T0 (comando direto do art. 65, II, *d*); (b.) neutralização de efeitos de determinados eventos que caem sob os conceitos do art. 65, II, *d e*, por fim (c.) as necessidades de preservação do serviço público. Cada um desses objetivos poderia levar a resultados distintos na aplicação da teoria da imprevisão.

⁸⁴ Nas leis encontramos: a.) medidas tributárias e encargos legais (art. 9º, § 3º da Lei 8.987/1995); b.) modificações unilaterais de contrato (art. 9º, § 4º da Lei 8.987/1995); c.) “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III da Lei 11.079/2004); d.) “fatos imprevisíveis”, “fatos previsíveis porém de consequências incalculáveis”, desde que “retardadores ou impeditivos da execução do ajustado” (art. 65, II, *d* da Lei 8.666/1993); e.) “força maior” ou “caso fortuito” (art. 65, II, *d* da Lei 8.666/1993); f.) fato do príncipe” (art. 65, II, *d* da Lei 8.666/1993). E, mais genericamente, g.) “álea econômica extraordinária e extracontratual” (art. 65, II, *d* da Lei 8.666/1993).

desenvolvimento, pode-se, talvez, falar de melhor ou pior condução regulatória; melhor ou pior solução econômico-financeira para determinado problema etc. Mas não parece ter havido, ao longo de suas vicissitudes, uma sistemática e substancial violação da ordem jurídica. Lacunas, incompletude (normativa), vagueza e caráter fragmentário não são propriedades tão ruins de um direito que deve estar constantemente lidando com relações de longo prazo, dinâmicas por natureza e que necessitam de constantes adaptações.

Para encerrar essas considerações de síntese, e a modo de confirmação delas, faz-se menção a uma importante manifestação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL em recente episódio, relativo à uma postulada revisão tarifária extraordinária das concessionárias de distribuição, em face da Pandemia do Covid-19.

Sem adentrar no mérito da discussão, o que se deseja salientar aqui é a postura metódica e hermenêutica adotada pela Agência no Parecer 262/2020⁸⁵. Em tal documento, a ANEEL tomou distância de vários e relevantes “cânones da ortodoxia”. Dentre os elementos dignos de nota, há no Parecer uma decidida recusa em emprestar demasiado peso a questões constitucionais, em favor da centralidade da regulação mais próxima do caso (como, p.ex., as cláusulas contratuais e a já existente regulação da Agência)⁸⁶; há um realista e juridicamente consistente entendimento acerca da impraticabilidade (e indesejabilidade) de se trabalhar com o “paradigma” da equação T0⁸⁷, em favor da apreciação do caso à luz da necessidade de preservação e continuidade do serviço público⁸⁸; há, ainda, uma ousada proposta metódica de substituir o “discurso das áleas”, tal como o entende a TTEEF, pelo “discurso das matrizes de risco”, no bojo do emprego da ideia de *base objetiva do negócio*⁸⁹. Essas e outras propostas para lidar com o REF de concessões de distribuição de energia elétrica não poderiam ter sido formuladas caso estivéssemos presos a preconceções e dogmatismos, idealizações e pressuposições – que não encontram amparo no direito positivo, único limite para apreciar escolhas e alternativas regulatórias.

Se temos razão em tudo quanto antes dito, é hora de passar à outra ordem de reflexões.

SEÇÃO VI - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS RELACIONAIS: NÃO ERGODICIDADE; RISCO *VERSUS* INCERTEZA E FALÁCIA DO REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS COMPLETOS

IV.1 – Introdução.

Muito tem se discutido ao longo dos anos sobre a natureza, o alcance e as perspectivas do reequilíbrio econômico financeiro de contratos administrativos, sobretudo aqueles contratos mais complexos como os contratos de concessão de serviço público ou Parcerias Público Privadas. Esses contratos são deliberadamente incompletos e relacionais, ou seja, há intrínseca correlação de incentivos entre as partes contratantes. Também são contratos de longo prazo de execução e consignam matrizes de riscos e, não excepcionalmente, permissivos para mediação e arbitragem.

Para a análise que nos propomos, duas questões são importantes:

⁸⁵ Trata-se do Parecer 00262/2020/PFANEEL/PGF/AGU, proferido no bojo da Consulta Pública 35/2020 (NUP 48500.002846/2020-21) promovida pela ANEEL.

⁸⁶ §§ 14 e segs.

⁸⁷ §§ 21 e segs.

⁸⁸ §§ 21 e segs. e § 64.

⁸⁹ §§ 32 e segs. e §§ 42 e segs.

1 - Como conceber o regime econômico-financeiro das concessões e outros contratos de delegação *vis-à-vis* aos contratos administrativos típicos?

2 - Quais são os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro? O que está errado?

Ponto 1 - Como conceber o regime econômico-financeiro das concessões e outros contratos de delegação *vis-à-vis* aos contratos administrativos típicos? Essa indagação é importante porque certamente há algo errado na forma como lidamos com boa parte dos contratos de longo prazo, sobretudo quando reequilibramos contratos, mas o quê?

Em primeiro lugar, temos que admitir que há desintonia entre a doutrina do direito administrativo brasileiro ensinada nos manuais e praticada pelo controle e pelos Tribunais (judiciais ou de contas) em comparação com a dinâmica real da relação contratual dos contratos complexos. Em termos teóricos ainda nos remetamos ao século XIX onde os cânones da disciplina foram estabelecidos e foram trazidos ao Brasil na sequência, serpenteando por manuais e cravando dois “pilares de ferro” do administrativismo brasileiro, a saber, a supremacia de interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

Essa, no entanto, é parte mais aparente do problema. Na verdade, a matriz intelectual está assentada na idéia de completude contratual, racionalidade ilimitada, contratos completos, informação livre e gratuita e ausência de custos de transação. Esses pressupostos são paradigmas ultrapassadas e remetem a uma lógica neoclássica novecentista que lastreou a percepção econômica da dinâmica dos contratos de então, inclusive aqueles de duração mais alargada. No caso específico da ideia de equilíbrio, o referencial teórico remonta ao século XVII com a mecânica newtoniana e a ideia de fluxo linear de movimento e equilíbrio.

Essas são as ideias que estão por trás da insistência de encontrar um equilíbrio único e alcançável nos contratos de longo prazo.

Alias, devemos registrar que os contratos que aqui nos interessam são aqueles que apresentam algumas particularidades. Em primeiro plano são, como já dissemos, contratos de longo prazo, cuja duração vai além de uma década. Além disso, são contratos intrinsecamente incompletos, ou seja, contratos nos quais o estabelecimento de todas as contingências do futuro não podem ser expressos em cláusulas por conta do imponderável do passar do tempo e pela dificuldade de negociar cada cláusula *per se*, o que levaria a custos de transação proibitivos⁹⁰. Além disso, são contratos relacionais, contratos nos quais há a presença de *sunk costs* (custos afundados), o que significa uma dependência mútua entre os contratantes⁹¹ por conta dos vultosos investimentos realizados *ex ante* nos bens afetos à execução contratual com limitado uso alternativo. Aqui há uma diferença marcante em relação aos contratos mais simples, ditos contratos comutativos.

IV.2 - Ruptura com o modelo contratual clássico (ou neoclássico) e novos paradigmas teóricos para entender os contratos complexos.

⁹⁰ NOBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo, ed. Quartier Latin, 2011.

⁹¹ MacNeil, Ian. Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. 72 Nw. U. L. Rev. 1977-1978. Disponível no endereço eletrônico: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr72&div=46&id=&page=>

1 – Economia da complexidade versus economia neoclássica.

O que esta por trás da ideia de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos complexos no direito brasileiro é o mantra de reequilibrá-los buscando o equilíbrio que fora estabelecido no momento quando se deu a celebração da avença. Diante de inevitáveis desequilíbrios durante a execução contratual, esse pressuposto do equilíbrio se coaduna com uma visão neoclássica da relação contratual mas muitas vezes é insuficiente e incapaz de captar todas as dimensões e dinâmicas durante os anos de vigência da relação.

Há uma série de razões para desacreditarmos a economia neoclássica e seu corolário de reequilíbrio econômico dos contratos como adequada para os contratos complexos que estamos analisando nesse texto.

Em primeiro plano, a economia neoclássica padrão (*mainstream*) exclui a hipótese de agentes interdependentes, ou seja, estes são independentes e tomam decisões sem considerar as ações dos outros agentes. Assim, a economia neoclássica acredita na hipótese dos agentes perfeitamente informados que podem maximizar suas utilidades em completo isolamento, sendo dependentes apenas de um tipo de fator externo, basicamente o vetor preço.

Esse caso não pode prosperar em contratos de longo prazo e relacionais. As partes contratantes tomam decisões baseadas na quantidade de informações que possuem e levando em consideração as informações que vão adquirindo sobre as estratégias da outra parte durante a execução do contrato. Logo, em um contrato de longo prazo e relacional, as partes possuem uma **interdependência estratégica** e tomarão decisões baseadas em um aprendizado sequencial bayesiano. Assim, no modelo neoclássico, os agentes podem decidir com total autonomia e isolamento e são apenas dependentes indiretos uns dos outros, no sentido de serem adstritas às decisões agregadas no mercado.

Outro pressuposto importante do modelo neoclássico é que o modelo é linear, baseado na ideia econômica de equilíbrio geral. Na teoria neoclássica os agentes são maximizadores de sua utilidade, submetidos a algum tipo de restrição orçamentária. Ocorre no entanto, que o pressuposto de agentes maximizadores é falho porque (como muito bem mostrou insights de economia comportamental), os agentes econômicos reais se afastam do modelo padrão neoclássico. Assim, como diz Richard Thaler⁹², o “*homo economicus*”, maximizador e racional é apenas um tipo ideal e longe dos mecanismos de tomada de decisões reais onde aspectos de heurística e assimetria de informações são utilizados.

Vê-se, desde já, que a ideia neoclássica da maximização e do equilíbrio geral está por trás do fetiche do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo no direito administrativo brasileiro. Esse é um exemplo claro de um problema que advém da ancoragem teórica do direito administrativo brasileiro nos pressupostos novecentistas.

É claro, no entanto, que estamos preocupados nesse texto com contratos mais sofisticados, como concessões e PPP. Em contratos simples as ideias básicas do direito administrativo *mainstream* (assim como a mecânica newtoniana para o dia a dia das pessoas) funcionam perfeitamente. Claro que não faz sentido abordagens mais complexas para contratos de terceirização de serviço ou mesmo para construir escolas em pequenos municípios. Nesses contratos, as regras clássicas funcionam e podemos tentar reequilibrar esses contratos de forma simples. O direito brasileiro resolve

⁹² THALER, Richard. Comportamento Inadequado: a construção da economia comportamental. Ed. Actual, Lisboa, 2015.

esses problemas. Em outras palavras, a noção de agente como “maximizador perfeito” somente pode atuar em um ambiente de informação perfeita⁹³.

O problema é saber se ao percebermos os problemas e sairmos do conforto dos pressupostos neoclássicos (e dos manuais de direito administrativo) que lastreiam a ideia de equilíbrio nos contratos de longo prazo no Brasil, estaríamos gerando insegurança jurídica. Em outras palavras, será que pensando saídas heterodoxas para os problemas reais, estamos abrindo a “caixa de pandora” do direito administrativo em um movimento doutrinário ousado, perigoso e sem volta? Essa é a questão.

Quando os juristas e os Tribunais estão tentando reequilibrar os contratos de complexos que são relacionais, incompletos e de longo prazo, estão intencionando que as coisas se moldem aos pressupostos teóricos e não o contrário. Ou seja, seguem um modelo e querem porque querem que a realidade se adeque a ele. É um problema de *whishful thinking* ou mesmo de autoengano. E nessa toada, acadêmicos, juristas, empresários e a sociedade sofre as consequências de decisões ineficientes que acabam por aumentar a distorção dos contratos.

Faz sentido, por exemplo, decisões judiciais e de controle mandando mudar a Taxa interna de Retorno – TIR de contratos simplesmente porque o número anterior não era “razoável” ou feria o interesse público? Embora a LINDB procure corrigir esses problemas (art 25), a questão é muito mais ampla. Trata-se de uma incapacidade de avançar no entendimento da realidade e da falta de ferramentas teóricas (e excesso de voluntarismo) para encontrar a melhor solução.

Qual a saída, então? Vamos dar uma olhada na ideia de sistemas complexos.

IV. 3 - Sistemas complexos.

Nesses sistemas complexos, como é o caso de contratos mais sofisticados de concessões e PPPs, as ações e o comportamento do sistema variam com o passar do tempo e são intrinsecamente dinâmicos, ensejando uma instabilidade inerente, caracterizado por movimentos evolucionários complexos, e com elevado grau de imprevisibilidade. Dessa forma, buscar “um equilíbrio” ancorado na vontade das partes estabelecida no momento da celebração da avença é falacioso. Por vezes, **o sistema não tem um equilíbrio, mas muitos equilíbrios ao longo da execução contratual**. A intrínseca incerteza estratégica das partes faz com que aprendam com o tempo e mudem suas estratégias de comportamento e negociação.

Na verdade, o que ocorre geralmente é que o contrato “acumula” múltiplos desequilíbrios e quando esses desequilíbrios são quantitativa ou qualitativamente relevantes, solicita-se o reequilíbrio do contrato. No entanto, esses contratos vicejam em ambiente de incerteza permanente.

- Economia da complexidade e a economia neoclássica.

⁹³ Também está no pressuposto da teoria neoclássica que a função utilidade dos consumidores e de lucro dos ofertantes deve ser a mesma. Isso significa que a **função utilidade deve ser convexa**. Nesse caso estaríamos diante de uma **função** duas vezes diferenciável de uma variável num intervalo se e somente se, a sua segunda derivada é maior ou igual a zero em todo o intervalo. Se a sua segunda derivada é estritamente positiva então a **função** é estritamente **convexa**.

Nos últimos anos tem surgido críticas mais consistentes aos pressupostos da teoria econômica neoclássica e muitas desses questionamentos foram produzidos na Universidade de Santa Fé na Califórnia. Embora muitas conclusões dos estudos apresentados sejam polêmicas e dividam economista, uma coisa é certa, muitas das críticas ao modelo econômico *mainstream* são pertinentes e bem revelam as dificuldades que temos para reequilibrar contratos complexos.

Vejamos algumas diferenças entre a economia neoclássica e uma de teoria da complexidade para os problemas econômicos:

1 – Na economia neoclássica não há interação estratégica (apenas indireta interdependência) entre os agentes, essa interação se dá através do mercado e pelos preços de equilíbrio baseado na soma de todas as curvas de oferta e demanda do mercado. Assim, cada agente pode ignorar o outro e fingir estar isolado ao tomar suas decisões.

Na verdade, as coisas não funcionam assim na relação contratual relacional, que é um modelo comum para contratos de longa duração. As partes desenvolvem direta interdependência, estabelecendo interação “estratégica”. Assim, como sabemos que os *sunk costs* são elevados, é melhor tentar preservar o contrato ao máximo, minimizando os danos (e os elevados custos de oportunidade) da rescisão contratual.

Quando o judiciário ou o controle mandam simplesmente anular os contratos por “interesse público”, muitas vezes isso induz uma ineficiência tremenda. O modelo teórico lastreado na supremacia do Poder Público e indisponibilidade do interesse público não presta atenção no desafio estratégico da relação entre as partes. Em geral, sobra para o usuário-cidadão.

2 – Na economia neoclássica (e no livro do Hely Lopes Meirelles!) existe a idéia de informação perfeita, ao passo que em uma economia complexa (e nos contratos que nela são celebrados) há forte incerteza estratégica, com “racionalidade limitada” ou “barreiras à racionalidade”. A informação é, portanto, liberada através de muitas interações bilaterais descentralizadas, que leva tempo e requer esforço de monitoração. Na verdade, as partes aprendem com o tempo e adaptam seu comportamento estratégico. Assim, não parece razoável tentar equilibrar o contrato, buscando a racionalidade das partes no momento T0. O incentivo estratégico no momento primeiro era outro, com outra dinâmica.

3 – O pressuposto neoclássico que lidamos é que o sistema inevitavelmente requer um equilíbrio geral estático, ou seja, um único atrator global para o sistema. Nesse contexto, as regras são claras e recolocar o sistema em seu devido equilíbrio é, no mais das vezes, apenas um problema de trazer ao valor presente o fluxo de caixa. Na realidade, um contrato complexo é executado em um sistema evolucionário complexo com pesquisa, aprendizado, imitação, adaptação, replicação diferencial. O sistema é não ergódico, como veremos mais à frente.

4 - Os agentes (as partes contratantes) agem com estratégias complexas, criando, se adaptando, copiando, reagindo. Isso é diferente de meros maximizadores de utilidade, como é o padrão neoclássico. Isso explica porque é tão importante o uso de regras de mediação e arbitragem, porque o comportamento, as expectativas e os incentivos dos agentes são diferentes daqueles quando da celebração do contrato. Parece razoável supor que durante a longa execução de um contrato, as partes mudarão e o ambiente econômico também sofrerá transformações relevantes (estado de natureza).

Vê-se, desde já, que há a necessidade de pensarmos de maneira diferente, de promovermos uma ruptura com os parâmetros clássicos do direito administrativo brasileiro usados para tentar reequilibrar os contratos.

Sistemas Não ergódigos e o problema do Reequilíbrio dos contratos.

É muito importante para definirmos a questão do equilíbrio do contrato termos uma clara diferenciação entre os conceitos de risco e incerteza. A confusão entre esses dois conceitos que comumente se faz em direito administrativo. Usando a tipologia de Frank Knight (1921), risco seria aquilo ao qual seria possível imputar uma distribuição de probabilidade. Nesse sentido, podemos estimar qual as chances de chuva em determinada área em um dado período do ano. Os ciclos de chuva são relativamente regulares, pelo que auferir uma certa probabilidade ao evento não parece complicado.

Há situações, no entanto, que estamos lidando com o imponderável, pelo que estabelecer uma distribuição de probabilidade soa desarrazoado. Sendo assim, fica claro que a economia neoclássica que serve de base para a análise dos contratos no Brasil não pode dar resultados satisfatórios quando contratos complexos, incompletos e relacionais são analisados.

A economia neoclássica parte portanto do pressuposto que podemos definir uma distribuição de probabilidade para cada evento e que poderíamos em tese fazê-lo também para a incerteza, porque estaríamos diante de processos que se repetiriam no futuro com uma determinada distribuição de probabilidade. Em outras palavras, parte-se do pressuposto que **o futuro seria a sombra estatística do passado**. A ideia da economia *mainstream* é que estaríamos diante de um processo ergódico estocástico.

Um processo ergódico se daria quando as regras que governam o sistema são imutáveis no tempo e aí seria possível definir uma distribuição de probabilidade para elas. Veja, por exemplo, o movimento dos planetas. É um sistema ergódico porque você poderá prever onde estará o planeta Júpiter daqui a 2, 10 ou 100 anos. Também se sabe exatamente quando o cometa de Halley voltará. A cada 22 meses, a terra faz sua aproximação máxima de Marte e durante um curto período de tempo abre-se uma janela de oportunidade para enviarmos naves até lá.

As regras do jogo de cartas (seja ele qual for), ou o jogo de dados são completamente específicos e o que permanece desconhecido é o resultado final, mas as regras não mudam. O mesmo se dá para o pôquer onde não se tem ideia onde a roleta vai parar, mas as regras são permanentes. E assim será para sempre.

Outro importante postulado neoclássico é a hegemonia da ideia de otimização como método para a tomada de decisão.

Como é impossível estabelecer uma amostra estatística sobre todos os eventos futuros, a economia neoclássica invoca a hipótese de ergodicidade como um pressuposto de comportamentos do sistema. Assim, em um ambiente ergódico, processos estocásticos geram imutáveis probabilidades objetivas que governam todo o passado, presente e futuro. Invocando o axioma ergódico significa que o resultado em qualquer data futura é meramente uma

sombra estatística de eventos que já ocorreram (Davidson⁹⁴). Desde já, se vê que esse é o pressuposto teórico que está por trás da confecção das matrizes de riscos elaboradas nesses contratos.

Segundo Davidson, para os economistas neoclássicos, todo o modelo de expectativas racionais pressupõe um axioma ergódico como fundamento lógico básico. Isso induz à condição lógica que todos os relacionamentos são “leis naturais” que foram preexistentes quando da criação do sistema. Para esse modelo, o mercado poderia prover informação suficiente para estabelecer uma distribuição de probabilidade quanto ao futuro.

Dessa forma, se basearmos nossas decisões tendo como pressupostos sistemas ergódicos⁹⁵, supomos que o futuro já é estatisticamente predeterminado. Sendo assim, é bastante calcular a distribuição de probabilidade considerando os preços futuros e os resultados esperados e construir uma confiável inferência sobre o futuro. Em uma economia ergódica, segundo Campos e Chiarini, a estrutura fundamental da economia é constante, ou seja, *timeless*.

Logo, o axioma da ergodicidade estabelece que o futuro é determinado por parâmetros existentes, por dados estatísticos disponíveis e por informações de mercado correntes. Nesse ponto, as decisões dos agentes econômicos são estimativas calculadas sobre o comportamento *ex ante* das variáveis que são relevantes para a tomada de posição. Isso baseado em cálculos probabilísticos⁹⁶.

FERREIRA FILHO faz menção à tipologia de Paul Davidson para elencar os cenários econômicos nos quais os agentes tomam suas decisões:

- a) Em primeiro ponto, um ambiente de “probabilidades objetivas”, ou seja, o passado seria estatisticamente confiável, sem viés, guiando as decisões do futuro;
- b) Outra hipótese seria um “ambiente de probabilidade subjetivas”, ou seja, a probabilidade que o agente estima no presente governa suas decisões no futuro.
- c) Situação de “incerteza fundamental”, nesse caso, independentemente da ocorrência de frequências relativas objetivas poderem ser confirmadas com dados do passado e que probabilidades subjetivas existam no presente, há a ignorância absoluta do futuro. É a ideia de que “não sei que não sei”. Um ambiente de total impossibilidade de prever o futuro, portanto.

Nessa última hipótese, cumpre lembrar que Frank Knight⁹⁷ foi o primeiro a fazer a distinção entre “verdadeira” incerteza e risco probabilístico. Nesse último pode-se aferir uma distribuição de probabilidade aos eventos, ao passo que na incerteza fundamental isso não é possível. Assim, para Knight, a verdadeira incerteza nem é previsível nem segurável.

Da mesma forma, modelos de expectativas racionais (e que tem como corolário o modelo neoclássico) supõem de que as pessoas tem condições de processar as informações passadas e utilizá-las juntamente como os presentes

⁹⁴ Davidson, Paul. Financial Markets, Money and the Real World. Edward Elgar Pub, Setembro, 2002, Pag 50.

⁹⁵ Davidson, 2002

⁹⁶ FERREIRA FILHO, F; ARAUJO, J. P. Caos, Incerteza e Teoria Pós Keynesiana. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 21..n.º 2.

⁹⁷ KNIGHT, Frank. Risk, Uncertainty and Profit. Disponível no endereço eletrônico: https://cdn.mises.org/Risk,%20Uncertainty,%20and%20Profit_4.pdf

sinais dados pelo mercado e criar uma objetiva função de probabilidade descrevendo a realidade externa que governa os eventos futuros. Isso porque a probabilidade não é uma propriedade do objeto

Esses modelos são perfeitos, mas o problema é que a realidade se impõe.

Ao aceitar a existência de um sistema complexo (Campos e Chiarini⁹⁸), estamos rompendo com alguns cânones da economia neoclássica. Assim, pontos como não ergodicidade, irreversibilidade do tempo histórico, incerteza, incógnitas informacionais, racionalidade limitada dos agentes, preferência pela liquidez e expectativas devem ser considerados.

Em um sistema não ergótico, ao contrário, o sistema ou modelo econômico não se comporta com regras rígidas e previsíveis. Nesses modelos não há um equilíbrio que funciona como um “centro de gravidade” do contrato. Logo, nos há como buscar um equilíbrio estabelecido **ex ante**.

Se o sistema é não ergódico, não há como estabelecer uma confiável distribuição de probabilidade

A hipótese de não ergodicidade coloca em xeque os parâmetros tradicionais do direito administrativo brasileiro e abre novas expectativas investigativas sobre a natureza desses contratos de longo prazo e como reequilibrá-los.

Nesse contexto, tentar reequilibrar os contratos complexos com base na ideia de um equilíbrio inicial e teoricamente imutável não pode funcionar diante da complexidade do ambiente em que os contratos são executados. Trata-se, na verdade, de uma narrativa⁹⁹, no sentido de que sempre foi assim e as partes envolvidas, inclusive Tribunais e Controle, se sentem confortáveis de seguir esse caminho. Criou-se a confortável ideia que deveríamos buscar esse tal equilíbrio e fingimos que o encontramos e conseguimos reequilibrar o contrato.

V - Conclusão.

A teoria econômica neoclássica que está por trás da ideia de equilíbrio econômico financeiro dos contratos complexos e relacionais no direito brasileiro é incapaz de oferecer respostas adequadas. Isso porque a falácia da restauração de um equilíbrio primevo estabelecido no momento T0 é falaciosa e acaba por espalhar pela execução contratual uma plêiade de ineficiências e distorções.

Contratos dessa ordem, como é o caso do contrato de concessão analisado nesse trabalho, acaba por promover múltiplos equilíbrios ao longo da sua execução que devem ser considerados na análise dos pleitos de Equilíbrio Econômico Financeiro. Dessa forma, sob a perspectiva econômica, é bastante problemática a identificação de uma equação econômico-financeira original (diferentes metodologias, inúmeras variáveis etc.) que deverá ser buscada (ou resgatada) ao longo da execução contratual. Isso porque o equilíbrio inicial serve apenas como âncora teórica para a formatação do contrato, mas provavelmente voltar a esse momento T=0 é impossível.

⁹⁸ CAMPOS, Marcelo Mallet Siqueira e CHIARINI, Tulio. Revista Economia Política, vol 34, n°2, pp 294-316, abril-junho 2014.

⁹⁹ SHILLER, Robert. Narrative Economics: How stories go viral & drive major economic events. Princeton University Press, 2019, US.

Assim, resta concluir que as premissas sob as quais se baseia a TEEF são questionáveis e no lugar delas, há que se reconhecer a incompletude dos contratos *vis à vis* a sua dinâmica complexa, sobretudo em situações de equilíbrio não linear. E portanto, precisamos encontrar outra “tecnologia jurídica” para reequilibrar esses contratos.

VI – Bibliografia.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. “Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos”, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020

CALASANS JÚNIOR, José, Temas polêmicos do novo direito da eletricidade, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. I), Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

CAMPOS, Marcelo Mallet Siqueira e CHIARINI, Tulio. Revista Economia Política, vol 34, n°2, pp 294-316, abril-junho 2014.

DAVIDSON, Paul. Financial Markets, Money and the Real World. Edward Elgar Pub , Setembro, 2002, Pag 50.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos, A natureza jurídica da geração de energia elétrica, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. II), Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos, A regulação de insumos à geração de energia elétrica e a Resolução ANEEL 583/2013, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III), Rio de Janeiro: Synergia, 2014.

FERREIRA FILHO, F; ARAUJO, J. P. Caos , Incerteza e Teoria Pos Keynesiana. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 21..n° 2.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo *Sobre Direito Administrativo, História e Teorias – Uma réplica a Maurício Portugal*, disponível em <https://portaldisparada.com.br/direito-e-judiciario/direito-administrativo-historias/>.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities, Porto Alegre: Fabris, 2007.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão, São Paulo: Quartier Latin, 2020

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2020.pp. 211-254.

KNIGHT, Frank. Risk, Uncertainty and Profit. Disponível no endereço eletrônico: https://cdn.mises.org/Risk,%20Uncertainty,%20and%20Profit_4.pdf

MACNEIL, Ian. Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical under classical, neoclassical, and relational contract law. 72 Nw. U. L. Rev. 1977-1978. Disponível no endereço eletrônico: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr72&div=46&id=&page=>

MARQUES, Márcio Pina, O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração de atividade econômica, in: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; DE CASTRO, Marcus Faro (Orgs.), Direito da Energia Elétrica no Brasil, Brasília: ANEEL e UnB, 2010.

NOBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo, ed. Quartier Latin , 2011.

SHILLER, Robert. Narrative Economics: How stories go viral & drive major economic events. Princeton University Press, 2019, US

THALER, Richard. Comportamento Inadequado: a construção da economia comportamental. Ed. Actual, Lisboa, 2015.