V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

JANAÍNA RIGO SANTIN

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Luciani Coimbra de Carvalho; Janaína Rigo Santin – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-501-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I reuniu-se no V Encontro Virtual do CONPEDI, que ocorreu de 14 a 18 de junho de 2022 no formato síncrono, com a temática "Inovação, Direito e Sustentabilidade".

Trata-se de temática extremamente oportuna, em especial quando se está saindo de um período terrível de isolamento social, com todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, onde mais do que nunca se debateu sobre a necessidade de um novo olhar para a sustentabilidade e para os problemas advindos da exploração desenfreada dos recursos naturais no planeta. Para tanto, clama-se aos pensadores do mundo do direito soluções, as quais perpassam necessariamente pela discussão sobre a regulação e limites dos avanços da ciência e das inovações em prol da preservação da vida no planeta.

Dessa forma, o evento proporcionou aos participantes uma perspectiva multidimensional do Direito, capaz de incorporar os aspectos positivos da intensa revolução informacional com os objetivos do desenvolvimento sustentável, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os artigos que compõem os anais do GT Direito Administrativo e Gestão Pública I seguem abaixo:

1. A GESTÃO PÚBLICA COMO GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFERENCIAIS DO “INTERESSE PÚBLICO” E DO “BEM COMUM”

2. O INTERESSE PÚBLICO, ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E SUA CONFORMAÇÃO COM DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.296/DF E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

4. PEC DA REFORMA ADMINISTRATIVA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES DE ACESSO À INFORMAÇÃO DETERMINADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 928 DE 23 DE MARÇO DE 2020

7. A PERSPECTIVA NEOLIBERAL E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

8. A LEI Nº 12.846/2013 E OS SEUS REFLEXOS NA PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

9. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846 /2013)

10. DO CRIME DE FRAUDE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

11. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL COMO ESTRATÉGIA DE FOMENTO ÀS ECONOMIAS LOCAIS E REGIONAIS.

12. DO MERCADO DE PRECATÓRIOS E DA SUA NATUREZA JURÍDICA PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA

13. EM FRENTE AO ESPELHO: AVALIANDO A PRIMEIRA ANÁLISE DE RESULTADO REGULATÓRIO NA ANP

14. GÊNERO E ESPÉCIE: OS DIFERENTES CONTRATOS DE PARCERIA E AS FORMAS DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

15. MODERNIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA ESTADUAL: O FIM DOS CARGOS DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL E INVESTIGADOR DE POLÍCIA CIVIL

16. O CONTROLE INTERNO DO PODER LEGISLATIVO ATRIBUÍDO AO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO NOS PEQUENOS MUNICÍPIOS

17. O DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS COMO

CONSEQUÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

18. BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES DE ENERGIA: A SOLUÇÃO ATRAVÉS DA REVISÃO CONTRATUAL

19. O PROBLEMA DA REVERSÃO DOS BENS DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

20. QUÃO RELEVANTE É O PREÇO DE REFERÊNCIA PARA O COMPARTILHAMENTO DE POSTES NO COMBATE NA CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO DO SETOR?

21. O RESIDUAL ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE SENTENÇAS PENAIS ABSOLUTÓRIAS E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO MILITAR

22. SERVIÇOS PÚBLICOS, DIREITOS DOS USUÁRIOS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Boa leitura!

Saudações Acadêmicas

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin -Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dra. Luciani Coimbra de Carvalho - Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES DE ENERGIA: A SOLUÇÃO ATRAVÉS DA REVISÃO CONTRATUAL

REVERSIONARY PROPERTY IN POWER-PLANT CONCESSIONS: THE SOLUTION THROUGH CONTRACT REVIEW

Heitor Campos de Azevedo Guimarães [1]

Resumo

O presente trabalho apresenta, através de uma revisão bibliográfica, o problema dos bens reversíveis nas concessões de energia elétrica. Utilizando as ferramentas de teoria dos contratos, sobre contratos de trato prolongado, sabe-se que renegociações naturalmente ocorrem, como forma de maximizar o bem-estar das partes frente aos eventos futuros imprevisíveis. Da boa-fé objetiva vem o dever de renegociar, que deverá se dar sobre as bases do respeito à equação econômico-financeira e da eficiente alocação de riscos. De posse dessas ferramentas, propõe-se uma solução sustentável para a situação dos bens reversíveis em concessões de geração de energia hidrelétrica.

Palavras-chave: Direito da regulação, Direito de energia, Bens reversíveis, Regulação por contrato, Contratos regulados

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to present, through a bibliographic review, the issue of the “reversionary property” in power-plant concessions. Using tools from the contract theory, about long-term agreements, it is known that renegotiations naturally happen, as a way to maximize the well-being in front of unpredictable future events. From the objective good will (boa-fé objetiva) comes the duty to renegotiate, which must happen under the basis of both the respect to the economic and financial equation, and the risk allocation efficiency. With these tools, we propose a sustainable solution for the situation of the “reversionary property” in concessions of hydropower plants.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory law, Energy law, Reversionary property, Regulation through contract, Regulated contracts

[1] Estudante de mestrado no curso de Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, FGV/RJ

1. INTRODUÇÃO

A reversibilidade de bens[1] vem sendo uma questão enfrentada pelas concessionárias de geração energia hidroelétrica no Brasil nos últimos anos. Em linhas gerais, apesar de haver expressa definição e obrigação legal sobre a reversibilidade dos bens ao fim da concessão para a União, o poder concedente, através da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, manifestou-se no sentido de que a transferência dos bens e direitos reais afetos a esses empreendimentos deveria ocorrer diretamente da antiga para a nova concessionária.

Esse entendimento, incluído nos editais e contratos dos novos leilões das concessões que estavam expirando a partir de 2017, vêm causando diversos problemas de natureza teórica e prática. Parecer elaborado pela Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica (ABCE), que representa diversas concessionárias, elenca como problema questões que vão da dificuldade de registrar esses bens reversíveis[2] à luz da lei de registros públicos (doação ou Compra e venda?) até problemas para contabilizar essas propriedades com impactos tributários.

Portanto, temos o regulador e o Governo ignorando determinação legal que impõe que a reversão ocorre de pleno direito ao fim da concessão, e as concessionárias, antigas e novas, com dificuldades concretas em resolver a situação da transferência.

Uma possível solução aventada pela ABCE propõe, por um lado, com relação aos antigos concessionários, que o poder concedente aceite que a reversão ocorreu de pleno direito e que assuma a propriedade de tais bens. Por outro lado, ao novo concessionário, ao invés de realizar a transferência da propriedade, deveria a União proceder com a cessão de uso do bem público. Esse entendimento implicaria necessariamente numa alteração do contrato de concessão atualmente vigente.

O presente artigo se propõe a discutir o instituto da renegociação nos contratos de concessão e, a partir desse ponto, demonstrar como deveria proceder as alterações necessárias para colocar em prática a sugestão contida no documento elaborado pela ABCE. Ele será dividido em quatro partes.

Primeiramente, serão apresentados as bases regulatórias teóricas que orbitam a chamada

[1] Para fins do presente artigo, "reversão" é a entrega dos bens vinculados à concessão pelo concessionário ao poder concedente, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público, conforme artigo 35, §1º da lei 8.987/1995.

[2] Como bens reversíveis, usaremos os seguintes conceitos complementares: (i) "aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica", conforme art. 18 da Lei nº 8.987/1995; e (ii) "aqueles utilizados exclusiva e permanentemente para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido", conforme art. 3º da Resolução Normativa 596 de 19 de dezembro de 2013 da ANEEL.

regulação econômica por contrato e sua importância para existência de relações duradouras entre o ente público e o privado responsável pela realização de vultosos investimentos. Em seguida, será exposto o problema envolvendo a renegociação nas concessões de serviço público, que acabou por gerar um mal-estar generalizado tanto do Governo quanto da sociedade ao se deparar com a necessidade de renegociar esse tipo de contrato.

A terceira parte cuidará do dever de renegociação, segundo o qual as partes não poderiam se furtar a sentar à mesa de renegociação no momento em que um evento superveniente acometer de forma desproporcional uma delas. Após, cuidaremos de tratar do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do papel do desenho contratual. E, por fim, retomaremos ao caso concreto para verificar como se daria a aplicação da base teórica apresentada para solucionar o impasse dos bens reversíveis.

Cumpre salientar que não serão objeto de estudo as questões doutrinárias em torno do conceito de bens reversíveis, nem caberá um julgamento sobre a concordância sobre a decisão do Governo sobre obrigar a antiga e nova delegatária em realizarem a transferência direta dos bens reversíveis. Tomaremos como premissa que ao fim das antigas concessões, conforme previsto na lei e nos contratos de concessão, a reversão se deu de pleno direito e os direitos e privilégios transferidos ao concessionário retornaram à União.

2. A RENEGOCIAÇÃO ENVOLVENDO CONTRATOS DE CONCESSÃO

Neste capítulo será abordada a regulação por contratos, que nos levará a falar sobre o instituto da renegociação, manutenção da equação econômico-financeira e o papel fundamental da eficiente alocação de riscos no contrato.

2.1. A opção pela regulação por contrato

Primeiramente, por "regulação econômica", nesse artigo, entendemos como "um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 255)

PINHEIRO e SADDI (2005, p.255) trazem que Coase preferia traduzir a regulação como

> [...] um conjunto de normas, regulamentos e procedimentos, em geral

> oriundos do Poder Executivo, por meio das instituições responsáveis pela sua aplicação, a que o Estado recorre para alterar os incentivos e restrições com que operam os agentes econômicos, buscando corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado.

Portanto, concluímos que o objeto da regulação é combater as ineficiências que são geradas pelas falhas de mercado o que, na visão da teoria econômica, são vistas como impeditivos à maximização do bem-estar da sociedade. Corrigir essa falha, portanto, permitiria à sociedade alcançar seu máximo de bem-estar. Ainda há outros objetivos que podem vir a ser buscados por meio do ferramental regulatório, como uma justiça distributiva ou a correção de problemas de coordenação.

Dentre as falhas de mercado a serem combatidas pela regulação, podemos citar quatro principais: (i) assimetria informacional; (ii) externalidades; (iii) existência de bens públicos; e (iv) monopólios e monopólios naturais.[3]

Como visto, a regulação em geral é oriunda do Poder Executivo – normalmente por via direta ou via agências, mas pode se originar também de grupos privados, como no caso da autorregulação de profissionais liberais (advogados, médicos) ou mesmo de organismos internacionais que buscam padronização de regras, como as relativas ao setor financeiro.

Para cada situação ou falha encontrada, há de existir uma estratégia regulatória que seria mais adequada, no sentido de melhor atingir o objetivo proposto, ou seja, que causou a emissão da norma regulatória, causando o mínimo possível de danos colaterais, como custo de implementação ou mesmo de fiscalização.

Talvez a forma mais tradicional de regulação seja o comando e controle, no qual a força normativa é utilizada para proibir ou impor certas condutas, ou determinar regras para entrar em um mercado. A desobediência à norma regulatória, nessa situação, causará algum tipo de penalidade ao regulado, como multa ou proibição de participar de um determinado mercado.

Um exemplo seria o mercado farmacêutico – preenchendo requisitos normativos para funcionamento, pode-se obter uma licença para funcionamento do estabelecimento. Além disso, é necessário seguir uma série de normas emanadas pelo órgão público competente (limitação de preço de medicamento, venda de medicamentos controlados etc.), cujo descumprimento descoberto em fiscalização pode levar à aplicação de penalidades.

Em contraste ao ‘comando e controle’, outra forma de regular os agentes do mercado é através da formalização de um contrato, por meio do qual uma firma e o parceiro público

[3] O objetivo do presente artigo não será gerar um debate ou explicação sobre as falhas de mercado. Para se aprofundar sobre o tema, ver: OGUS, 2004

determinam os direitos e deveres, os incentivos e responsabilidades, e o compartilhamento de riscos através dos quais irá operar a relação entre eles. Sendo tal formalização precedida de algum tipo de concorrência para determinar qual será a firma que terá o direito de firmar tal contrato com o agente público em questão, estaremos diante de uma regulação por contrato.

O racional econômico por detrás da regulação por contrato é o de substituir a "competição dentro do mercado" pela "competição pelo mercado". Em outras palavras, procura-se introduzir o espectro da competição, e os possíveis benefícios que ela é capaz de produzir, em mercados que, por sua natureza, seriam monopolísticos – as firmas teriam, portanto, de competir pelo direito de operar de forma monopolística um determinado mercado.

Esse desenho regulatório vem sendo aplicado principalmente no setor de infraestrutura, tradicionalmente marcado pela existência de monopólios naturais. O Estado se ocupa em determinar sob quais bases se dará o leilão para acesso ao direito a explorar o mercado monopolisticamente, de forma a maximizar a concorrência e os benefícios dela (ex: menor tarifa, maior valor de outorga), e sob quais bases contratuais (ex: alocação de riscos) deverá ocorrer.

MARQUES e BERG (2010) apresentam as principais vantagens de se optar pela regulação por contrato. Quando comparado à possibilidade de total privatização, na regulação por contrato o ente público segue como planejador, podendo determinar obrigações de investimento – como expansão da infraestrutura - capazes de capturar parte dos ganhos do monopolista. E tem a firma incentivo, a depender do modelo contratual adotado, a operar o ativo de forma eficiente, maximizando, dentro das regras contratuais, seus benefícios.

Isso ocorre, por exemplo, pelo fato de em concessões públicas normalmente ser transferida ao parceiro privado a exploração do serviço juntamente ao dever de realização de investimentos, pelo tempo máximo permitido ou julgado adequado[4]. Assim, tem o concessionário incentivo a eficientemente terminar os investimentos necessários, e em boa qualidade, para que possa pelo maior tempo possível restante explorá-lo comercialmente, nos limites permitidos pelo contrato.

Além disso, a transferência ao parceiro privado da responsabilidade de realizar os investimentos, financiar, operar e manter o serviço permite ao Poder Público focar sua fiscalização apenas nos resultados finais, verificando a adequação dos níveis de serviço disponibilizados ou prestados, deixando ao delegatário a escolha sobre o melhor modo, o emprego da tecnologia que julgar mais adequada, e os melhores meios para prestar o serviço.

[4] Para o setor de geração de energia elétrica, há lei específica determinando o prazo máximo legalmente permitido para esses contratos é de 35 anos - parágrafo 9º do artigo 4º da Lei 9.074/95.

Assim, haveria uma redução no custo fiscalizatório.

Dentre as limitações do modelo, pode-se destacar que ele não substituiu, onde implantado, a necessidade de um regulador, ao menos para gerenciar a execução do contrato. Ainda, há desafio de principal-agente que precisam ser endereçados, como a seleção adversa e o perigo moral[5].

Pode-se afirmar que a regulação por contrato foi um dos modelos adotados pelo estado brasileiro para exploração de serviços públicos por privados. Esse entendimento é consequência direta da leitura do art. 175 da Constituição Federal, que determina que "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".

Para o setor elétrico, foi opção direta do constituinte nacional ao determinar, na alínea "b" do inciso XI do art. 21, ser de competência da união explorar os serviços e instalações de energia elétrica, de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão[6]. Assim, abria-se o caminho para celebração de contratos que serviriam para regular relação entre a firma que irá explorar o serviço e a União.

Será o instituto da concessão aquele mais utilizado para grandes empreendimentos hidrelétricos, como o do caso analisado. A Lei 8.987/95, a Lei Geral das Concessões, classifica, em seu inciso II do artigo 2º, a concessão de serviço público como "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

Já devemos destacar neste trecho a presença de um dos elementos essenciais da regulação por contratos: a previsão de concorrência prévia à concessão do direito de explorar o serviço, ou seja, a concorrência pelo mercado.

A principal diferenciação da concessão para as demais modalidades de delegação de serviço público está no fato dela não se dar a título precário, mas sob a proteção e garantia do contrato. Conforme leciona o MELLO (2004, p. 652):

> É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que **aceite prestá-lo em nome próprio, por sua**

[5] A análise do impacto da seleção adversa e do perigo moral não serão objeto do presente trabalho. Para mais informações, ver: LINDER; FOSS, 2013

[6] "Art. 21. Compete à União:
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;"

> **conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro**, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (grifo nosso)

Essa garantia à não precariedade é essencial em setores que demandam vultosos investimentos por aquele que irá tanto explorar o serviço em questão quanto a seus investidores. Também está presente na opção do legislador brasileiro, que garantiu a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ao longo de sua execução (arts. 9º e 10º da Lei no 8.987/05[7]).

Na próxima secção, iremos explorar um pouco a questão dos contratos de trato continuado e o problema envolvendo a renegociação dos mesmos.

2.2. O problema da renegociação nas concessões

O instituto da revisão ou renegociação contratual é algo natural e esperado em contratos de trato prolongado, pelo simples fato de serem contratos incompletos. Para o presente trabalho, será aplicada como definição de contratos incompletos aqueles que impõem algum tipo de restrição *ad hoc* dentro de um conjunto de contratos possíveis e factíveis.

E a literatura traz algumas razões para isso. Podemos destacar trabalhos que vão na direção da inabilidade ou do alto custo das partes em prever contingências para todas as situações que poderão ocorrer durante a vida do contrato.

O professor TIROLE (1999) resume três razões dentro desse prisma. Primeiro, algumas questões são de fato imprevisíveis no momento da celebração do contrato e, quanto maior sua duração, maior a probabilidade de eventos imprevisíveis ocorrerem. Segundo, mesmo que as

[7] "Art. 9 o A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
§1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.
§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.
§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.
§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.
§ 5º A concessionária deverá divulgar em seu sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou reajustes realizados nos últimos cinco anos.
Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro."

partes pudessem hipoteticamente antecipar todas essas situações, elas seriam tão numerosas que o custo para as transcrever em um documento seria proibitivo. Terceiro, algumas variáveis não são verificáveis no momento da celebração do contrato, nem por terceiros que seriam responsáveis por garantir o cumprimento do contrato. Se terceiros não conseguiriam verificar, também não haveria incentivo para qualquer das partes cumprirem.

Outra razão trazida é a de que as partes nem sempre são completamente racionais – nesse caso, entendemos como agentes racionais aqueles que conseguem identificar todas as opções relevantes para sua tomada de decisão, e fazer escolhas de forma a sempre maximizar seu bem-estar. Na prática, em especial em contextos longos e complexos, agentes podem cometer erros e a renegociação é um caminho para correção de rumo (GUASH, 2004, p. 71).

Por fim, em especial para contratos de infraestrutura e concessões, o comportamento do Governo, parte costumeira nesse tipo de contrato, também é abordado como razão para a renegociação. Governos tem múltiplos, e por vezes incompatíveis, objetivos – e a renegociação pode ser o reflexo dessa alteração de objetivo, em especial quando ocorre troca de governo. O comprometimento do Governo em respeitar o processo licitatório e o contrato firmado é essencial para desincentivar a contraparte a renegociar.

Sob esse ponto de vista, concluímos que há vantagens na existência do processo de renegociação, uma vez que ele seria capaz de corrigir inconsistências iniciais do contrato de forma eficiente, contribuindo, assim, para o aumento do bem-estar geral.

Apesar de ser algo esperado para contratos de trato prolongado como visto, a renegociação contratual em setores de infraestrutura, seja no Brasil ou fora, traz consigo um peso histórico negativo – e há evidências para essa conclusão. Estudo de 2001 do Banco Mundial (GUASH, 2004) apontava que metade das concessões na América Latina envolvendo setores de infraestrutura haviam sido renegociadas pouco depois de seu início, muitas vezes maculando o processo competitivo, o bem-estar dos consumidores e usuários, e a performance do setor, gerando grande oposição aos programas de concessões.

Ainda, a renegociação gera um grande peso morto para o bem-estar social, dado o custo envolvido para todos os lados: governo, operadores e reguladores. É um processo longo, que pode requerer análise de uma alta quantidade de informação e o empenho de recursos que seriam, do ponto de vista da sociedade, mais bem alocados em outro setor.

A lógica do modelo é simples: no momento do processo licitatório competitivo, se o proponente enxergar como alta tanto a possibilidade de renegociação quanto a sua habilidade em barganhar, ele fará uma oferta que garantirá sua vitória no pleito – mesmo que não seja factível – pois num segundo momento conseguirá negociar melhores termos para si (GUASH,

2004, p. 33).

Inclusive, é significativa a possibilidade de o Governo sair desse tipo de negociação bilateral em maus termos, seja pelo custo político em ser aquele em cuja gestão houve devolução de concessões por se negar a renegociar, ou porque era de seu interesse expandir o escopo do contrato para incluir mais obras e entregas, beneficiando sua imagem como gestor.

Os estudos sobre o fenômeno das renegociações tentam apontar as causas. O GAUSH (2004, p.34), em seu trabalho empírico, agrupou em cinco fatores determinantes para renegociação: (i) existência de choques macroeconômicos; (ii) o desenho utilizado no processo de concessão (desenho do leilão, desenho do contrato, competitividade do processo); (iii) a robustez do ambiente regulatório (existência de regras prévias e de agência autônoma); (iv) o ambiente político e comportamental (se estava perto de eleições); e (v) outros fatores, como histórico do governo em aceitar renegociações e duração da concessão.

Ao longo do tempo, diversas modificações no processo foram e vem sendo implementadas com objetivo de reduzir as perdas de bem-estar causadas pelo processo de renegociação. O objetivo era, claro, o de reduzir as renegociações ditas oportunistas, abrindo espaço para aquelas que são realmente capazes de aumentar o bem-estar geral das partes envolvidas.

Na próxima secção, iremos tratar do dever de renegociar, ou seja, da obrigação das partes em não se silenciarem quando da necessidade de adequação do contrato.

2.3. O dever de renegociar

Primeiramente, cumpre salientar que, apesar de o código civil brasileiro trazer a extinção do contrato como regra nas hipóteses de desequilíbrio, especialmente nos artigos 156, 157 e 478, inovou ao trazer algumas hipóteses que permitem afastar o remédio terminativo em troca de uma oferta de reequilíbrio a ser proposta pela parte prejudicada (art. 157 §2º e Art. 479).

Assim, podem as partes, de comum acordo, superar o desequilíbrio em busca da perpetuação da boa relação contratual. Contudo, tal solução para evitar a anulação do contrato é condicionada à vontade exclusiva da parte que vem se beneficiando até então em aceitar a nova proposta. Portanto, resta claro existir um alto custo de transação envolvido em, novamente, adequar as vontades das partes.

Os contratos de concessão, conforme já apresentado, contam com uma lei específica a garantir a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro ao longo de sua execução (arts.

9º e 10º da Lei no 8.987/05), possibilitando, em última análise, submeter tal decisão à apreciação e decisão de um juiz ou árbitro para promoção de tal reequilíbrio.

Entretanto, sabe-se que a via judicial ou arbitral para promoção do reequilíbrio deve ser evitada, seja pelos custos envolvidos, tempo necessário, e mesmo por acirrar divergências entre as partes. Deve-se, assim, privilegiar as vias consensuais, conforme atesta COOLEY (2001, p. 30):

> As partes muitas vezes acham que o processo de julgamento por tribunal perturba significativamente suas vidas pessoais durantes longos períodos de tempo e em última análise produz um resultado que as deixa ainda mais polarizadas do que estavam quando do início do processo.

Sendo assim, se por um lado é garantido legalmente o reequilíbrio do contrato, por outro é muitas vezes necessária a interpelação de um terceiro agente para se obter esse resultado, uma vez que a parte beneficiada muitas vezes se recusa a aceitar esse reequilíbrio. Essa recusa, diga-se de passagem, pode ocorrer exatamente por saber que seria necessária interpelação deste terceiro, o que representaria custo adicional para a parte prejudicada, servindo de desincentivo a sua ação.

Uma saída é apontada por SHREIBER (2018), e trata-se da existência de um "dever de renegociação", devidamente fundamentado na cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil[8]), que exige que as partes cooperem entre si para concretização do escopo contratual. Esse "dever de renegociação" consiste, essencialmente (SHREIBER, 2018, p. 296)

> em um dever anexo ou lateral de comunicação e esforço de superação de um fato significativo na vida do contrato [...]. Como dever anexo, integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes. A boa-fé objetiva impõe que [...] empenhem-se as partes em colaborar reciprocamente em busca do reequilíbrio, por meio de uma readequação mutuamente aceitável do contrato

Segundo o professor, na verificação da ocorrência de um evento superveniente que altere significativamente o equilíbrio do contrato, em comparação com as bases inicialmente previstas, extraem-se 2 deveres: (i) o dever a parte prejudicada prontamente comunicar à contraparte o fato e suscitar uma renegociação; e (ii) o dever de a contraparte analisar o caso e a proposta com seriedade e celeridade, com objetivo de perpetuar a existência equilibrada e

8

harmônica do negócio jurídico.

O primeiro dever, de prontamente avisar, garante que a situação não seja agravada pela morosidade da parte em comunicar a situação, com objetivo escuso de posteriormente pleitear extinção de sua obrigação contratual firmada e fugir do efeito vinculante do contrato apenas por perceber ter sido uma má escolha comercial.

O dever de analisar o caso e a proposta com seriedade e celeridade visa não a obrigar a parte a aceitar uma proposta de renegociação e reequilibrar o contrato em sede negocial, mas de impor a ela o dever de verificar o caso e responder, em tempo razoável, para que aquele que uma solução amigável seja atingida, ou mesmo para que aquele que pleiteia o reequilíbrio possa recorrer a jurisdição estatal ou arbitral caso entenda cabível.

Dentre as vantagens apresentadas pela introdução desse instituto, vale destacar que constitui uma resposta ao problema de racionalidade limitada que atinge, principalmente, os contratos de longo prazo no momento de sua celebração – ou seja, a falta de capacidade dos contratantes para preverem, ao tempo da celebração do contrato, todas as hipóteses que podem ocorrer. Aliás, nem o seria desejado, dado o alto custo inicial caso houvesse esse objetivo de prever de plano todas as situações futuras, o que inviabilizaria a formação do contrato.

Sob o prisma econômico, tal reconhecimento do dever de renegociação, mesmo que não previsto em cláusula específica, poderia significar um incentivo às partes quanto ao custo em comparação com as outras soluções propostas no ordenamento: a resolução ou revisão judicial do contrato. Os custos de renegociar seriam, de pronto, inferiores às outras opções.

A violação desse dever de renegociar pode ensejar duas consequências distintas, conforme aponta o autor, ao analisar doutrina alienígenas. De um lado, há a visão segundo a qual a violação é vista como apenas um ônus do contrato, o que levaria não ao dever de indenizar, mas tão somente à perda do direito de ajustar ou extinguir o contrato em tribunal, estatal ou arbitral. Seria, assim, uma espécie de condição de admissibilidade do pleito judicial.

Por outro lado, há entendimentos de que seria cabível de indenização pelos danos causados em virtude do descumprimento do dever de indenizar, sem, contudo, restar claro quais danos seriam indenizáveis (apenas custos de renegociação? Lucros que seriam obtidos com sucesso no reequilíbrio?).

Por fim, defende o professor que o Brasil deveria seguir essa última corrente, cabendo ao juiz, caso a caso, determinar qual grau de indenização seria cabível. Entende que essa seria a única forma de estimular posturas proativas por parte dos contratantes em solucionar amigavelmente a questão.

Tendo em vista o exposto, compreendemos que o Poder Concedente deve, ao menos,

entender sua responsabilidade em renegociar os termos do contrato, para que possa ser ajustada de boa-fé a questão dos bens reversíveis.

Em seguida, iremos analisar as bases em que devem ocorrer a renegociação para reequilíbrio dos contratos de concessão.

2.4. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e o papel do desenho contratual

O objetivo da modelagem contratual deve ser o de alinhar os incentivos às partes de forma a atingir o nível de produção de serviço contratualmente prevista com a máxima eficiência, ou seja, alocando de forma eficiente os recursos escassos disponíveis. Assim, para as concessões, eficiente seria um contrato cujo desenho buscará não apenas maximizar o benefício a ser auferido pelas partes diretamente envolvidas – concessionário e Administração Pública – mas também pelos usuários do serviço.

RIBEIRO (2011) elencou diversos aspectos que seriam importantes de serem observados nos contratos para que as concessões sejam eficientes. Além da previsão de indicadores de desempenho monitoráveis, e sua conexão com sistema de pagamentos, há importante papel a ser desempenhado pela distribuição de riscos e a manutenção do que seria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tradicionalmente no direito administrativo, o equilíbrio econômico-financeiro era traduzido pela imagem da balança (MOREIRA, 2019, p.92), em que de um lado haveria a Administração Pública desembolsando verbas do orçamento público, e do outro, o contratado, prestando serviço e por ele sendo remunerado pelo preço constante no edital. Cumprindo o contrato, recebe-se os valores.

Essa imagem, contudo, não se adequa aos contratos de trato prolongado que, como visto anteriormente, carregam em si de forma intrínseca a questão da imprevisibilidade e maior complexidade – como a necessidade de realização de vultosos investimentos, mediante um sistema robusto de financiamento, a ser remunerado pela cobrança direta de tarifa do usuário.

Assim, vemos que os aportes privados são remunerados através do recebimento da receita tarifária paga ao longo da execução do contrato. Essa receita tarifária também pode carregar alto grau de complexidade. Por exemplo, para fins de universalização e focalização de política pública, pode edital prever que nem todos os usuários pagarão a mesma tarifa.

Nesses contratos, torna-se comum falar não apenas em valor a ser pago ao delegatário ou tarifa, mas em índices de valorização e observação do projeto, em especial a taxa interna de

retorno (TIR) e o valor presente líquido (VPL)[9]. A utilização de tais índices, inclusive, instalam expectativas que necessitam de segurança jurídica reforçada e de estabilidade firme da base objetiva do negócio, ou seja, daquele conjunto de circunstâncias objetivas sem as quais o contrato não teria sido celebrado.

Portanto, podemos concluir que o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de trato prolongado também será um conceito mais complexo. O equilíbrio econômico-financeiro é costumeiramente utilizado no mundo do direito administrativo para denotar a proteção ao conteúdo econômico dos contratos, tendo, inclusive, para parte da doutrina, previsão constitucional – art. 37, XXI[1011].

As bases em que se construiu essa teoria do equilíbrio econômico-financeiro eram a de proteção do ente privado frente às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública quando com ela fosse contratar. Os tempos são outros, e as prerrogativas e interferências administrativa vem sendo cada vez menos toleradas. Conforme apresenta GUIMARÃES (2019, p.100),

> Os tempos presentes são outros, tanto no que se refere à extensão daquelas prerrogativas como à dimensão da tutela do equilíbrio contratual. A teoria da contratação administrativa vem se aproximando cada vez mais da teoria do contrato privado, sob um contexto em que interferências estatais são cada vez menos desejadas e cada vez menos compatíveis com um modelo de contrato administrativo eficiente. Os contratos administrativos do século XXI, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela eficiência, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contraentes, seu controle e fiscalização conduzida ou orientada por agentes externos e independentes à Administração e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes.

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro atualmente é entendido como o "conjunto de regras que estabelece como serão calculadas e realizadas as compensações econômicas e/ou financeiras da parte responsável pelo risco de ocorrência de dado evento à parte que foi atingida por suas consequências" (BOGOSSIAN, 2018, p. 14).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[11] Para este artigo, entenderemos taxa interna de retorno e valor presente líquido como índices financeiros utilizados para compreender riscos e retornos de um projeto. Quanto maiores forem esses valores, melhor avaliado será o projeto.

Note que nesta definição, o equilíbrio não é visto como a manutenção de alguma tarifa inicialmente prevista, ou manutenção da TIR/VPL iniciais – como ocorreu em um passado não muito distante. Esse fato é especialmente importante para contratos complexos e de trato prolongado, em o sistema de reequilíbrio será chamado a solucionar desbalanceamentos do contrato.

Esse sistema serve a três funções: (i) desestimular a realização de alterações oportunistas do governante de plantão, que deverá considerar a necessidade de compensar o concessionário; (ii) permitir a realização de alterações no contrato de forma a adequá-lo às necessidades e mudanças esperadas com o passar dos anos (ex: adoção de nova tecnologia); e (iii) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao contrato, respeitando a matriz de riscos dele (RIBEIRO, 2011, p.105).

Pode-se dizer, portanto, que, em linhas gerais, o equilíbrio econômico-financeiro age como o braço operacional da matriz de riscos do contrato, ou seja, tem por objeto que engloba suas funções a de dar cumprimento à matriz contratual de riscos. E o que seria essa matriz de riscos?

A matriz de risco tem como tarefa determinar qual das partes é a responsável por dar cumprimento a uma determinada atividade prevista no contrato, e por lidar com as incertezas que afetam tal atividade – sejam incertezas positivas ou negativas, ônus ou bônus. MOREIRA (2010, p.129ss) chama atenção de que a matriz de riscos deve prever tanto as variáveis endógenas, que dizem respeito ao próprio objeto do contrato e seu conteúdo, quanto variáveis exógenas, sobre as quais as partes não possuem qualquer influência.

Ela é parte presente em todos os contratos, seja de forma explícita, quando claramente o contrato estabelece quais os riscos a serem suportados por cada uma das partes e quais os mecanismos de mitigação, ou de forma implícita, quando a falta dessa clareza obriga o intérprete a recorrer a outras fontes para saber a exata distribuição desses riscos.

Por estarmos diante de contratos normalmente complexos, é desejável e habitual encontrarmos uma matriz de riscos explícita, ao menos para os principais riscos do projeto. Sua previsão em edital não é incomum, o que permite, inclusive, melhor assertividade para os participantes do certame na avaliação e precificação do projeto.

Uma alocação eficiente de riscos contratuais, com intuito de maximizar economicamente os agentes impactados pelo contrato, deve seguir a simples equação de alocar cada risco para a parte que terá melhor condição de gerenciá-lo. RIBEIRO (2011, p.80ss) destaca três critérios a serem observados.

Primeiro, aloca-se o risco à parte que a um menor custo seja capaz de reduzir as chances

de um evento indesejável ocorrer, ou de aumentar as chances de um evento desejável se materializar. Ou seja, observa-se a capacidade preventiva ou de incentivar produção do benefício a menor custo. Exemplo comum é alocar ao concessionário os riscos por atraso em execução de obras, já que cabe a ele fazer de perto esse gerenciamento.

Segundo, deve-se considerar alocar o risco à parte com melhor capacidade de mitigar os prejuízos resultantes de efeito indesejável. Portanto, uma vez ocorrido o incidente, deve-se permitir que a parte em melhor posição de lidar com ele o faça. É o caso de delegar ao concessionário o dever de lidar com consequências de incidentes de segurança.

Por fim, é preciso observar a capacidade das partes de terceirizar o custo de prevenir ou de remediar os eventos indesejáveis. Caso seja fácil essa terceirização, reduz-se os incentivos à parte de realizar a adequada prevenção ou remediação. A princípio, a adoção desse critério levaria a priorização da transferência da maioria dos riscos ao parceiro privado, uma vez que a Administração sempre repassa os custos, direta ou indiretamente, aos contribuintes.

Entretanto, caso esteja fora da alçada de controle do parceiro privado, não será incomum vê-lo em busca no mercado de um seguro para compartilhar risco, incluindo o pagamento do prêmio em seu preço, ou de exigir maior remuneração pelo risco assumido. Ou seja, em ambas as hipóteses, em última análise, serão os usuários a arcarem com esses valores adicionais.

Com todo esse informacional, cumpre a nós agora retornarmos ao nosso caso e avaliarmos qual seria a solução adequada.

2.5. Aplicação da solução proposta pela ABCE à luz da teoria da renegociação dos contratos de concessão

De forma a recapitular, a solução proposta no parecer da ABCE seria, de um lado, para as antigas concessões, ter seus bens revertidos para a União – o que já ocorreu de pleno direito – e, de outro lado, para as novas concessionárias, promover a utilização da concessão de uso de bem público, na modalidade de cessão de uso, o que implicaria numa readequação contratual.

Primeiramente, estamos diante de um caso de regulação por contrato, em que, além de ter sido firmado em contrato as regras a gerir a relação entre poder concedente e ente privado, houve formalização após ocorrência de um certame licitatório concorrencial – no caso, os próprios leilões promovidos pela ANEEL para concessão da exploração das usinas hidrelétricas.

São contratos longos, de até 35 anos e, por isso, é esperado que, por serem incompletos, é esperado que em algum grau haja uma revisão ou adequação. A revisão é um processo

importante e capaz de corrigir inconsistências iniciais do contrato de forma eficiente, contribuindo, assim, para o aumento do bem-estar geral. Deve-se, contudo, evitar aquelas ditas oportunistas, de forma a demonstrar respeito ao processo competitivo precedente.

O poder concedente não deve se negar a renegociar, em respeito à cláusula geral de boa-fé objetiva, que exige cooperação das partes para concretizar o escopo contratual. Como apresentado, o problema dos bens reversíveis no contrato tem causado, de forma superveniente, a alteração no equilíbrio do contrato, fazendo com que o antigo concessionário e o novo concessionário suportem riscos inicialmente imprevisíveis – como a insegurança jurídica relacionadas a riscos tributários e ambientais.

Se é dever do prejudicado prontamente suscitar a renegociação, é dever da contraparte analisar o caso e a proposta com seriedade e celeridade, com objetivo de perpetuar a existência equilibrada e harmônica do negócio jurídico pactuado. Desse modo, não deve a União se negar a agir e analisar o pleito.

Entendendo ter sido a equação econômico-financeira do contrato afetada pela imposição de transferir os bens reversíveis diretamente da antiga para a nova concessionária, antes de passarmos a analisar a matriz de riscos, mister verificar se houve erro no edital. Isso ocorre pela advertência do professor MOREIRA (2010, p. 45), que relata:

> [...] se o edital omitir ou errar algum dado que tenha impacto causal sobre o risco da concessão (por dolo, negligência ou ignorância – tanto faz), e caso isso não seja detectável *icto oculi* pelos interessados (a quem se atribui o ônus de pedir esclarecimentos ou impugnar o edital), as consequências de sua futura instalação não poderão ser atribuídas ao concessionário.

Em outras palavras, admitindo-se tratar de um equívoco do edital, de pronto deveria todo o ônus recair sobre o ente público, e não sobre o concessionário. Contudo, para benefício do estudo em desenvolvimento, iremos seguir com entendimento de que não houve equívoco intencional no edital ou que tal risco foi, de alguma forma, incorporado da oferta vencedora.

O dever de proteger, estabilizar e dar cumprimento ao contrato suportará o sistema de reequilíbrio para solucionar desbalanceamentos do contrato. A seguir, passa-se a analisar a matriz de riscos para determinar qual das partes tem o dever de dar cumprimento a esta atividade.

Tendo como premissa que o incidente já ocorreu – não se tem conseguido realizar a transferência conforme exigido pelo Contrato, por depender de uma ação da União, qual seja reverter os bens do antigo concessionário – vê-se que é a própria União aquela em melhor

posição para mitigar os prejuízos resultantes.

É a União aquela com capacidade de concretizar a reversão dos bens do antigo concessionário e, no lugar de uma nova transferência para o novo concessionário, promover a concessão de uso de bem público, na modalidade de cessão de uso.

Pode-se argumentar, por outro lado, dada a previsão em edital, estar presente na matriz de risco do contrato o dever da concessionária de assumir todos os direitos e deveres decorrentes, inclusive o pagamento de tributos relativos à transferência.

O entendimento, tendo em vista também o princípio da boa-fé contratual no sentido de as partes juntarem esforços para perseguir a concretização do objeto do contrato, contudo, deve ser no sentido de que pode vir o concessionário a contribuir com essa operação, no limite do que seria razoavelmente suportado por ele caso houvesse viabilidade da concretização da previsão do edital.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da apresentação do problema envolvendo os bens reversíveis que vem sendo enfrentado pelas antigas e atuais concessionárias de energia elétrica, o presente trabalho procurou trazer elementos da teoria dos contratos como uma forma de solucionar a questão.

Se por um lado é inegável a existência de prejuízos e riscos reais aos concessionários, por outro vislumbra-se uma solução viável não apenas para resolver o passado, como a impedir que se perpetue em novos casos de licitação de usinas hidrelétricas no país.

Apesar de haver estigma sobre renegociação contratual, moderna teoria aponta não só para a impossibilidade de se negar a renegociar, mas também para os pilares que devem guiar essa renegociação: a manutenção da equação econômico-financeira e o respeito à alocação eficiente de riscos.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMPANHIAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABCE. **CARTA ABCE 042/2018**. 2018. Disponível em: < http://site1368799385.hospedagemdesites.ws/XXIVsimposiojuridico/palestras/Carta_ABCE_042_%202018_x%20ANEEL_TransfBensConcessao_2018.pdf > Acesso em: 13 mar 2022

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL, **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivIl_03/Leis/L8987compilada.htm>.Acesso em: 20 mar 2022

BRASIL, **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>.Acesso em: 20 mar 2022

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002

BOGOSSIAN, André Martins. **O poder-dever de renegociação dos contratos "irrequilibráveis" de concessão comum e PPP**. R. de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 7, n. 12, 2018

COOLEY, John W. **A Advocacia na Mediação**. Trad. René Loncan. Brasília: universidade de Brasília. 2001

GUASH, J. LUIS. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions**. Doing it right. Washington D.C, The World Bank Institute, 2004. Disponível em: < https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024 > Acesso em 10 fev 2022

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

LINDER, Stefan. FOSS, Nicolai J**., Agency Theory**. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2255895> Acessado em: 13 mar 2022

MARQUES, Rui C. BERG, Sanford. **Revisiting the Strengths and Limitations of Regulatory Contracts in Infrastructure Industries**. Journal of Infrastructure Systems, Vol. 16, No. 4, pp. 334-342. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1907804> Acessado em: 13 mar 2022.

MELLO, Celso A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004

MOREIRA, Egon Bockmann. **Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro**. In. Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2019

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129s

OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oregon: Hart Publishing. 2004. Disponível em: <> Acesso em 4 mar 2022

PINHEIRO E SADDI. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, cap 5

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Parte 2. P. 80ss

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Negociar**. São Paulo: Saraiva, 2018. (capítulo 4)

TIROLE, Jean. **Incomplete Contracts: Where Do We Stand?** Econometrica Vol. 67, No. 4.. The Econometric Society. Julho 1999. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/2999457 > Acessado em: 29 jan 2022.