

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-  
FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE  
GERAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE  
ENERGIA.**

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,**  
Professor Emérito da Universidade Mackenzie,  
em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito  
Constitucional, Presidente do Centro de Extensão Universitária.

Algumas considerações iniciais são necessárias para a compreensão da inteligência que ofertarei à divergência entre geradoras e distribuidoras de energia sobre o anexo 5 do contrato padrão definido pela ANEEL, formulada à luz da teoria geral do direito e dos princípios de direito constitucional, administrativo e privado.

Enceto o estudo refletindo a respeito dos instrumentos constitucionais para enfrentar crises

sistêmicas, institucionais ou provocadas pela natureza, que terminam por levar à quebra de padrões normais da sociedade no cumprimento das leis correntes.

É interessante lembrar que, inúmeras vezes, o Constituinte abriu espaço para a intervenção extraordinária, como nos veículos excepcionais do Título V, dedicado à Defesa das Instituições (Estado de Defesa e de Sítio - artigos 136 a 141); na veiculação, em casos de relevância e urgência, de medidas provisórias (art.62); ou mesmo para atuar na ordem econômica (art.173), através da intervenção concorrencial, nos casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, ou ainda para coibir distorções de mercado (art.173 § 4º e 149).

A própria lei delegada é uma forma de autorização legislativa para situações excepcionais que não podem ser combatidas pelas armas normativas tradicionais <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> "Art.136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza".

---

*“Art.137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – a declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta”.*

*“Art.62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.*

*“Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*(...)*

*§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.*

*“Art.68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privada da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.*

*§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.*

*§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”.*

Sempre que as instituições, a democracia, a estabilidade econômica ou jurídica da Nação possam estar em risco, há veículos constitucionais e caminhos excepcionais, no direito maior, que permitem o retorno à normalidade, com a adoção de soluções jurídicas diferenciadas daquelas sugeridas para os períodos de estabilidade<sup>2</sup>.

Não é desavisado rememorar que, em nível de direito privado, soluções para enfrentar “excepcionalidades” já vinham sendo hospedadas desde remota antiguidade, sendo admirável o “Canon” 48 do Volume XIV do Código de Hamurabi, que para ocorrências imprevisíveis, dispunha:

*“XIV - § 48. Si un señor tiene una deuda y (si) el dios Adad há inundado su campo y há*

---

<sup>2</sup> *“Pinto Ferreira lembra que: “O Estado democrático e constitucional deve assegurar os meios necessários à sua preservação, garantindo o direito de necessidade estatal. A liberdade e a democracia não devem permitir o seu aniquilamento. A liberdade não se auto-destrói. Daí advêm determinados enunciados lingüísticos prescrevendo a manutenção do regime, com a utilização de várias expressões, tais como segurança do Estado, defesa da República, razão de Estado, suspensão de garantias constitucionais, salvação pública, empregadas freqüentemente. É um direito de exceção e de necessidade, que leva à pré-compreensão de uma delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas nas situações emergentes de anormalidade, consagrando um direito de necessidade constitucional” (Comentários à Constituição brasileira, Saraiva, 1992, v.5, p.187).*

*destrozado la cosecha, o bien (si) a causa de la sequía, el campo no produce grano, en ese año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla (de contrato) y no pagará el interés de ese año”<sup>3</sup>.*

De rigor, muito embora cuide de força maior ou caso fortuito, as sementes da denominada cláusula “rebus sic stantibus” ou da teoria da imprevisão foram lançadas por aquele texto codificado, há quase 4.000 anos.

O Código Civil admitiu, no artigo 1058, as hipóteses de força maior e de caso fortuito, estando redigido da forma que se segue:

*“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se, expressamente, não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.*

---

<sup>3</sup> *Código de Hammurabi, Federico Lara Peinado, Ed. Nacional, Madrid, 1982, p. 97.*

*Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”<sup>4</sup>*

E vasta teoria foi elaborada, no campo do direito privado, a partir do “caso fortuito ou força maior”, para chegar-se à teoria da imprevisão.

A diferença entre elas reside na inevitabilidade, imprevisibilidade e impossibilidade de cumprimento da obrigação, nas hipóteses de “força maior ou caso fortuito”, enquanto na teoria da imprevisão, a

---

<sup>4</sup> Clovis Bevilacqua assim o comenta: “Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de HUC, é o “acidente produzido por força física ininteligente, em condições, que não podiam ser previstas pelas partes”. A segunda é o “fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”. Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e sim, a inevitabilidade. E, porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam esta duas causas de irresponsabilidade. Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, uma inundação produzem danos inevitáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por consequência a impossibilidade de levar a carga ao porto do destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade da guerra. Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (Código Civil, Vol.IV, Ed.Paulo de Azevedo Ltda, Rio de Janeiro, 1955, pg.173).

impossibilidade de cumprimento é elemento despiciendo, valendo apenas a inevitabilidade e a imprevisibilidade. Em termos diversos, pela teoria da imprevisão, o que se busca evitar é o enriquecimento indevido de uma parte à custa do empobrecimento da outra, por fatores alheios à contratação, que, sem eles, faria lei entre as partes<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Paulo Carneiro Maia rememora o início da albergagem da teoria da imprevisão pelo direito brasileiro "O primeiro adepto, no campo do direito privado, entre nós, reconhecem-nos todos, foi Jair Lins. Em conhecido parecer, dado em 1923, o ilustre jurista mineiro, sob motivação mais benévola, relacionada com a ausência de consentimento, apelando para o velho adágio "voluntas non extenditur ad incognitum", fixou, assim, sua opinião como vanguardeiro. A súmula de suas conclusões, nas quais se encerram aplicações práticas da mesma teoria - o que já ficou estimado - reflete, por si só, o sentido dos fundamentos em que apoiou: "Existe, no direito, a cláusula "rebus sic stantibus", que opera quando as condições do mercado se tenham tão profundamente alterado que, se essa alteração fosse prevista, a parte não teria, certamente, se obrigado ou teria celebrado o contrato sob outras condições". Daí por diante o problema passou a merecer a atenção de outros juristas. E os adeptos da teoria da imprevisão foram aumentando de tal forma que, na quadra atual, seria difícil relaciona-los sem receio de lacuna. Com efeito, seja através de monografias, de estudos avulsos, de pronunciamentos incidentes, seja mediante pareceres específicos ou envolvendo aplicações casuísticas, enfim, sob modalidades as mais variadas, avolumam-se aqueles que, autorizadamente, prestigiam essa teoria. Distinguem-se, dentre outros e tão bons, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Arthur Rocha, Abgar Soriano de Oliveira, Nehemias Gueiros, Eduardo Spinola, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Virgílio de Sá Pereira, Epitácio Pessoa, Adhemar de Souza Monteiro, Oswaldo de Carvalho Monteiro, Caio Mario da Silva Pereira, Jorge Americano, Noé Azevedo, Vicente Ráo, Lino de Moraes Leme, F.C. de San Tiago Dantas, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Francisco Campos, J.R. Vieira Netto, Alfredo de Almeida Paiva, Alcino Salazar, José Campos, Themistocles Brandão Cavalcanti, Caio Tácito, Miguel Maria de Sepa Lopes,

Nestas circunstâncias, a teoria do “pacta sunt servanda” cede terreno àquela da “clausula rebus sic stantibus”.

Aspecto que releva acentuar, é que do direito privado a matéria foi levada para o direito administrativo, hoje sendo importante elemento pactual, em licitações para concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, o denominado “equilíbrio econômico-financeiro” do contrato, de resto condição indispensável para que o serviço prestado seja adequado.

Desde o Decreto-Lei 2.300/86 - de concepção intelectual do eminente jurista Saulo Ramos, quando Consultor Geral da República - normatizou-se a tendência até então jurisprudencial de hospedar, nos quadros do direito administrativo, a teoria nascida no campo do direito privado, prevalecendo sobre princípios de ordem pública ou da servidão ao pacto firmado<sup>6</sup>.

---

Geraldo Serrano Neves, J. do Amaral Gurgel, e Orlando Gomes.” (*Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Edição Saraiva, São Paulo, 1959, p. 253-254) (*grifos meus*).

<sup>6</sup> Diogo Figueiredo explicita tal hospedagem administrativa “Trata-se da equivalência das prestações recíprocas

É de se lembrar que o artigo 175 da Constituição Federal está assim redigido:

*“Art.175. Incumbe o Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter*

---

*ajustadas, apreciável em termos econômico-financeiros quando da formação do vínculo contratual.*

*No contrato administrativo, essa característica relacional assume fundamental importância, expressando-se no denominado equilíbrio econômico-financeiro ou, mais simplesmente, na equação financeira, explícita ou implicitamente estabelecida inicialmente pelas partes.*

*Quaisquer que sejam as flutuações da execução, decorrentes da vontade da Administração, de atos de terceiros ou de fatos imprevisíveis, que influam na comutatividade, é imperiosa a manutenção desse equilíbrio, fundamento da equidade no contrato administrativo e garantia do contratante privado.*

*O reajustamento contratual dessas prestações financeiras, sejam preços sejam tarifas, é a solução para as correções de desajustes que se situam numa faixa de razoável previsibilidade, como as que decorrem da desvalorização da moeda e do encarecimento de matérias-primas, o que não afasta a revisão extracontratual sempre que de eventos imprevisíveis decorra uma insuportável carga para uma das partes e enriquecimento sem causa para a outra.*

*Distingue-se, portanto, o reajustamento, fundado no contrato e de natureza consensual, da revisão, fundada na equidade, extracontratual e pretoriana, cabível sempre que ocorrerem os pressupostos aludidos. De resto, o reajustamento atinge apenas o preço, como elemento do contrato, ao passo que a revisão pode comprometer todo o contrato” (Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 11ª edição, Rio de Janeiro, 1996, p. 122) (grifos meus).*

*especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II – os direitos dos usuários;*

*III – política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado.”*

impondo o “serviço adequado”, o que vale dizer: o concessionário não pode ser obrigado a prestar serviço com prejuízo, percebendo preço inferior ao custo da prestação delegada ou, mesmo que em igual valor, sem que restem asseguradas condições de reinvestimento para manter a prestação de serviço com eficiência.

O mesmo princípio é reproduzido no artigo 37, inciso XXI, da Lei Maior,<sup>7</sup> cuja dicção é a seguinte:

---

<sup>7</sup> Celso Bastos comenta o dispositivo da ordem econômica: “Da mesma forma, as tarifas não podem deixar de ser justamente remuneratórias do capital investido. Caso assim não fosse, estaríamos quebrando a justa expectativa de todo aquele que desempenha atividade econômica no regime capitalista, qual seja a de auferir lucros no fim do exercício. É certo, por outro lado, que o Poder Público não está obrigado a cobrir as despesas decorrentes de uma Administração perdulária ou mesmo desarrazoadamente incompetente. A justa remuneração deve ser apurada considerando-se os custos do serviço, levados a efeito de forma eficiente e econômica. O concessionário não pode beneficiar-se de um lucro certo, independente da forma por que administrou a concessão. Cumprida a sua parte, consistente na geração do

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

---

*serviço debaixo de estrita economicidade, não pode também o concessionário deixar de fazer jus a tarifas que lhe assegurem uma lucratividade normal, sob pena de a concessão converter-se numa forma sub-reptícia de confisco.*

*De qualquer sorte, o concessionário goza, na verdade, de um regime que de um certo ângulo o privilegia ante o comum dos empresários, que mesmo agindo diligentemente não se pode pôr a salvo de áreas advindas do mercado. Em síntese, mesmo o empresário diligente e parcimonioso está sujeito a resultados adversos. Ao concessionário há de se assegurar uma tarifa remuneratória, uma vez que esta não é fixada segundo leis de mercado, não comparecendo a seu favor aquelas situações extremamente favoráveis que propiciam ao empreendedor comum lucros extraordinários. A fixação, portanto, de uma tarifa que seja justamente remuneratória do capital é a compensação ofertada ao concessionário pela perda do controle sobre ela, assim como da privação da eventualidade e lucros fora do razoável” (Comentários à Constituição do Brasil, 7º volume, 2º ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 123).*

*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (grifos meus).*

Ora, a crise energética, nitidamente, é uma crise em que vários componentes se aliaram. A seca, fator da natureza imprevisível, nos níveis em que vem ocorrendo; a escassez de recursos aplicados pelo governo nos últimos anos no setor; o aumento de consumo decorrente do aumento do PIB e, por que não dizer, a excessiva tributação federal e estadual (ICMS, PIS, COFINS, CPMF etc) sobre um bem essencial, retirando disponibilidades para reinversão, levaram à crise, que, segundo o Presidente da República - supremo mandatário na Nação - apenas lhe foi comunicada duas semanas antes de ele mesmo torná-la pública para a Nação!

Ora, se até o Presidente da República desconhecia a gravidade da crise, o que dizer dos cidadãos comuns, no setor privado ou público concorrencial, que não possuem a totalidade dos dados e informações que o Governo Federal possui !!!

Foi necessário criar-se um “Ministério da Crise” para mostrar sua gravidade e a adoção de medidas antipáticas para geração de recursos e redução do

consumo da energia, única forma de se evitar o mal maior, que seria o corte periódico de seu fornecimento.

Teve, inclusive, o Governo, o ônus de ingressar com ação declaratória de constitucionalidade junto ao Pretório Excelso para assegurar o racionamento e as tarifas diferenciadas, com inequívoco desgaste político, tendo a Suprema Corte entendido serem, a crise e o momento nacional, de tal gravidade, que as medidas adotadas se justificavam, do ponto de vista jurídico, tecendo, todavia, em alguns momentos, considerações de natureza política<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> *Escrevi, um dia antes do julgamento: "No mérito, as disposições legais editadas pelo Planalto destinam-se a regular a utilização de um produto escasso de forma a poder atender eqüitativamente a todos os consumidores, sem necessidade de se chegar ao extremo do corte de energia generalizado em determinadas horas do dia, em grande parte do país. A primeira questão é a de saber se poderia haver tarifas diferenciadas para quem não cumprir as metas estabelecidas de redução de consumo da energia, a ser distribuída. Entendo que sim. Antes da crise energética, havia tarifas diferenciadas em função do usuário, em face de sua condição de pequeno consumidor ou de produtor rural, sem que houvesse ferimento do princípio da isonomia da Constituição. A condição do usuário é que definia a maior ou menor tarifa. O produto tornou-se escasso e, hoje, a diferenciação das tarifas decorre da quantidade de sua utilização, sendo, a meu ver, correta a medida provisória, justificando-se, inclusive, seu aumento para os que consomem mais, para encaminhamento de tais recursos exclusivamente*

Neste contexto, portanto, não há que se alegar a “previsibilidade” e “evitabilidade” da crise, assim como a permanência da pactuação anterior entre geradores, distribuidores e consumidores. Estes, inclusive, já estão sendo onerados pelo aumento de tarifa.

---

*para cobrir custos, inclusive de investimentos, no intuito de prestação de serviço adequado (inciso IV, do parágrafo único do artigo 175 da CF), no futuro. Tarifas diferenciadas em função da quantidade do uso de energia, portanto, não maculam a Constituição. O segundo aspecto diz respeito à bonificação daqueles que ficam abaixo das metas propostas, algo também que não agride o princípio da isonomia, nem o direito do consumidor, antes beneficiando aquele que, patrioticamente, der maior colaboração ao esforço da nação para sair da crise. Todos podem consumir menos, razão pela qual um maior benefício poderia ser obtido por todos, se todos tiverem o mesmo espírito cívico. Por fim, o terceiro aspecto concerne ao corte de energia elétrica de quem pretender, após um primeiro aviso, continuar a usar mais do que o setor pode oferecer, colocando em risco a própria distribuição eqüitativa da energia racionada para todos os que dela necessitam. Parece-me medida profilática e que pode o Poder Público exigir para que uns poucos não prejudiquem a totalidade da nação, ainda aqui não sendo tismada a lei maior. Embora apenas exemplo analógico, lembro que os motoristas que não cumprem as regras de trânsito, pondo em risco a vida alheia, podem perder sua carteira de habilitação. Ora, os consumidores que colocarem o plano de racionamento em risco, expondo a nação ao corte de energia generalizado, podem, a meu ver, ser punidos, por se utilizarem de recurso escasso mais do que o permitido” (O Estado de S.Paulo, 26/06/01).*

A energia, “produto essencial” – é considerada “mercadoria” para efeitos do ICMS - passou a ser de uso limitado, com desequilíbrios evidentes entre as diversas regiões de um país continental, com “escassez” em algumas delas e “sobras” e “excessos” em outras.

Tais relações, portanto, à luz da teoria geral do direito, do direito contratual, do direito administrativo e do direito privado devem ser reexaminadas para que o descompasso da crise não seja agravado, com maculação evidente aos princípios do “equilíbrio contratual”, “do relevante interesse nacional”, da “imprevisibilidade”, do “enriquecimento sem justa causa” de alguns, que podem beneficiar-se da crise, em vez de colaborar na sua solução.

A meu ver, portanto, a M.P. 2.152-2 caracterizou o estado de emergência, de crise, de desequilíbrio nas condições de fornecimento, distribuição e consumo de energia, com severas medidas, respaldadas pelo Supremo Tribunal Federal, impondo a revisão das relações contratuais entre geradores e distribuidores até a volta à normalidade, revisão esta que pode ser restrita às determinações dos contratos

provocadoras do desequilíbrio, prevalecendo as restantes não vinculadas à situação mencionada<sup>9</sup>.

Um último aspecto merece consideração, a saber, o regime jurídico concernente à dualidade de iniciativa econômica.

Discuti a questão, com a participação de inúmeros professores da área, no 1º Simpósio Nacional de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária, à luz da Constituição anterior.

As conclusões do referido conclave - ainda quando a Lei Suprema não se referia à existência de um ramo do direito, com o batismo de "econômico" - foram no sentido de que a ordem econômica comporta duas claras atuações de seus agentes, ou seja, na exploração de atividades de conteúdo mercantil, abrangendo, inclusive, os serviços, e na prestação de serviços públicos com densidade econômica. Na

---

<sup>9</sup> *Ricardo Grinbaum e David Friedlander lembram que: "Se tudo der certo, o racionamento pode virar um excelente negócio para as distribuidoras de energia. Elas poderão ganhar mais dinheiro sem vender eletricidade do que com o fornecimento normal de luz. A mágica se chama anexo 5, item da legislação dos contratos entre empresas de geração e de distribuição de energia que coloca em jogo mais de 5 bilhões, de acordo com o governo"*(Folha de São Paulo, 01/07/2001, p. B1).

primeira, prevaleceriam as normas de direito privado, com a presença indireta dos ramos de direito público relacionados e, na segunda, as regras do direito público seriam mais relevantes, principalmente de direito administrativo, embora também com influência indireta do direito privado<sup>10</sup>.

A meu ver, a Constituição de 1988 veio consagrar essa linha de interpretação, conforme já procurei demonstrar em inúmeros artigos e trabalhos jurídicos.

Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou a um socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa, compõe a terceira via da economia moderna <sup>11</sup>. Ambos os

---

<sup>10</sup> O Caderno n. 1 de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária e Editora Resenha Tributária, sob o título "Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica" hospedou trabalhos dos seguintes autores: Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza (São Paulo, 1983).

<sup>11</sup> Miguel Reale escreve: "Como se verá, a Queda do Muro de Berlim somente surpreendeu os intelectuais dominados pelo ópio do marxismo, porquanto a precariedade do regime soviético já havia sido mais do que demonstrada pelos novos doutrinadores do liberalismo, os quais também puseram à mostra todos os equívocos em que se enredavam os partidários da Social-Democracia, cada vez mais incapaz de

autores mostram que a economia de mercado, perfilada pelo constituinte de 1988, está temperada por valores sociais, ao ponto de os dois fundamentos maiores do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa <sup>12</sup>. Esta última, só é possível em face da livre concorrência (art. 170, inciso IV), estando balizada por dois mecanismos de cerceamento de desvios, quais sejam, na ponta da produção e circulação de mercadorias e serviços, pelo controle do abuso do poder econômico (art. 173, § 4º da C.F.), e na ponta do consumo, pela proteção ao

---

*se afirmar como solução plausível e segura, visto padecer do mesmo mal do comunismo, que era a vinculação às idéias marxistas da luta de classes e da economia dirigida, posta como fundamento único e legitimador do Estado.*

*Foi assim que, se, de um lado, os liberais extremados se deixavam fascinar pelos sortilégios da livre concorrência, apontada como única fonte de bem-estar, de outro, os social-democratas mais conscientes deram-se conta da necessidade de proceder à revisão de suas diretrizes básicas.*

*É desse contraste ou entrechoques de idéias que iria emergir o fato político mais relevante de nosso tempo, o da convergência das ideologias, não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas" (O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias, Ed. Saraiva, 1998, p. XI/XII).*

<sup>12</sup> Miguel Reale, "O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias", Ed. Saraiva, 1998 e Oscar Corrêa, "O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo", Ed. Forense Universitária, 1994.

direito do consumidor (5º, inciso XXXII e 170, inciso V) <sup>13</sup>.

A opção pela economia de mercado, todavia, torna-se clara no artigo 174, “caput”, cuja dicção é a seguinte:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e **indicativo** para o setor privado” (grifos meus),

tornando o planejamento apenas indicativo para o segmento privado, embora obrigatório para o setor público, apesar de a disciplina legal de incentivos e fiscalização ser comum aos dois ramos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Os dispositivos estão assim redigidos: “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...IV. livre concorrência; V. defesa do consumidor”;

“Art. 173 - § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”;

“Art. 5º - XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

<sup>14</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o dispositivo: “PLANEJAMENTO: Como se sabe, há dois tipos de

O artigo 173, em seu “caput”, não alterado pela E.C. n. 19/98, declara que:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”,

apenas permitindo, na exploração da atividade econômica, a presença do Estado para atender:

1) a interesse coletivo relevante

---

*planejamento. Um, de caráter indicativo, visa a orientar os agentes econômicos, propondo metas, indicando investimentos, mormente estatais etc. Este é compatível com a economia social de mercado, embora seja renegado pelo liberalismo clássico.*

*O outro, o planejamento de caráter compulsório, aqui chamado de determinante –mas por muitos designado por planificação para fácil distinção em relação ao primeiro–, é típico da economia centralizada. Por meio dele, procura-se substituir o mercado por avaliações administrativas de que defluem ordens sobre o cálculo de quantidades físicas e valores de caráter meramente contábil (cf. meu Direito Constitucional Econômico, cit., p. 10).*

*Difícil é conceber a possibilidade de um planejamento compulsório, ainda que apenas para o chamado setor público da economia, no quadro de uma economia de mercado, a qual indiscutivelmente resulta da Constituição em estudo” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4, Ed. Saraiva, 1995, p. 15).*

ou

2) imperativos da segurança nacional.

Nas duas hipóteses, os comandos normativos a serem seguidos são próprios do direito privado - mais amplos no texto original (170, §§ 1º e 2º), e mais restritos no texto da E.C. n. 19/98 (173, § 1º) - visto que certas normas pertinentes ao direito administrativo passaram a ser exigidas expressamente, a partir de 1998 <sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Celso Ribeiro Bastos preleciona: "Este preceito, muito embora tenha sido modificado pela Emenda n. 19/98, ainda assim guarda grande similitude com o § 2º do art. 170 da Constituição de 1967, que recebeu nova redação com a Emenda n. 1, de 1969, que rezava: "§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".

É um parágrafo muito importante para revelar a índole da organização jurídica da nossa economia. Ele desempenha um papel de ordem sistemática que transcende em muito o comando que encerra.

Neste parágrafo, especificamente no seu inc. II, agasalha-se a idéia de que é possível ao Estado, através de pessoas descentralizadas, desempenhar um papel assemelhado àquele cumprido pelas empresas privadas. Fixou-se no nosso direito crença de que essa convivência é possível. Assim o que se procura é que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas" (Comentários à Constituição do Brasil, 7º vol., Ed. Saraiva, 2000, p.67).

Os parágrafos dos dois Textos Supremos estão assim redigidos:

Constituição de 1988 (redação original): “Art. 173

...

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”;

E.C. n. 19/98: “Art. 173 ...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou **de prestação de serviços**, dispondo sobre:

I. sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II. a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

*III. licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*

*IV. a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;*

*V. os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores” (grifos meus).*

Ora, em nenhum momento o artigo 173 comporta a exploração de **serviços públicos**, mas apenas a exploração de atividades econômicas –daí a prevalência do direito privado--, lembrando-se que o § 1º, na redação da E.C. n. 19/98, refere-se à:

a) exploração de atividade econômica de

b) produção e comercialização

c) de bens

ou

d) prestação de serviços sem qualquer adjetivação <sup>16</sup>.

Ocorre que, repetidas vezes, o Estado pode intervir em área de prestação de serviços ou comercialização de bens por

interesse coletivo relevante

ou

imperativos de segurança nacional,

sem que tais serviços ou circulação de bens possam ser considerados serviços públicos, como, por exemplo, já aconteceu durante a segunda guerra mundial, em que houve período de racionamento de

---

<sup>16</sup> No volume 7 dos Comentários que Celso Ribeiro Bastos e eu elaboramos, lê-se como nota de roda-pé n. 1 na página 67 o seguinte: "No direito francês, por exemplo, há dois tipos clássicos de empresas públicas. Em primeiro lugar aparecem aquelas com estatuto de sociedade; em segundo vêm as empresas com estatuto de estabelecimento público.

A distinção baseia-se, fundamentalmente, na natureza do serviço que uma e outra prestam. Justamente em função da natureza das tarefas levadas por essas empresas é que se vai descobrir qual o regime jurídico aplicável, numa graduação que vai desde um regime quase puro de direito público (caso dos estabelecimentos públicos desempenhando serviço público) até um regime quase puro de direito privado (sociedades públicas de caráter comercial e industrial, que atuam paralelamente, no mercado, com as empresas privadas). Vale dizer que tal critério foi criado pela doutrina francesa, não constando em texto legal algum (cf. a respeito Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, 2ª. ed., Coimbra Ed., p. 190, nota de roda-pé)".

alimentos (leite, pão etc.). Poderia, se quisesse, criar empresas para explorar tais atividades. Mais recentemente, na importação da borracha, instituiu a contestada TORMB (taxa de organização e regulamentação do mercado da borracha), objetivando regularizar segmento descompassado da economia. Durante o conflito de 1939/45, a distribuição de combustíveis passou a ser de segurança nacional, assim como a produção da borracha. E a “Petrobrás” surgiu, no fim da década de 40, como imperativo de segurança nacional, sem que se possa dizer que a extração, produção e comercialização de combustíveis sejam **serviços públicos** <sup>17</sup>.

Desta forma, a dicção constitucional sinaliza no sentido de que **imperativos de segurança nacional e interesse público relevante** podem conformar exploração de atividades econômicas que impliquem

---

<sup>17</sup> O artigo 21 e § 1º da Lei n. 5227/67 estava assim redigido: “Art. 21 - É instituída a taxa de organização e regulamentação de mercado da borracha, de natureza específica e incidente sobre as borrachas e látices vegetais e químicas, nacionais e estrangeiras.

§ 1º Compete ao Conselho Nacional da Borracha estabelecer as alíquotas da taxa a que se refere este artigo para cada categoria de elastômeros, não podendo aquelas exceder a 1/20 (vinte avos) do valor de produção das borrachas e látices nacionais e do preço f.o.b. dos produtos importados”.

serviço, no texto constitucional, sem que sejam necessariamente públicos.

O segundo regime jurídico para atuação do Estado na prestação de serviços públicos com densidade econômica, desenhado está no “caput” do artigo 175 da C.F., sendo seu discurso o seguinte:

*“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (grifos meus).*

Aqui, ao contrário do § 1º do artigo 173, nitidamente o constituinte fala em serviços públicos e não apenas em serviços, sendo este regime de direito administrativo, devendo, por conseqüência, as empresas privadas que nele atuem seguir as estritas regras daquele ramo da árvore jurídica <sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Diogo de Figueiredo esclarece: “Os instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, por estarem estabelecidos como exceções aos princípios constitucionais da democracia econômica, tidos como fundamentais, para a nação brasileira (art. 1º, IV) e gerais para toda a atividade econômica (art. 170, “caput” –livre iniciativa– e inciso IV –livre concorrência), estão taxativamente previstos na própria Carta Magna.

Mas, diferentemente da sistemática utilizada para a enunciação dos princípios gerais da atividade econômica, os preceitos definitórios das instituições interventivas na

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado e, no segundo, o segmento privado pode atuar como agente acólito do Estado na prestação de serviços públicos, que não se confundem com os aspectos pertinentes ao artigo 173 <sup>19</sup>.

---

*economia ficaram disseminados em vários Capítulos, de quatro distintos Títulos (IV, VII, VIII e IX) da Constituição. Essas instituições interventivas se classificam em quatro tipos: regulatórias, concorrenciais, monopolistas e sancionatórias. Pela intervenção regulatória, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos; pela intervenção concorrencial, o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais; pela intervenção monopolista, o Estado se impõe em exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; e pela intervenção sancionatória, o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e certos interesses gerais de índole econômica" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 11<sup>a</sup> ed., 1996, p. 365/366).*

<sup>19</sup> *Escrevi: "O Estado, sobre não poder ter qualquer espécie de preferência na sua atuação econômica em relação ao setor privado, somente é chamado a participar de tal processo para suprir, complementar, preencher áreas não atendidas pelo mais vocacionado a tal atividade, que é o da livre iniciativa. À tal atuação vicária, sem privilégios, denomina a doutrina de "intervenção concorrencial", no que me parece que bem rotulou tal secundária participação do Estado na Economia. Pelo artigo 175, o regime jurídico do serviço público, com densidade econômica, faz do Estado o agente principal e o sujeito privado mero coadjuvante, pelos mecanismos da concessão, permissão e autorização" (A Constituição Aplicada 7, Ed. CEJUP, 1993, p. 112).*

Não consigo vislumbrar outra interpretação, tendo procurado expor, em inúmeros estudos, esta minha inteligência, que reitero no presente estudo, ainda recentemente o fazendo, em palestra, perante ministros da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em Seminário Jurídico sobre Concessões em Foz do Iguaçu da Escola Nacional da Magistratura e da Academia Internacional de Direito e Economia (8/6/2001).

Ora, claramente o constituinte determinou que as leis de mercado regeriam os serviços não públicos, à luz do disposto no artigo 173 e as leis que amparam o interesse público regeriam a exploração dos serviços públicos, no regime do artigo 175.

Em outras palavras, a livre concorrência e o livre mercado determinam o regime jurídico do artigo 173 e o interesse público, com equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforma a disciplina legal do artigo 175. Nitidamente, as regras do mercado não podem prevalecer sobre o regime jurídico da prestação de serviços públicos.

Admitir-se que as regras do mercado é que devem definir a qualidade e o custo dos serviços públicos, pelo prisma do direito privado e não do direito

administrativo, poderia levar, à consideração, também, que qualquer tipo de prestação de serviços públicos, deveria ser regida pelo direito privado e não pelo direito público, no que haveria inequívoca violação da lei suprema.

Colocadas tais premissas essenciais, passo a analisar a divergência a partir da pactuação imposta pela ANEEL.

O primeiro ponto que se coloca é de se saber se a pactuação anterior prevalece em face dos elementos imprevisíveis e inevitáveis ocorridos.

Toda a legislação infraconstitucional, a partir de 1986, seguindo orientação jurisprudencial e doutrinária é no sentido de exigir, nos contratos de concessão de serviços públicos, a inclusão de cláusulas protetivas de seu equilíbrio econômico e financeiro, assegurando-os contra desequilíbrios futuros, mediante a hospedagem dos princípios que conformam a teoria da imprevisão<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> *Leia-se do Superior Tribunal de Justiça o seguinte acórdão:*  
"Recurso Especial 52.696 – Distrito Federal (94 24939-0)  
Relator: O Exmo Sr. Ministro Ari Pargendler  
Recorrente: Santa Bárbara Engenharia S/A  
Advogados: Drs.Laurindo Eing e outro  
Recorrida: Companhia Urbanizadora na Nova Capital do Brasil – NOVACAP

Do Decreto 2.300 de 21 de novembro de 1986, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal e outras providências, constava, no art. 55, II, "d", o seguinte:

*"Art 55. Os contratos regidos por este Decreto-Lei poderão ser alterados nos seguintes casos:*

.....

*II – por acordo das partes:*

- a) 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*

---

*Advogados: Drs. Marivânia Palmeira de Oliveira e outros*  
*Ementa: Administrativo. Contratos de Empreitada. Desequilíbrio econômico-financeiro resultante do plano cruzado. Exigibilidade da correção monetária. Contrato que, celebrado na vigência do Plano Cruzado sem cláusula de reajustamento, teve sua base econômica comprometida pela inflação ocorrida no período. Direito da parte que o cumpriu à correção monetária das prestações. Recurso especial conhecido e provido.*

*Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.*

*Brasília, 05 de dezembro de 1996 (data do julgamento)".*

inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato." (grifos meus)

Revogando o Decreto-Lei 2.300/86, sobreveio a Lei n. 8.666 DE 21/06/1993 - DOU 22/06/1993, regulamentadora do art. 37, Inciso XXI, da Constituição Federal, e que institui normas para Licitações e Contratos da Administração Pública e dá outras Providências.

Sobre a teoria da imprevisão, consta, do art. 57 inserido no CAPÍTULO III - Dos Contratos (artigos 54 a 80), SEÇÃO I - Disposições Preliminares, o seguinte:

*"ART.57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

*I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;*

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.  
(grifos meus)

Na mesma lei, sobre o equilíbrio econômico financeiro, ainda consta o art. 65, cuja dicção é a seguinte:

"ART.65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito

ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

\* Alínea "d" com redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/1994 (DOU de 09/06/1994, em vigor na data da publicação).

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

**§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. (grifos meus)**

Da Lei 8.880 DE 27/05/1994 - DOU 28/05/1994, que dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor - URV e dá outras providências, constam dispositivos relacionados ao equilíbrio econômico financeiro nos seguinte termos:

"ART.7 - Os valores das obrigações pecuniárias de qualquer natureza, a partir de

1º de março de 1994, inclusive, e desde que haja prévio acordo entre as partes, poderão ser convertidos em URV, ressalvado o disposto no art. 16.

Parágrafo único. As obrigações que não forem convertidas na forma do "caput" deste artigo, a partir da data da emissão do Real prevista no art. 3, serão, obrigatoriamente, convertidas em Real, de acordo com critérios estabelecidos em lei, preservado o equilíbrio econômico e financeiro e observada a data de aniversário de cada obrigação.

"ART.15 - Os contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, vigentes em 1º de abril de 1994, em que forem contratantes órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seus fundos especiais, autarquias, inclusive as especiais, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades por ela controladas direta ou indiretamente, serão repactuados e terão seus valores convertidos em URV, nos termos estabelecidos neste artigo, observado o disposto nos artigos 11, 12 e 16.

(...)

§ 7º É facultado ao contratado a não repactuação prevista neste artigo, podendo, nesta hipótese, a Administração Pública

rescindir ou modificar unilateralmente o contrato nos termos dos artigos 58, inciso I e § 2º, 78, inciso XII, e 79, inciso I e § 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993." (grifos meus)

A Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 542 de 30.06.94, que instituiu o Real, menciona que o Plano tem como objetivo "preservar o princípio da livre negociação dos contratos entre as partes, tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico financeiro e o respeito ao ato jurídico perfeito" (conf. EM. Interministerial n. 205, de 30.06.94 DOU de 30.06.94)

Como se percebe, há todo um complexo de comandos normativos a assegurar o serviço adequado (art. 175 § único inciso IV da C.F.) através da permanência do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

À luz dos dispositivos acima citados, portanto, não se pode dizer que a cláusula nº 7 § 3º do contrato de compra e venda de energia elétrica perdeu a validade por força da revogação do Decreto nº 93.901 de 9/1/1987. Está o dispositivo assim redigido:

*“Parágrafo Terceiro – Os faturamentos integrais relativos à compra de ENERGIA e DEMANDA, pela COMPRADORA, referem-se a períodos normais de fornecimento, podendo não vigorar nos períodos de racionamento, durante os quais deverá ser observado o disposto no Decreto n° 93.901, de 9 de Janeiro de 1987, ou legislação que venha a substituí-lo ou complementa-lo.”*

O argumento contra a sua permanência é pueril. A cláusula só poderia referir-se, naturalmente, à legislação vigente à época, que veio a ser substituída, legislação esta que previa – e corretamente – a regência do direito administrativo para a matéria, como, de resto, determina a Constituição Federal.

A revogação destas normas, por outras, não retira a validade de princípios constitucionais, como são o da manutenção do serviço adequado (artigo 175 § único inciso IV) e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (37 no XXI)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Toshio Mukai lembra que “Admite o § 2° que os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. É a positivação expressa da orientação doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. O que a disposição contempla é a revisão das tarifas. Convém, diz Caio Tácito, “distinguir, nesse termo, as cláusulas de

Ora, se houver desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com a possibilidade de enriquecimento ilegítimo de uns à custa do empobrecimento de outros, por fatores inevitáveis, imprevisíveis e imponderáveis, à evidência, o serviço tornar-se-á inadequado, visto que as empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não poderão ser obrigadas a trabalhar com prejuízo, por imposição governamental. Terão direito de ingressar com ações de indenização contra o Poder Público, que, por sua vez, poderá responsabilizar aqueles agentes que tenham provocado o prejuízo por dolo ou culpa, ação de ressarcimento, esta imprescritível em face dos §§ 5º e 6º e artigo 37 da Lei Suprema<sup>22</sup>.

---

*variação de preços e tarifas (ou cláusulas automáticas) e as cláusulas de revisão (ou cláusulas de princípio).*

*Nas primeiras o ajuste se realiza, automaticamente, na conformidade de índices ou referências previamente estipulados (paramètres) que usualmente se relacionam com as alternativas salariais (paramètres salaires), da matéria-prima (paramètres-matières) ou das cargas fiscais.*

*Nas últimas, convencionou-se o princípio da revisão obrigatória pela superveniência de fatores especificados; mas, o novo preço ou tarifa será fixado mediante o processo de revisão. Não há automatismo na modificação do elemento financeiro, embora assegurada às partes a manutenção da equivalência contratual" (Direito Administrativo Sistematizado, Ed. Saraiva, 1999, p. 431).*

<sup>22</sup> O artigo 37, §§ 5º e 6º, está assim redigido: "§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Vale dizer, a revogação do Decreto nº 93.901/87 não modifica o conteúdo da cláusula contratual plenamente aplicável à situação presente, que é não permitir o desequilíbrio econômico-financeiro por fatores momentâneos, imprevisíveis e inevitáveis<sup>23</sup>, devendo, na verdade, haver regulamentação legal específica nesse sentido.

À evidência, a manutenção da obrigação de pagamento por energia não ofertada, em decorrência de imposição do governo, ou de adquiri-la de forma mais onerosa no mercado aberto para revendê-la com prejuízo para as concessionárias, são exigências inadmissíveis, por ferirem tanto a legislação sobre concessões públicas, quanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sobre

---

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (grifos meus).

<sup>23</sup> “Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a imprescritibilidade da responsabilidade do agente escreve: “Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma “chove no molhado”: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1, ed. Saraiva, 1990, p. 260) (grifamos).

provocarem prejuízo ilegítimo a uma das partes e benefício imerecido para outra, ante a ocorrência de fatores inevitáveis, imprevisíveis e imponderáveis, alguns deles atribuíveis ao próprio governo.

Na atual situação, portanto, que é de notória excepcionalidade, não se aplicam as condições estabelecidas nos contratos que provoquem o desequilíbrio econômico financeiro aduzido.

É de se lembrar, por fim, que a cláusula 4 do Anexo 5 do retrocitado contrato determina que:

*“ As quantidades de ENERGIA deste CONTRATO não serão afetadas por racionamento da carga dos clientes da COMPRADORA que seja imposto pela ANEEL, exceto na forma descrita no item 1, quando ocorrerem simultaneamente as condições referidas no item 2”, (grifos meus)*

cuidando do “racionamento rotineiro” e não do “racionamento imposto por questões de relevante interesse público e de segurança nacional, veiculado por Medida Provisória – e não pela ANEEL - , com a criação de um Ministério, dirigido pelo Ministro Pedro Parente, e o recurso extremo à Suprema Corte, em ação declaratória, para assegurá-lo.

Nitidamente, cuidando a cláusula 4, anexo V, de racionamento sem maior impacto e determinado exclusivamente pela ANEEL, é cláusula inaplicável ao drama nacional que se vive no momento retratando um “quase estado de emergência” e que afastou a ANEEL da condução do processo, para que o próprio Presidente da República interviesse, baixando medida provisória de racionamento <sup>24</sup>.

O segundo ponto decorrencial do primeiro é que a doutrina e a jurisprudência não admitem possa, neste tipo de contrato, haver benefícios para as distribuidoras por fatos imprevisíveis, inevitáveis e

---

<sup>24</sup> *Nunca é demais lembrar o magistério do saudoso Hely Lopes Meirelles: “A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula **rebus sic stantibus** aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.”*

*A aplicação desta teoria, entre nós, assentava-se mais na equidade que no Direito, visto que nenhuma lei a consagrava para os contratos administrativos. Foi a jurisprudência pátria que, seguindo os rumos do Conselho de Estado da França e estimulada pela doutrina, acabou admitindo a revisão de ajustes administrativos em razão de fatos supervenientes e altamente oneroso para o particular contratado” (Direito Administrativo Brasileiro, ob. cit., p. 220).*

imponderáveis, imputáveis, alguns, ao próprio governo, arcando todas as geradoras com prejuízos decorrenciais, mesmo aquelas cujos contratos não façam menção às situações de racionamento. Em outras palavras, se a manutenção dos acordos pré-estabelecidos não atender ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro, estará o governo, deliberadamente, ofertando lucro às distribuidoras a custo de um prejuízo imerecido das geradoras.

Exatamente para evitar tais distorções é que toda a legislação sobre concessões de serviços públicos exige o reequilíbrio, com suspensão das cláusulas acordadas, lembrando-se que a cláusula 4 do Anexo 5, que prevê a hipótese do racionamento se, por absurdo fosse aplicável a racionamentos excepcionais, não poderia se sobrepor à Constituição e à legislação ordinária, por sinalizar que:

a) ou as tarifas anteriores seriam excessivas, ao ponto de serem capazes de absorver o racionamento, hipótese em que a ANEEL deveria ser punida por atingir o consumidor com tarifas superiores às que deveriam prevalecer;

b) ou as tarifas anteriores seriam justas, e se estaria impondo prejuízos às geradoras, o que

inviabilizaria a prestação de serviços adequados, ao arrepio da Constituição<sup>25</sup>.

Em outras palavras, nenhuma cláusula contratual em matéria do serviço público pode prevalecer sobre

---

<sup>25</sup> “SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA - D.J. 1/8/97 - EMENTÁRIO N. 1876-04  
17/6/97 - 1ª Turma  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 183180-4-DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Octávio Gallotti - Recorrente: União Federal - Adv.: Adv.-Geral da União - Recorrida: Transbrasil S.A Linhas Aéreas - Advs.: Luiz Carlos Bettiol e Outros

EMENTA: 1. Questão de ordem processual diretamente apresentada pela recorrente ao Supremo Tribunal e rejeitada pela Turma, em face da preclusão que sobre ela se operara.

2. Recurso extraordinário tempestivamente interposto.

3. Violação do art. 167, II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1/69) argüida pela recorrente no pressuposto da condição de simples permissionária da empresa de navegação aérea recorrida, ao passo que se qualifica esta como concessionária do serviço público, a teor do contrato celebrado pelo Governo Federal em conformidade ao disposto no Decreto n. 95.910-88, no art. 18 da Lei n. 7565-86 e no art. 8º, XV, c, da referida Carta de 1967.

4. **Prejuízo julgado comprovado pelas instâncias ordinárias e decorrente de atos omissivos e comissivos do poder concedente, causadores da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, não abstratamente atribuível a política econômica normativamente editada para toda a população (“Plano Cruzado”).**

5. Recurso extraordinário de que, em conseqüência, não se conhece, por não se reputar contrariado o citado art. II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1/69), sem se a prequestionado tema pertinente ao disposto no art. 107 daquela magna Carta.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em primeira Turma, na conformidade da Ata de julgamento e das Notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário. Brasília, 17/6/97 - Moreira Alves - Presidente - Octávio Gallotti - Relator” (grifos meus).

a Constituição, sobre o equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos e sobre a prestação de serviços adequados, nos termos da Carta Magna.

Por esta razão, a referida cláusula 4 do Anexo V, do contrato retrocitado não pode prevalecer para a situação anômala atual, em face das conseqüências danosas que adviriam para as geradoras de energia, lembrando, uma vez mais, que cuida de “acionamento rotineiro” imposto pela ANEEL e não de “acionamento por questão de segurança nacional” determinado pelo Presidente da República, em medida provisória.

Não pode, portanto, a referida cláusula propiciar a lucratividade denunciada pela manchete da FOLHA de 30/6/2001, para gáudio das distribuidoras de energia, nos termos seguintes:

“SALTO NO ESCURO. Distribuidoras devem receber pelo que não forneceram a preço de mercado atacadista, dez vezes maior.

RACIONAMENTO PODE VIRAR GRANDE  
NEGÓCIO”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Lembro lição de Caio Tácito (O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público, publicado na RDA) retirada do direito americano em que diz: “Finalmente, em 1944, com o Hope case, a Corte define o grau de sua interferência sobre os atos das Comissões, em matéria de tarifas, em função do resultado objetivamente consumado, tendo-se em visto o conceito legal de tarifas justas e razoáveis. Em princípio, a competência administrativa é livre e não se subordina a standards judiciais.

Douglas, como relator do feito, proclama que não é a teoria, mas o impacto da norma tarifária que importa. Não sendo injusta, ou desarrazoada, cessa a jurisdição da Corte: “Under the statutory standard of “just and reasonable”, it is the result reached not the method employed which is controlling ... It is not theory but the impact of the rate order which counts. If the total effect of the rate order cannot be said to be unjust and unreasonable, judicial inquiry under the Acts is at an end” (p. 26/27), e continua: “A regra do equilíbrio financeiro nos serviços de utilidade pública também inspira, nos Estados Unidos, a noção de que não deve subsistir a obrigação de explorar o serviço, quando se tornar cronicamente deficitário.

Não pode o tratado exigir a permanência de serviço que, de modo contínuo, seja operado com prejuízo (operation at a loss). A jurisprudência da Suprema Corte, em mais de um caso, confirmou esse princípio, como, por exemplo, em Railroad Commission v. Eastern Texas Railroad (264 U.S. 79), ou, mais expressivamente, em Telephone Company v. Tax Commission (297 U.S. 403), no qual Brandeis anotou que a empresa não pode ser obrigada a prosseguir no empreendimento com prejuízo, indefinidamente: “A public utility cannot be compelled to carry on a business indefinitely at a loss. If because of such loss a corporation, seeing no prospect of betterment, wishes to discontinue its business and were prevented from doing so by law might be held to be void as imposing an unconstitutional condition upon the privilege of engaging in it” (p. 30/31). E lembra que: “Nove anos após o voto no caso Munn v. Illinois, o próprio Waite, completaria o seu pensamento, exprimindo a opinião da Corte renovada:

“This power to regulate is not a power to destroy, and limitation is not the equivalent of confiscation. Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad corporation to carry persons or property without

Em face do que foi exposto, devem ser consideradas válidas as cláusulas dos contratos não afetadas pelo racionamento, assim como dar-se especial relevo à cláusula 7º § 3º do contrato retrocitado, que estabelece, durante o racionamento, regra do reequilíbrio econômico-financeiro das relações pactuadas entre geradoras e distribuidoras<sup>27</sup>.

Entendo pois, em conclusão, que as geradoras poderão fornecer, neste período, por força de fatos imponderáveis, inevitáveis e imprevisíveis, às

---

*reward; neither can it do that which in law amounts to a taking of private property for public use without just compensation or without due process of law" (p. 19) (grifos meus).*

<sup>27</sup> José Cretella Júnior ensina: "Com o decorrer do tempo verifica-se claro desajuste entre as tarifas estabelecidas e as condições econômicas vigentes, o que é bastante visível nos países de ritmo inflacionário acentuado, como o nosso. Aqui é que entra a política tarifária, a que se refere a regra jurídica constitucional de 1988.

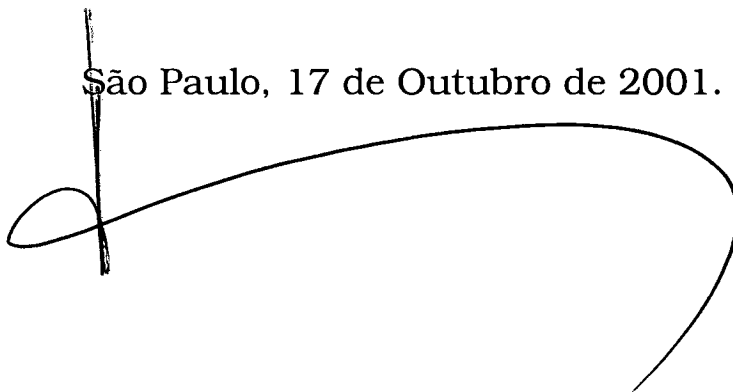
*A situação do concessionário torna-se insustentável. Pensa-se na revisão das tarifas para atualiza-las, atendendo a interesses de três ordens: do Estado, do concessionário e do público.*

*O grande princípio informador, nesse caso, é o interesse público, quer se trate de majoração, quer de redução das tarifas, o que nunca ocorreu, no Brasil.*

*No caso de majoração, o interesse coletivo é consultado quando, para atender ao concessionário, a Administração examina o princípio da justa retribuição capital, a fim de que não se sacrifique a possibilidade econômica do particular." (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1993, p.4137).*

distribuidoras, a energia que produzirem, sem necessidade de recorrer ao mercado (MAE), e sem necessidade de pagar pela energia não fornecida, visto que os serviços públicos que prestam não podem ser regidos pelas regras dos artigos 173, mas sim pelas regras do artigo 175. E se adquirirem no MAE, poderão repassar o custo da aquisição para as distribuidoras, para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

São Paulo, 17 de Outubro de 2001.

A large, stylized handwritten signature in black ink, starting with a vertical line and a loop, extending horizontally to the right and curving downwards.

IGSM/mos

A2001-88 artigo energia adap parecer abrage