



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Leonardo Chmielewski de Carvalho

**ANÁLISE JURÍDICA DA PRORROGAÇÃO DAS
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA
ELÉTRICA VINCENDAS EM 2015.**

BRASÍLIA

2013

Leonardo Chmielewski de Carvalho

**ANÁLISE JURÍDICA DA PRORROGAÇÃO DAS
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA
ELÉTRICA VINCENDAS EM 2015.**

Monografia apresentada à Disciplina Redação de Monografia do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mamede Said Maia Filho.

BRASÍLIA

2013

ANÁLISE JURÍDICA DA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA VINCENDAS EM 2015.

Monografia apresentada à Disciplina Redação de Monografia do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Mamede Said Maia Filho.

Brasília, data:

Banca Examinadora:

Prof. Mestre Mamede Said Maia Filho.
Orientador

Prof. Doutor Lucas Rocha Furtado
Membro da Banca Examinadora

Prof. Doutor Antonio de Moura Borges
Membro da Banca Examinadora

Prof. Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro Suplente da Banca Examinadora

**Aos meus pais, Carmen Lúcia e Walbert.
Ao meu irmão Ricardo.**

À minha companheira Ana Carolina.

Aos queridos Guilherme e Sofia.

AGRADECIMENTOS

Ao Subprocurador geral da República Dr. Antonio Carlos Fonseca da Silva e ao meu professor orientador, Mamede Said Maia Filho, que forneceram as ideias iniciais, bem como ajudaram na delimitação do tema do presente trabalho, e pela paciência e dedicação, que foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

À amiga querida Gabrielle Fernandes, que forneceu obra ímpar para o desenvolvimento das pesquisas sobre o objeto desta monografia, e ainda indicou palestras e seminários importantes para o tema.

Aos amigos Lucas Além Martins e Viviane Menezes Xavier de Souza, que facilitaram o acesso às inúmeras obras pertinentes, sem as quais, muito provavelmente, teria chegado ao presente resultado com maiores dificuldades.

Aos servidores da Biblioteca da Procuradoria Geral da República e Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, pela cordialidade no atendimento e presteza na solução de dúvidas quanto ao acesso ao acervo e obras disponíveis.

À minha família, em especial aos meus pais Carmen Lúcia e Walbert e ao meu irmão Ricardo, que sempre me incentivaram, me deram condições para conquistar meus sonhos e me apoiaram nos momentos difíceis, tornando possível eu ser a pessoa que hoje eu sou.

A minha companheira, Ana Carolina, que sempre me apoiou e me ajudou nos momentos difíceis, que sempre vibrou comigo em minhas vitórias, que sempre esteve ao meu lado para tornar os meus dias mais felizes e teve uma participação especial nas discussões sobre a elaboração desta monografia. Agradeço a ela e a toda sua família pelo carinho e pela força a mim dedicados.

RESUMO

Este trabalho propõe-se a demonstrar que as atuais prorrogações das concessões de serviço público de energia elétrica vincendas em 2015 estão em desacordo com o ordenamento pátrio, expondo suas violações e efeitos indesejados. Afinal, estamos tratando do vencimento de 18% da geração de energia elétrica, 84% da rede básica de transmissão e 37 distribuidoras de energia elétrica das atuais 64 existentes no país. Desta forma, qualquer decisão a respeito de tais concessões possui um grande impacto, sendo exigível, no mínimo, que as regras e procedimentos adotados para a delegação de serviços públicos sejam respeitados, até porque são presumidamente mais vantajosos, além de estarem de acordo com princípios constitucionais, tais como a obrigatoriedade de licitar. Contudo, apesar desta obrigatoriedade, no dia 12 de setembro de 2012, a Administração Pública decidiu editar a Medida Provisória 579, posteriormente convertida na Lei nº 12.783/13, que autorizava a prorrogação das mencionadas concessões de serviço público, sob a justificativa de garantir a modicidade tarifária, e, nos termos da MP, as prorrogações foram concedidas com a conseqüente divulgação da lista pelo Ministério de Minas e Energia. No desenvolvimento dos argumentos a demonstrar a incoerência da prorrogação, se evitará trabalhar com argumentos políticos e econômicos, restringindo-se aos seus aspectos jurídicos. Neste sentido as principais conclusões são que em razão da temporariedade inerente aos contratos de concessão, a prorrogação deve ser concedida apenas em casos excepcionais, tais como para reequilibrar a equação econômico-financeira, não constituindo direito adquirido ao concessionário, por mera previsão contratual. Já a MP possui vício formal e viola os princípios da obrigatoriedade de licitação, moralidade, impessoalidade e supremacia do interesse público. Além do mais, a prorrogação acaba por se revelar como alternativa mais onerosa que a licitação, o que em certa medida contraria o objetivo sinalizado pelas exposições de motivos da norma – a modicidade tarifária.

Palavras-chaves: contratos de concessão de serviço público, prorrogação dos contratos, Medida Provisória n.º 579.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ENERGIA ELÉTRICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	10
1.1 Energia como bem jurídico.....	10
1.2 Disciplina das fontes.....	11
1.3 Disciplina das atividades energéticas e competências federativas.....	12
1.4 Considerações sobre o inciso XIII, “b”, do art. 21 da Constituição Federal.....	19
1.5 Serviço Público ou atividade econômica <i>stricto sensu</i>	21
1.6 O regime de serviço público.....	25
1.6.1 Supremacia do interesse público.....	26
1.6.2 Presunção de legitimidade ou veracidade.....	27
1.6.3 Controle ou Tutela e Autotutela.....	27
1.6.4 Continuidade do Serviço Público.....	28
1.6.5 Igualdade dos usuários.....	28
1.6.6 Mutabilidade do regime jurídico.....	28
2 ASPECTOS TÉCNICOS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	29
2.1 Concessão de serviço público.....	29
2.2 Peculiaridades da licitação.....	31
2.3 Contrato de concessão.....	33
2.4 Direito do concessionário X poderes do concedente.....	35
2.5 Equilíbrio econômico-financeiro.....	38
2.6 Extinção do contrato.....	42
2.7 A competência da ANEEL em face dos presentes contratos de concessão.....	44
3 A PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES SE SERVIÇO PÚBLICO VINCENDAS EM 2015.....	47
3.1 Questões preliminares ao problema.....	47
3.2 Conceito jurídico de prorrogação.....	52
3.3 Previsões legais anteriores a Medida Provisória n.º 579/12.....	56

3.3.1 Geração de energia elétrica.....	58
3.3.2 Distribuição e Transmissão de energia elétrica.....	61
3.3.3 A questão do art. 27 da Lei n.º 9.427/96.....	63
3.4 A Medida Provisória n.º 579/2012 e a “reprorrogação”.....	67
3.4.1 Violações e efeitos indesejados da Medida Provisória n.º 579	69
3.4.2 Outros argumentos a justificar a possibilidade de prorrogação.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, podemos dizer que somos quase completamente dependentes de energia elétrica, eis que é a principal fonte de luz, calor e força utilizada. Sua importância é tamanha, que por ela temos nossas vidas radicalmente alteradas, já que os pequenos e grandes avanços tecnológicos atuais necessariamente envolvem o uso de eletricidade. Ela está presente em nosso cotidiano desde fatos aparentemente simples, como na conservação dos alimentos, até fatos mais complexos, em que notamos sua grande importância, como no caso de um respirador artificial que esteja dependendo de um gerador elétrico em razão de uma eventual pane elétrica.

Nestes termos, a eletricidade atualmente é um bem necessário, sendo portanto, elevado ao patamar daqueles bens considerados mínimos para realização da dignidade humana. Ademais, é considerado uma atividade estratégica para o Estado, razão pela qual figura no rol do art. 21 da Constituição Federal como competência privativa estatal, e mais precisamente da União. É importante ressaltar, contudo, que os serviços de energia elétrica não são ontologicamente considerados serviço público, podendo ser realizados por regime diverso, como nos casos de atividade econômica reservada ao Estado, fato que será melhor explanado no capítulo 1 deste trabalho.

Assim, tendo como lastro tal contexto, a questão das concessões¹ vincendas em 2015 se revela como de suma importância, pois estamos tratando do vencimento de 18% da geração de energia elétrica, 84% da rede básica de transmissão e 37 distribuidoras de energia elétrica das atuais 64 existentes no país. Desta forma, qualquer decisão a respeito de tais concessões possui um grande impacto, sendo exigível, no mínimo, que as regras e procedimentos adotados para a delegação de serviços públicos sejam respeitados, até por serem presumidamente mais vantajosos e estarem de acordo com princípios constitucionais.

Ocorre que no dia 12 de setembro de 2012 a Administração Pública decidiu editar a Medida Provisória n.º 579, posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/13, que autorizava a prorrogação das mencionadas concessões de serviço público. Na ocasião, o Ministério de Minas e Energia divulgou a lista de prorrogações

¹ Particularmente as presentes concessões são realizadas em regime de serviço público

realizadas. Destarte, este trabalho propõe-se a demonstrar que as atuais prorrogações estão em desacordo com o ordenamento pátrio, expondo suas violações e efeitos indesejados. Neste sentido, se evitará trabalhar com argumentos políticos e econômicos, embora se deva reconhecer que possuem um papel extremamente importante, e muitas vezes predominante, sobre os argumentos jurídicos.

Para isso, é necessário abordar uma série de conceitos a serem tratados nos diversos capítulos deste trabalho. No primeiro capítulo, será abordada a relação da energia elétrica com a Constituição Federal, expondo quais dispositivos tratam dela como atividade prestacional, a sua relação com o conceito de serviço público e atividade econômica em sentido estrito e seus respectivos regimes. Ademais, será tratada também, neste capítulo, a relação desta atividade com os princípios aos quais a Administração Pública é submetida ao realizar atividade prestacional.

No segundo capítulo, serão expostos alguns aspectos técnicos referentes à concessão de serviço público consoante a Lei nº 8.987/95. Neles são tratados o tipo de licitação adotada para a concessão, os poderes do poder concedente, os direitos do concessionário, a questão do equilíbrio econômico-financeiro, as formas de extinção de um contrato de concessão e a atuação e competência da ANEEL frente à gestão dos contratos de concessão de serviço público de energia elétrica.

Por fim, no terceiro capítulo, adentramos a questão da prorrogação do grupo de contratos de concessão de serviço público, expondo a situação do setor anteriormente à edição da medida provisória, pois havia divergência de interpretação quanto à aplicação do conjunto normativo às mencionadas concessões, existindo agentes setoriais favoráveis à prorrogação por força de uma interpretação dúbia e descabida de leis do setor elétrico. Além desses aspectos, são expostas as divergências doutrinárias quanto à obrigatoriedade de uma prorrogação, se esta constitui um direito do concessionário e mesmo quais requisitos são exigidos para poder começar a se pensar na possibilidade de se prorrogar um contrato. Conclui-se este capítulo atacando os dispositivos da medida provisória que autorizam a prorrogação, expondo em que medida eles violam princípios constitucionais, e demonstrando o principal efeito indesejado que vai de encontro às justificativas dadas para a edição da medida provisória: a onerosidade latente de uma prorrogação de contrato de concessão.

1 – ENERGIA ELÉTRICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Energia como bem jurídico

A energia elétrica é considerada um bem móvel ao qual é atribuída uma disciplina e proteção jurídicas, desde que possua valor econômico². Assim, o fenômeno físico puro encontrado na natureza, como o caso dos raios advindos de tempestades, não é objeto de norma.

O conceito de energia nos remete à física e traduz uma capacidade de realizar trabalho. Já a eletricidade corresponde a uma série de fenômenos físicos resultantes da presença de um fluxo de cargas elétricas, como o caso de movimentação de elétrons por uma corrente. Em suma, energia elétrica poderia ser considerada a capacidade de realização de trabalho através do meio “eletricidade”³. Sua unidade de grandeza, utilizada nas medições no que se refere a “geração de energia elétrica” é o watt-hora. Ela é gerada através da conversão de energias advindas de fontes primárias, como os combustíveis fósseis, potenciais hidráulicos, combustíveis nucleares, energia solar etc.

Após a conversão ela é “transportada” até os centros de consumo via linhas de transmissão e finalmente distribuída pelos distribuidores até os consumidores. É esta distância entre a geração e o consumo que justifica a energia elétrica com valor econômico ser considerada bem móvel. Além disso, em razão da sua natureza física, a energia elétrica é um bem acessório com relação ao bem físico que a “contém” (pilhas, circuito fechado), devido à impossibilidade de ela existir no meio independentemente dos bens mencionados.

A Constituição Federal, como bem salientou Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, “não possui uma divisão específica para tratar do tema ‘energia’ e os dispositivos que se ocupam do assunto encontram-se completamente pulverizados em seu corpo” (LOUREIRO, 2009, p. 31).

² Eis o exposto no art. 83, I (localizado na seção II – Dos Bens móveis, do código civil de 2002):
Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

³ Obviamente não se busca com o presente trabalho aprofundar e questionar os conceitos de energia e eletricidade, que são demasiadamente complexos e originam, inclusive, outras áreas de conhecimento, por ser uma tarefa árdua e revelar-se improdutiva aos propósitos da presente monografia.

Embora haja tamanha pulverização, é inegável que tenha dado um tratamento importante ao tema que pode soar displicente, em razão da ausência de divisão específica. Neste sentido, Loureiro afirma existir uma política energética representada por um tratamento institucional que visa disciplinar seus diferentes usos⁴. Tanto que divide o trato dado à energia pela Carta em dois temas principais: “uma disciplina das fontes de energia e uma disciplina das atividades energéticas” (LOUREIRO, 2009, p; 37),

1.2 Disciplina das fontes

No que concerne à disciplina das fontes, a Constituição menciona, em seções diversas, algumas fontes de energia consideradas relevantes. É o caso do petróleo (arts. 20, incs. V e X; 177, I a IV), do gás natural (arts. 20, § 1º; 25, § 2º e 177, inc. I), da água (como potencial hidroelétrico – arts. 21, XII, b, e XIX; 23, inc. XI) e da fonte nuclear (arts. 21, inc. XXIII; 177, inc. V; 49, inc. XIV e 225, § 6º). Embora não haja referências específicas ao carvão, ele se inseriria dentro dos recursos minerais em geral (art. 23, inc. XI), não havendo referência alguma à biomassa.

Para Loureiro, a menção destas fontes na Constituição chama atenção para um arrolamento de fontes consideradas importantes para o desenvolvimento nacional. O autor menciona, inclusive, existir uma coincidência não acidental entre a relevância destas e a intensidade regulatória. Neste sentido, as principais fontes mencionadas são bens públicos – e, mais especificamente, bens públicos federais –, como demonstra o art. 20 da Carta Magna:

Art. 20. São bens da União:
 (...)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
 (...)

VIII - os potenciais de energia hidráulica;
 (...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

O art. 176 também contribui com esse entendimento de propriedade das fontes relevantes pela União:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo,

⁴ Política energética no sentido de ocorrer uma articulação do uso das diferentes fontes e diferentes indústrias energética à vista de certos objetivos, ainda que genéricos, como a garantia de abastecimento ou suficiência energética sustentável (Loureiro, 2009, p. 34/36)

para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

A propriedade dessas fontes pela União e a declaração delas como bens públicos constitui uma primeira etapa para a regulação da atividade de exploração desses bens de forma a destiná-los a determinados fins. Além do mais, o *status* de bem público carrega consigo prerrogativas, tais como a impossibilidade de penhora ou prescrição aquisitiva, o que de certa forma demonstra um interesse da União em proteger tais bens em razão dos fins aos quais ela os destina. Conclui-se também que outra característica presente nesta regulação das fontes é a forte centralização nas mãos da União em detrimento de outros entes federativos no tratamento do tema. Na questão da regulação da atividade, Loureiro levanta um tópico interessante: A concessão de serviço público atual certamente é uma demonstração de regulação da atividade de exploração dos bens mencionados e está intimamente relacionada, em sua origem, às prerrogativas da União em relação aos bens públicos de sua propriedade:

A atual concessão de serviço público- instituto que tem por objeto a imaterial atividade prestacional- teve como um de seus imediatos antecessores a concessão de obra pública voltada para a construção de um bem público pelo construtor (concessionário) que se começou a controlar (e fiscalizar) a atividade que o bem propiciava. Posteriormente, adquiriu autonomia e mesmo prevalência este elemento imaterial (exploração da obra pública, depois serviço público) (LOUREIRO, 2009, p.. 42).

Desta forma, Loureiro conclui que as principais facetas da disciplina constitucional das fontes são a publicização e a federalização (LOUREIRO, 2009, p. 44).

1.3 Disciplina das atividades energéticas e as competências

A tendência de publicização e federalização acaba por ser observada também na regulação das atividades energéticas, com um tratamento excepcional face ao que se prevê com relação à livre iniciativa e à livre concorrência, que são mitigadas em relação ao setor energético. Contudo, as atividades referentes às

fontes diversas sofrem controle público diferenciado, ainda que haja sempre um controle estatal.

Loureiro defende que em termos de densidade de controle público, a mais controlada seria a energia nuclear, pois além de o bem e a atividade serem considerados públicos, são indelegáveis (art. 21, XXIII e 177, V). Por outro lado, a “menos controlada” seria a biomassa, pois a fonte não é pública e as atividades não são de competência privativa da União.

Já o carvão, o petróleo, o gás natural e a água como potenciais hidráulicos são considerados intermediários em termos de controle:

Em escalas intermediárias, estão o carvão, que é propriedade da União apenas enquanto recurso mineral e que, conseqüentemente, só tem tituladas as atividades que se referem à sua retirada do solo (exploração e lavra), sendo privadas as subsequentes; o petróleo (e o gás) que, sendo também propriedade pública na qualidade de jazida, tem, porém, todas (ou quase todas) as fases da indústria na conta das competências da União e dos Estados, sendo, que esses entes políticos- diferentemente do caso nuclear- podem “contratá-las” com terceiros. Quanto ao potencial hidráulico, o controle estatal estende-se a todas as fases da indústria (elétrica), mas há possibilidade de delegação (LOUREIRO, 2009. P. 45).

Essa publicização e federalização das atividades revela outra característica. A Administração Pública passou a ter competência para agir na execução destas atividades.

Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, “competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para satisfação de interesses públicos” (MELLO, 2012, p. 148).

Como se observa, embora haja a faceta dos poderes, que é constantemente ressaltada pelo próprio termo “competência”, em seu conceito, Mello tratou de explicitar que a principal característica desta é o dever, de forma que a melhor expressão a explicar tal atividade estatal seria o dever-poder, ou seja, as competências seriam deveres-poderes da Administração, pois ao serem atribuídas a Administração e seus agentes visam atender certas finalidades públicas, “para que possa cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade” (Mello, 2012, p. 146).

Assim, sendo as competências exclusivamente outorgadas para atender determinada finalidade, tal poder se revela um dever de prover o interesse existente na realização daquela finalidade, ou seja, não há autossatisfação pelo Estado e seus agentes detentores de determinada competência. Nesse sentido, pode-se dizer que as competências possuem as seguintes características:

- a) de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer, exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema “pessoal” do sujeito, ao qual ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender à finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos de seu desencadeamento;
- b) irrenunciáveis, significado isto que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar;
- c) intransferíveis, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;
- d) imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei. A lei pode, contudo, admitir hipóteses de avocação. Esta é a episódica absorção, pelo superior, de parte da competência de um subordinado, ainda sim restrita a determinada matéria e somente nos casos previstos em lei;
- e) imprescritíveis, isto é, incoorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isto deixarão de persistir existindo (MELLO, 2012, p. 149/150).

Como expõe Marçal Justen Filho, o conjunto de determinadas competências que visam à realização de certa finalidade é denominado de função administrativa. Outrossim, tal função administrativa em sua concretização, ou seja, sendo de fato realizada, é a própria atividade administrativa. Isto é, o exercício concreto de competências administrativas corresponde à realização da atividade administrativa. As principais competências são divididas nas seguintes categorias⁵:

- Conformatora – que se refere à competência estatal para restringir a propriedade ou as liberdades individuais, visando à ordem pública, também conhecida como poder de polícia

⁵ Tal classificação segundo a função estatal desenvolvida é apenas uma das possíveis classificações existentes para a diferenciação das atividades desenvolvidas, não devendo ser considerada, portanto, como a única forma de se classificar as atividades da administração, contudo para a presente monografia é a classificação que soa mais pertinente.

- Prestacional – como o próprio nome sugere, trata-se de satisfação de necessidades pela Administração através de uma prestação. Nesta categoria estariam inclusos os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito (em regime de monopólio ou concorrencial).
- Regulatória – como o nome sugere, trata-se de intervenção indireta sobre a conduta de sujeitos públicos e privados, com intuito de implementar políticas públicas. Nesta competência também estaria incluso o fomento, além da própria atividade regulatória.
- Controle – consiste na fiscalização da regularidade das atividades desempenhadas pela própria Administração

Obviamente, a explanação acima não é suficiente para explicar o desenvolvimento de cada atividade; contudo, não é objetivo deste trabalho aprofundar as distinções entre as atividades, mas sim expor características que são essenciais à compreensão do problema.

Ainda em relação às características, é de se observar que os atos administrativos, em face das competências, podem ser exercidos de maneira vinculada ou discricionária. Primeiramente, é de se ressaltar que a ideia de discricionariedade está ligada à ideia de liberdade do administrador que é decorrente de lei, ou seja, ele somente poderá agir nos limites da lei. Nesse contexto, a discricionariedade não corresponde à possibilidade de atuação que resulta de ausência de lei. Sempre que a lei confira ao administrador liberdade para definir conteúdo de atuação com base em juízo de conveniência ou oportunidade, estamos diante de um exercício discricionário. Caso a lei defina a atividade a ser praticada, inclusive em relação ao conteúdo dos atos praticados no exercício desta atividade, estamos tratando de uma competência vinculada.

Essas são apenas algumas restrições originárias da submissão da Administração ao regime jurídico de direito público. Primeiramente, ressalta-se que a Administração pode se submeter: tanto ao regime de direito público como ao de direito privado, que é inerente à iniciativa privada. Tal submissão decorre da própria Constituição ou de lei; contudo, como ressalta Di Pietro, mesmo na submissão ao regime de direito privado não ocorre uma submissão completa da Administração, eis

que ela ainda está sujeita a uma série de restrições oriundas do próprio regime de direito público⁶ (DI PIETRO, 2012, 60/61).

Como exemplo de restrição mínima está a submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que constam expressamente do art. 37 da Constituição Federal, que, por sua vez, são pilares do regime de direito público. A respeito dessa necessária submissão, mesmo nos casos de regime de direito privado, expõe Loureiro:

Seria bastante problemático assumir que o Estado não tem que respeitar, p. ex., a exigência de impessoalidade ou isonomia no desenvolvimento de uma atividade econômica sua apenas porque tal tarefa é executada em um ambiente concorrencial; ou que pode prescindir da legalidade quando submetido a um regime de direito privado. A constituição não atribuiu esse tipo de competência ao Estado para que ele pudesse agir episodicamente, em busca de ‘interesses (públicos) secundários’, mas sim, pelo contrário, para que algumas atividades econômicas (em princípio, privadas) fossem tismadas por um elemento publicístico (ainda que aproximando o modo de agir estatal daquele privado), em vista de certas exigências sociais relevantes (LOUREIRO, 2009, 51/52).

Antes de explicar a que tipo de submissão geral está sujeita a Administração Pública, cabe pincelar a distinção entre princípios e regras. Nesta seara, transcrevemos a explanação dada por Canotilho:

As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do ‘tudo ou nada’), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois eles contém apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contém ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam

⁶ É o caso, por exemplo, da atuação em atividade em sentido econômica em sentido estrito por força do art. 173, §1º.

problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas) (CANOTILHO apud LOUREIRO, 2009, p. 86).

Afora esses aspectos, é de se ver que os princípios também possuem um elevado grau de abstração em seu conteúdo em comparação com as regras, o que não implica dizer, porém, que tais princípios não possuam um conteúdo mínimo.

Nessa linha de raciocínio, passemos ao conteúdo mínimo que estes princípios aos quais a Administração Pública, independente de estar sob regime de direito público ou privado, se submete.

A legalidade, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, implica a sujeição do administrador público, em toda a sua atividade funcional, aos mandamentos legais, ou seja, sua liberdade de atuação deve se dar nos limites da lei, lhe sendo permitido atuar somente nos casos em que esta lhe autoriza. Tanto é assim que a legalidade de um ato é requisito para a sua existência.

A moralidade, no mesmo sentido, também é imprescindível, pois, além de guiar a atuação do administrador público, é considerada pressuposto de validade de todo ato da Administração. Ressalta-se que estamos tratando de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (MEIRELLES, 2009, p. 90). O agente administrativo deve necessariamente considerar o elemento ético da conduta, distinguindo entre o honesto e o desonesto, não bastando seu ato ser legal, mas também justo, conveniente e oportuno. Neste sentido, Meirelles defende que a moralidade administrativa está ligada ao conceito do bom administrador, que é capaz de agir por um conjunto de regras finais de conduta ligadas à função administrativa (MEIRELLES, 2009, p. 90).

No que se refere à impessoalidade, ela é divisível em três aspectos, conforme leciona Lucas Rocha Furtado: o dever de isonomia por parte da Administração Pública, o dever de conformidade ao interesse público e a imputação de atos praticados pelos agentes públicos diretamente. Como se depreende do primeiro aspecto, não pode a Administração Pública conferir ao particular tratamento discriminatório. Trata-se da aplicação da máxima “todos são iguais perante a lei e o Estado”, estando, portanto, intimamente relacionado com a igualdade. É essa faceta que, por exemplo, contempla e é uma das justificativas para a realização de

licitações para a prestação de serviço público. O segundo aspecto equipara a impessoalidade à finalidade. Como argumenta Hely Lopes Meirelles, tal princípio exige que a atuação da Administração Pública sempre vise à realização de interesse público, também devendo ser entendido como óbice à promoção pessoal de autoridades em razão de realizações administrativas. Por esse princípio, é vedada, também, a prática de ato administrativo inconveniente ou sem interesse público. Sob a ótica do terceiro aspecto da impessoalidade, a responsabilidade dos atos praticados por agente público é atribuída à própria Administração, sendo esta a responsável final pela atuação de seus agentes.

Não menos importante, temos ainda o princípio da publicidade, que alude à necessidade de transparência dos atos administrativos. Estes devem ser divulgados, estando, de certa forma, tal divulgação relacionada à moralidade administrativa. Como defende Lucas Rocha Furtado, “a publicidade é consequência direta do princípio democrático” (FURTADO, 2007, 108). Nos dizeres do autor, “é direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração a fim de que possam os cidadãos tomar as providências necessárias ao controle de legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado” (FURTADO, 2007, 108).

Por fim, como último princípio expresso no art. 37 da Constituição, temos a eficiência, assim exposta por Furtado:

A eficiência requer do responsável pela aplicação dos recursos públicos o exame da relação custo/benefício da sua atuação. O primeiro aspecto a ser considerado em termos de eficiência é a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, apresenta a necessidade de elaboração do projeto básico e do projeto executivo para obras e serviços. A Lei nº 10.520/02, que trata do pregão, dá importância especial à fase interna da licitação, aquela em que deve ocorrer a definição dos parâmetros para que os contratos sejam executados não apenas em conformidade com os formalismos que a lei apresenta, mas também que atendam às necessidades da Administração de modo a apresentar resultados favoráveis com os menores custos possíveis. (...) O primeiro passo para o desenvolvimento de atividades de modo eficiente corresponde à necessidade de planejamento dos gastos públicos; o segundo passo a ser dado está ligado à definição das metas; e o terceiro passo corresponde ao exame dos custos necessários à realização das metas. Além do controle da eficiência, exige-se igualmente do administrador o exame da eficácia e da efetividade de sua atuação, eis que o próprio texto constitucional estabeleceu que a Administração Pública haverá de ser fiscalizada sob a ótica da economicidade,

consoante seu art. 70. Por eficácia se deve entender o simples exame dos resultados. Realizada qualquer atividade estatal, deve-se buscar examinar em que medida aquela atividade gerou benefícios para a sociedade (FURTADO, 2007, p. 112/113)

Todos esses princípios, como já afirmado, devem ser necessariamente aplicados em qualquer atividade da Administração Pública, o que inclui, evidentemente, a atividade energética.

Outrossim, em caso de matéria energética, há uma atuação positiva do Estado, seja por si ou através de pessoas privadas (concessionárias e permissionárias), na produção de utilidades correspondentes a serem oferecidas aos destinatários, ou seja, no fornecimento de gasolina, álcool carburante, corrente elétrica estável etc. A atuação positiva revela-se através da prestação administrativa, de forma que as competências são materiais, positivas e prestacionais (Loureiro, 2009, p. 47)

Por fim, outras características das atividades prestacionais, relacionadas com a competência prestacional enumeradas por Loureiro, são:

- a) a utilidade oferecida [nessa atividade] não consiste em uma atividade jurídica, mas técnica ou material;
- b) o seu oferecimento importa na organização, de modo estável e sistemático, de um complexo de bens, capitais e pessoas;
- c) a prestação pode não ser direta e imediatamente dirigida à coletividade, mas, em qualquer caso, está ao menos preordenada a tal escopo (servir a coletividade) (LOUREIRO, 2009. P. 48)

1.4 Considerações sobre o inciso XIII, “b”, do art. 21 da Constituição Federal

A respeito das atividades prestadas no setor elétrico, ao menos em relação ao objeto desta monografia, é central a análise do art. 21, XII, “b” da CF:

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;

Como se depreende de sua leitura, trata-se de um dispositivo definidor de competência prestacional da União, o que, por razões óbvias, significa que não é lícito aos demais entes federativos invadir tal competência, a qual deve ser considerada como exclusiva. Obviamente, como já afirmado, tal competência revela-se um poder-dever, de forma que, no caso, a União tem a responsabilidade de obter a utilidade advinda da exploração das mencionadas fontes, tanto que deve agir direta ou indiretamente para obter o resultado pretendido.

Contudo, ainda resta outra questão nebulosa a respeito da expressão “serviços e instalações de energia elétrica”. Afinal, quais atividades seriam alcançadas pela expressão, e quais seriam os serviços de eletricidade? Geração, transmissão e distribuição estão dentro desta categoria?

Loureiro defende que os serviços de energia elétrica corresponderiam “a todas aquelas atividades que estejam material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização”, ou seja, “a atividade há de estar exclusiva, direta e permanentemente vinculada à obtenção material da eletricidade” (LOUREIRO, 2009, p. 102)

Ainda nesta no prosseguimento desta definição, Loureiro expõe:

Seguindo tal indicação, destas atividades (serviços de energia elétrica) deve-se distinguir outras que se limitam a viabilizá-las, material ou economicamente. Essas últimas não guardam relação direta com a obtenção ou fornecimento da energia. Assim, por exemplo, a construção de usinas, a fabricação de material elétrico e mesmo as atividades preparatórias do planejamento dito (análises e pesquisas de inventário, estudo de comportamento do mercado de energia, pesquisas e projeções relativas à indústria elétrica, etc.), se não configuram “serviços de energia elétrica” e não demandam outorgas para a sua realização, podem, por outro lado, configurar competências implícitas não exclusivas, cuja realização está franqueadas à União Federal, na medida em que necessárias para a perfeita execução da competência que lhe foi reconhecida pela Constituição (LOUREIRO, 2009, p. 103)

Nessa linha de entendimento, é por óbvio conclusivo que os serviços de geração, transmissão e distribuição estão dentro da categoria “serviços e instalações de energia elétrica” a que se refere o art. 21, desde que estejamos tratando de atividades direta e permanentemente vinculadas à obtenção de eletricidade.

1.5 Serviço Público ou atividade econômica *stricto sensu*

Como já mencionado, o art. 21 da Constituição trata de competências públicas da União. Nele não é mencionado que tais competências constituem serviço público, ou que se está a tratar, na verdade, de uma atividade econômica reservada ao Estado. No caso das atividades de energia, a única certeza é que estamos tratando de uma competência prestacional, podendo essa ser serviço público ou não. No que se refere a serviço público, o art. 175 da Constituição assim dispõe:

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

Pela leitura do dispositivo, não se define que o exposto no art. 21 seria caracterizado como serviço público. O que apenas se pode concluir é que o art. 175 impõe uma nova competência à Administração Pública, sendo possível a delegação desta prestação a um agente privado, através de concessão e sempre mediante licitação. O dispositivo constitucional estabelece, por fim, que lei infraconstitucional irá disciplinar com mais profundidade o assunto, dando uma liberdade ao legislador infraconstitucional.

A esse respeito, é importante trazer à discussão as diversas definições que circundam a expressão “serviço público”.

Celso Antonio Bandeira de Mello define serviço público como

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por que lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (MELLO, 2012, p. 687)

Mello aprofunda sua definição ao dividir o conceito exposto em dois aspectos: um material e outro formal. Serviço público sob o ponto de vista material

condiz com o oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais, como água, luz, transporte público etc., “fruíveis singularmente pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade” (MELLO, 2012, 691). Já sob o aspecto formal, o serviço público se submete inteiramente ao regime de direito público.

Como se pode observar, a definição de Mello em seu aspecto material em muito se aproxima das características das competências prestacionais públicas da Administração Pública explicitadas por Loureiro, com a exceção do regime de direito público (aspecto formal), que não é mencionado por este último. Ou seja, por essa definição, serviço público somente seria distinto da atividade econômica reservada ao Estado em razão do regime de direito público ao qual este está subordinado, não existindo talvez uma diferença ontológica entre as duas atividades, mas sim uma opção que o constituinte forneceu ao legislador infraconstitucional de submeter determinada atividade ao regime de serviço público ou à atividade econômica em sentido estrito⁷.

Apesar dessa conclusão, Celso Antonio Bandeira de Mello defende existirem serviços públicos que assim são caracterizados por expressa determinação constitucional, em razão de estarem no âmbito de competência do poder público federal. É o caso do serviço postal, do Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, da Constituição), dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI), radiodifusão (art. 21, XII, “a”), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água (art. 21, XII, “b”), navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”), transporte ferroviário e aquaviário (art. 21, XII, “d”), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (arts. 205 e 208)

Contudo, não há uma definição clara do autor a explicar o porquê de tais serviços necessariamente serem considerados serviços públicos, em vez de atividades econômicas em sentido estrito, atribuídas ao Estado. Obviamente, não

⁷ Ressalva-se que no caso dos monopólios, não há permissão para inclusão de novas atividades além do rol expostos no art. 25 §2º, art. 176 e art. 177, conforme leciona Alexandre Santos de Aragão. Já no caso das atividades econômicas exercidas pelo Estado, não caracterizadas como serviço público, exercidas com base no art. 173 (que não é refere-se a monopólio), não há um rol exaustivo. Isto é desde que atividade seja exercida em atendimento aos conceitos expostos no art. 173 (serão exercidas em concorrência com a iniciativa privada, em regime de direito privado), não há violação.

está se defendendo que tais atividades necessariamente sejam o oposto do defendido por Bandeira de Mello, mas sim buscar uma justificativa para tal classificação, até porque a Constituição em si não determina que tais atividades sejam necessariamente serviço público. Como dito, a Constituição sequer define o que seria serviço público.

Ademais, como expõe Loureiro, tanto o serviço público como o monopólio assegurado ao Estado possuem características semelhantes: são atividades econômicas (em sentido lato) que culminam com a prestação de utilidades singularmente fruíveis pelos destinatários, que não estão submetidas à livre iniciativa, mas que são reservadas ao Estado e delegáveis, por contrato, a particulares (LOUREIRO, 2009, p. 60).

Assim, essa definição de serviço público não soa adequada em seu aspecto material, eis que ela, com exceção do regime aplicável as atividades, pode ser usada para definir o monopólio em seu aspecto material. Então, o que seria serviço público sob essa ótica? Existe diferença ontológica?

Marçal Justen Filho define serviço público como:

Uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (JUSTEN FILHO, 2012, 687).

O autor divide o conceito em três aspectos: material (ou objetivo), subjetivo e formal. Pelo aspecto material, serviço público consistiria em uma atividade de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial. Pelo aspecto subjetivo, extrai-se tratar de atuação pelo Estado ou por seus delegados (nos casos de concessão, por exemplo), e por fim, em seu aspecto formal, o serviço público é configurado pela aplicação do regime jurídico de direito público (JUSTEN FILHO, 2012. p. 691). Curiosamente, em sua definição material, Justen Filho acaba por definir serviço público com base em sua finalidade (atender necessidades individuais e transindividuais), ou seja, não existem em essência certas atividades que necessária e exclusivamente constituiriam serviço público por si só, mas sim com base em sua destinação.

É de se ressaltar ainda que o doutrinador defende que o art. 21 da Constituição não determina que as atividades mencionadas sejam necessariamente serviços públicos, senão vejamos:

Ao discriminar as competências dos diversos entes federados, a Constituição refere-se a certas atividades como serviços públicos. O art. 21 contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incisos X, XI e XII), o que conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência. Quanto a eles, não haveria margem de inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional. Esse entendimento é rejeitado. Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da Constituição poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e indiretamente os direitos fundamentais. Se houver cabimento de oferta de utilidades desvinculada da satisfação dos direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo) (JUSTEN FILHO, 2012, 693).

Já Loureiro entende não existir em si uma diferença material entre os serviços públicos e o monopólio, na medida em que ambos tratam de atividades do gênero competências econômicas públicas e, portanto, não haveria atividades que necessariamente seriam serviço público. Isso não implica dizer, porém, que tais atividades não podem sê-lo, é apenas uma questão de submissão a um regime. Para ele, a questão da essencialidade da atividade, muitas vezes levantada por inúmeros doutrinadores, como Bandeira de Mello, somente poderia ser aferida caso a caso pelo legislador ordinário, que irá determinar se certa atividade será exercida em regime de serviço público ou em regime de direito privado inerente às atividades econômicas *stricto sensu* (LOUREIRO, 2009, 128/129).

Assim, Loureiro conclui, no que concerne à natureza dos serviços de energia elétrica, que

não é difícil extrair de quanto visto acima a ideia singela de que os serviços de energia elétrica (...) são sempre competências públicas, i.e, tarefas econômicas reservadas pela Constituição ao Estado (União Federal), cuja execução pode ser delegável a terceiros sob um regime de serviço público (art. 175) ou de direito privado (ou misto), conforme opção legislativa, pautada pela apreciação da melhor forma de atingir os objetivos de interesse público que dirigem toda e qualquer manifestação estatal. Resalvadas as mínimas mas não irrelevantes competências que derivam do fato de ser pública a tarefa- tais como a revocabilidade da outorga (delegação), o poder permanente de reconfiguração normativa da atividade, inclusive para fins de retomada para atuação direta – o legislador ordinário tem

liberdade para dispor acerca do concreto regime jurídico das atividades de energia elétrica. Assim, algumas atividades (no todo ou em parte) poderão configurar serviços públicos e outras não. Caberá, no primeiro caso, à legislação o desenvolvimento – atento às peculiaridades de cada atividade- das diretrizes estampadas no art. 175; no segundo, a tarefa do legislador será a de criar *ex novo* uma disciplina jurídica diferente da publicística que, nada obstante isso, seja funcional à vista dos objetivos e fundamentos do Estado brasileiro (LOUREIRO, 2009, 129/130).

Por fim, no que concerne à submissão ao regime de serviço ou não dos serviços de energia elétrica, o legislador entendeu por bem caracterizá-los como serviço público⁸, submetendo-os à Lei n.º 8.987/95, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição.

1.6 O regime de serviço público

Os serviços caracterizados como públicos devem se submeter ao regime de direito público que, além de obedecer aos princípios gerais expostos no art. 37 da Constituição Federal, como já explicado, possui certas prerrogativas e sujeições que colocam a Administração em uma posição verticalizada superior em relação ao particular.

Dentro do regime de direito público existe uma série de prerrogativas, princípios, bem como certas sujeições que são aplicáveis a todas as atividades administrativas, assim como há os que são específicos de uma atividade. Como exemplo do primeiro caso, temos os princípios expostos no art. 37 da Constituição, que são aplicáveis também em regime de direito privado; como exemplo do segundo caso, temos o princípio da continuidade do serviço público.

Destarte, ao tratarmos do regime de direito público, será restringindo as prerrogativas e sujeições do serviço público, incluindo aquelas que não são exclusivas do serviço público.

Além dos já mencionados princípios constitucionais da Administração Pública, temos também a supremacia do interesse público, a presunção de legitimidade ou veracidade, o controle (ou tutela) e a autotutela como princípios que

⁸ Obviamente referimo-nos aos serviços de geração referente aos contratos objeto desta monografia eis que o sistema de energia é híbrido, abrangendo tanto entidades que prestam serviço público como entidades que destinam a produção de energia para ser comercializada no "mercado".

não são característicos exclusivamente dos serviços públicos. Da mesma forma, há os característicos do regime de serviço público, que são, nos dizeres de Di Pietro, o princípio da continuidade do serviço público, a igualdade dos usuários e a mutabilidade do regime jurídico.

1.6.1 Supremacia do interesse público

No caso da supremacia do interesse público, para explicá-la é necessário trabalhar com o conceito de interesse público. Destarte, Maria Helena Diniz o define da seguinte maneira:

Direito Administrativo. 1. Aquele que se impõe por uma necessidade coletiva, devendo ser perseguido pelo Estado, em benefício dos administrados. 2. Relativo a toda sociedade personificada no Estado. É o interesse geral da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade política e juridicamente organizada (Milton Sanseverino). 3. Finalidade da administração Pública. 4. Interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, ao assumi-lo sob o regime jurídico de direito público (José Cretella Jr.) (DINIZ, 2010, p. 334).

Nesse diapasão, é de se considerar que o interesse público a ser buscado pela Administração não equivale ao interesse exclusivo dela própria. Em razão disso, Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma distinção entre os interesses públicos propriamente ditos (classificando-os como interesses públicos primários) e os interesses da Administração Pública (classificando-os como interesses públicos secundários). Um exemplo clássico de interesse secundário é a Administração postergar o pagamento de precatórios, com o intuito de evitar expensas do erário.

De qualquer sorte, por força da supremacia do interesse público, a Administração, em todos os seus atos, deve visar à realização do interesse público primário, de forma que a prática de atos visando interesse público secundário ou qualquer outro interesse individual que não esteja de acordo com o interesse público primário caracteriza desvio de finalidade. Possui uma íntima relação com este princípio o da indisponibilidade de interesse público, pela qual, a Administração Pública, além de visar sempre uma atuação que sobreponha o interesse público primário sobre o secundário, não pode deixar de realizá-lo, o que em certa medida é a justificativa para os seus poderes-deveres.

1.6.2 Presunção de legitimidade e veracidade

Por meio desses dois princípios, são analisadas duas facetas. A primeira, relativa à certeza dos fatos, isto é, se os fatos descritos pela Administração Pública em sua atuação são presumidamente verdadeiros. Já a segunda faceta diz respeito à presunção de legalidade da atuação da Administração Pública, eis que, em sua atuação ela está obrigada a agir conforme o princípio da legalidade. Obviamente, a presunção tratada aqui é relativa, e, portanto, admite prova em contrário. Como salientou Di Pietro, “o efeito de tal presunção é de inverter o ônus da prova” (DI PIETRO, 2012, p. 69).

1.6.3 Controle ou Tutela e Autotutela

Ambos os princípios tratam da fiscalização com o intuito de garantir que determinada atividade esteja de acordo com a sua finalidade legalmente instituída. Ambos decorrem do princípio da legalidade, eis que, na medida em que a Administração está obrigada a submeter-se à lei, cabe-lhe também o controle de legalidade de seus próprios atos. No caso do controle ou tutela, estamos tratando de uma fiscalização externa realizada pela Administração Pública em entidades da Administração indireta. Obviamente, nesse caso, a regra geral é da autonomia da entidade, de forma que o controle somente pode ser exercido nos estritos limites definidos em lei, não sendo presumido.

No caso da autotutela, estamos tratando da capacidade da Administração Pública de rever os próprios atos, podendo anular atos ilegais ou revogar atos inconvenientes, independentemente de recorrer ao Judiciário. Tal poder, inclusive, está claramente exposto nas súmulas 346 e 473 do STF⁹.

⁹ 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

1.6.4 Continuidade do Serviço Público

Pela continuidade, conclui-se que o serviço público deve ser prestado regularmente sem interrupções. Tal postulado carrega consigo inúmeros desdobramentos, como a impossibilidade de suspender a prestação de determinado serviço público; a responsabilização do prestador do serviço em caso de suspensão, ainda que temporária; a possibilidade de a Administração usar de seus poderes para garantir a continuidade do serviço adotando as medidas que forem necessárias para manter a atividade em funcionamento.

1.6.5 Igualdade dos usuários

Por este princípio, não se pode estabelecer distinção de caráter pessoal entre usuários de um mesmo serviço, isto é, se estão preenchidas as condições legais para que determinado cidadão possa ser usuário de um serviço público, então não é permitida a distinção discriminatória de caráter pessoal. Tal distinção não se confunde com as distinções legalmente previstas para atendimento de certa categoria de usuários que necessitam de um atendimento diferenciado, como por exemplo, o idoso.

1.6.6 Mutabilidade do regime jurídico

Também denominado por Di Pietro como flexibilidade dos meios aos fins, tal princípio autoriza a alteração de regimes jurídicos, assim como exige do prestador que esteja sempre com o serviço público tecnicamente atualizado com o intuito de garantir o interesse público, eis que em razão de ser um serviço prestado em um determinado período de tempo, nem sempre o contrato assinado está de acordo com o interesse público atual. Desta forma, não há direito adquirido à manutenção de certas condições anteriores, podendo estatutos e contratos serem alterados para garantir o atendimento ao interesse público.

2 ASPECTOS TÉCNICOS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Concessão de serviço Público

A nossa historia mostra uma diversificação na prestação de serviço público, existindo dois gêneros relativos ao tipo de prestação: centralizada e descentralizada. Pela prestação centralizada, entende-se que o serviço público é prestado diretamente pela Administração Pública, que acumula as posições de titular e prestador de serviço.

Já no caso da prestação de serviço público descentralizada, ocorre uma transferência da execução, mantendo a titularidade, que é indelegável em razão de sua origem constitucional, nas mãos da Administração Pública. Suas duas formas básicas são: a delegação legal e delegação negocial, que basicamente se diferenciam pelo instrumento utilizado na descentralização¹⁰.

A delegação legal, como o próprio nome sugere, é feita através de lei, a qual, como expõe o art. 37, XIX da CF, cria autarquia, autoriza a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação. Em ambos os casos de criação e autorização, a lei irá definir concretamente as competências de atuação dos mencionados entes. Obviamente, como estamos falando de prestação de serviço público, estamos tratando de autorização ou criação de entidade que irá executar competência prestacional inerente a Administração pública.

A delegação negocial, por sua vez, é a transferência da execução do serviço público via negócios jurídicos, ou seja, contratos. Ressalta-se que estamos tratando de contratos administrativos, e, portanto, as condições de prestação são estabelecidas pelo titular da atividade, estando o delegatário sujeito as condições regulamentares e fiscaliza tórias da Administração Pública.

¹⁰ Há divergência doutrinária quanto a classificação da descentralização na prestação de serviços públicos, dividindo-as em duas categorias: descentralização por outorga e descentralização por delegação . Na descentralização por outorga ocorre a transferência da titularidade conjuntamente com a execução, é previsto somente para entes com personalidade jurídica de direito público. A transferência ocorre por lei. Já na descentralização por delegação ocorre somente a transferência da execução da atividade prestacional. Ela se dá via contratos administrativos, estando prevista para pessoa jurídica de direito privado, seja ela integrante da administração indireta ou não. Alexandre Santos de Aragão afirma que, no caso de outorga, em princípio, tal transferência seria definitiva, principalmente em razão de sua característica principal: ser uma transferência lastreada em lei em sentido formal, enquanto que a delegação seria necessariamente temporária (ARAGÃO, 2008, p. 562).

Por fim no que concerne a delegação negocial, ela é considerada gênero do qual são espécies a concessão, a permissão¹¹ e a autorização de serviços públicos¹². Seu fundamento está no art. 175¹³ da Constituição Federal, que exige, por sua vez, prévia licitação.

Assim, define-se a concessão de serviço público como:

delegação contratual remunerada da execução de serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por prazo determinado, findo o qual os bens afetados à prestação de serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público (ARAGÃO, 2008, p. 568).

Como bem salientado no conceito, ocorre a mera transferência da execução, devendo o poder público ainda ser responsável pela fiscalização ante a sua condição de titular, assim como, em certa medida, tomar todas as decisões possíveis para garantir que o serviço seja prestado de maneira satisfatória, tanto é que a Lei nº 8.987/95 (que dispõe sobre a concessão de serviços públicos de maneira geral, tratando de dois modelos de delegação de serviço público de maneira indistinta, quais sejam: a concessão de serviço público propriamente dita e a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública) assegura certas prerrogativas à Administração, como a possibilidade de intervir no valor das tarifas, alterar as condições de prestação e até mesmo encampar o serviço, se necessário.

Particularmente no caso do setor elétrico, as concessões de serviço público referentes aos serviços de geração, transmissão e geração concorrem em um sistema¹⁴ que admite outros agentes cuja delegação é diferente da concessão,

¹¹ Apesar da existência e menção de permissão de serviço público de energia elétrica, tal conceito não será melhor desenvolvido, por se revelar de certa forma improdutivo, eis que o objeto desta monografia é a análise de contratos de concessão de serviço público de energia elétrica.

¹² A autorização no serviço público é vista com polêmica por parte da doutrina que a considera inexistente, até porque não é mencionada no art. 175 da CF, já que não seria considerada negócio jurídico, mas sim ato administrativo precário, geralmente associado a poder de polícia. De qualquer sorte, apesar de não ser ponto pacífico, parte da doutrina defende a sua existência e ela é utilizada, como forma de delegação de alguns bens destinados a geração de energia elétrica, razão pela qual foi mencionada neste trabalho.

¹³ Art. 175. 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.

¹⁴ Com intuito de aprimorar a concorrência do setor elétrico, promoveu-se a desverticalização do setor de forma que as atividades de concessionários (sejam de serviço público ou não) e autorizatários foi desmembrada em geração, transmissão, distribuição e comercialização, não podendo, por exemplo, as distribuidoras integrantes do SIN (Sistema interligado Nacional, sistema que congrega sistema de produção e transmissão de energia elétrica no Brasil, possuindo 96,6% da capacidade de produção de eletricidade no país), não podem ser simultaneamente geradoras e/ou transmissoras. O objetivo

admitindo-se autorizatários, por exemplo, e com outros agentes que, embora dotados de concessão, não prestam serviço público, mas exploram a atividade econômica (é o caso dos autoprodutores¹⁵ e das produtoras independentes¹⁶). Este quadro é visualizado em relação aos serviços de geração, que estão em um regime em que é estimulada a concorrência, até como tentativa de reduzir o valor das tarifas cobradas ao consumidor final.

Nos casos de distribuição e transmissão, em razão destes serem considerados monopólios naturais, não se verifica uma diversidade de agentes atuantes, e, em razão de tais características, são delegados como serviço público através de concessão ou permissão.

2.2 Peculiaridades da licitação

No que concerne à concessão de serviço público, é imprescindível a realização de licitação, mormente em razão do disposto no art. 175 da Constituição Federal. Ademais, a exigência de licitação coaduna-se com a realização dos princípios da impessoalidade, eficiência, moralidade, pois busca, via tratamento isonômico, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Destarte, é aplicável a Lei nº 8.987/95 especificamente criada para regular o supracitado artigo, sendo subsidiariamente aplicável a Lei nº 8.666/93, lei geral de licitações.

era separar interesses na cadeia produtiva, individualizar risco, e remunerar o capital investido de maneira mais precisa, além de, obviamente, estimular a competição. No caso do sistema atual do setor elétrico, esses não são os únicos agentes. Ainda seguindo a ideia de implantar uma certa concorrência no setor foram criadas as figuras do autoprodutor e produtor independente, que por sua vez não prestam serviço público, mas sim atividade econômica em sentido estrito. (o posicionamento sobre se tais figuras prestam ou não serviço público é controverso na doutrina, estando ainda sujeito a debates). Além deles foi criado também o conceito de consumidor livre (pode comprar energia elétrica diretamente com o gerador) e em contraposição a este o consumidor cativo (Somente pode comprar energia elétrica do distribuidor que atua na sua região). Inicialmente as relações de produção, transmissão e distribuição se davam em um mercado livre no qual todos os agentes atuavam, que posteriormente foram convertidos dois “mercados”, o ambientes de contratação livre (ACL) e ambiente de contratação regulada (ACR).

¹⁵ Gerador que destina a produção inteira para consumo próprio, embora possa vender o excedente nos ambientes de contratação livre e contratação regulada, desde que haja autorização da ANEEL para tanto.

¹⁶ Gerador titular de concessão, permissão ou autorização para produzir, por sua conta e risco, energia elétrica destinada ao comércio. Não possui as mesmas prerrogativas e ônus das concessionárias de serviço público.

Contudo, há peculiaridades do regime licitatório das concessões previsto na Lei nº 8.987/95, consoante exposto por Alexandre Santos de Aragão:

- a) Licitação na modalidade de concorrência (art. 2º, II e III, Lei nº 8.987/95). A lei que aprovou o Programa Nacional de Desestatização (lei nº 9.491/97) permite, contudo, que as concessões abrangidas por esse Programa sejam precedidas de leilão.
- b) Nas licitações de concessões podemos, além da técnica e do preço, há outro elemento relevante para a escolha do particular a ser contratado [sic]. Enquanto nos contratos administrativos em geral o critério econômico só diz respeito ao preço a ser cobrado ou pago à Administração Pública, nas concessões o aspecto econômico se subdivide em dois: as tarifas a serem cobradas dos usuários, e o valor da outorga devido pela concessionária ao poder concedente. O 'preço' nas concessões de serviço público refere-se, pois, tanto ao valor da tarifa, como ao valor da outorga. Diante disto, o art. 15 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu sete hipóteses de combinação entre esses três critérios de julgamento (técnica, valor da tarifa e valor da outorga)
- c) Previamente ao Edital de licitação a Administração Pública deve publicar o ato justificativo de sua intenção de delegar o serviço a iniciativa privada (art. 5º, lei nº 8.987/95).
- d) Deve ser desclassificada a proposta da empresa que pôde formulá-la por gozar de subsídios não disponíveis aos demais concorrentes, aí incluídas as estatais de outras esferas da Federação que necessitem do suporte financeiro do seu respectivo ente controlador (art. 17, Lei nº 8.987/95)
- e) Com a Lei nº 11.196/05 passou a ser admissível, a exemplo do que se adotou nas PPPs [parceria público privada], a inversão das fases da licitação, verificando-se a habilitação apenas do licitante que tiver ofertado a melhor proposta (art. 18-A, Lei nº 8.987/95) (ARAGAO,2008, p. 576).

Destaca-se, também, que é possível que a Administração Pública deixe fixado no edital de licitação o valor da tarifa a ser cobrado, tornando a competição reduzida ao valor de outorga e melhor técnica. Por fim, há alguns requisitos técnicos a serem preenchidos pelos bens e fontes de energia elétrica que irão determinar qual espécie de delegação será adotada.

Para os casos de geração, eis os seguintes requisitos mínimos para serem avaliados pelo poder concedente, requisitos estes que variam de acordo com a fonte primária de energia:

1. Para os casos de serviço público:
 - Hidráulica:
 - Deve possuir potência maior que 1.000 Kw para ser objeto de concessão;
 - Térmica:
 - Potência acima de 5.000 Kw para ser objeto de concessão
2. Para os casos de autoprodução:
 - Hidráulica:
 - Potências entre 1.000 e 50.000 Kw são delegadas mediante autorização;
 - Potências entre 1.000 e 30.000 Kw com características de pequena central hidroelétrica (regulamentada pela resolução nº 394 da ANEEL) são cedidas mediante autorização;
 - Potências acima de 50.000 Kw são objeto de concessão;
 - Térmica:
 - Potências acima de 5.000 Kw são delegadas mediante autorização;
3. Para os casos de produção independente:
 - Hidráulica:
 - Potências entre 1.000 e 30.000 Kw, com características de Pequena Central Hidráulica (PCH) e limitadas a 30.000 Kw, se concede autorização;
 - Potências acima de 50.000 Kw são objeto de concessão, mediante licitação;
 - Térmica:
 - Potências acima de 5.000kW são objetos de autorização ou concessão.

2.3 Contrato de Concessão

Realizada a licitação, necessária é a formalização do acordo de delegação de execução de serviço público por meio de um contrato. O contrato irá delimitar a área de atuação, o tempo, conforme o edital de licitação, e estabelecer direitos e obrigações das partes. Ressalta-se que existem certas cláusulas

essenciais que necessariamente constarão no contrato a ser assinado pelas partes, estipulada pelo art. 23¹⁷ da Lei nº 8.987/95.

O contrato não deve ser assinado com caráter de exclusividade, excetuando-se os casos de inviabilidade técnica e econômica previstos no art. 16, de forma que é defeso ao concessionário alegar direito ou compensações de reequilíbrio econômico-financeiro em razão de surgimento de concorrência.

Outrossim, embora a Lei nº 8.987/95 não faça referência a um prazo máximo para contratos de concessão, estes devem ter seus prazos determinados, até por força da temporariedade inerente às delegações de serviço público. Contudo, como se observa no artigo 23, as condições para prorrogação são cláusulas essenciais dos contratos de concessão, embora isso não retire a temporariedade destes. A questão da prorrogação será melhor tratada em capítulo posterior.

A respeito da remuneração da concessionária, a tarifa será a principal, se não a exclusiva fonte de remuneração, sendo fixada durante a licitação,

¹⁷ art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
- II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

constituindo-se, ainda, fator determinante para a vitória de licitante, pois, como já afirmado, é um dos quesitos analisados para a escolha do vencedor do certame. Contudo, em razão das prerrogativas da Administração, esta pode reajustar as tarifas estipuladas no contrato.

A concessionária também deve se comprometer a prestar um serviço adequado. O conceito de adequação na concessão de serviço público está previsto no art. 6º da Lei nº 8.987/95 como sendo o “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” Já a atualidade seria a “modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. Outrossim, durante o prazo do contrato, a concessionária pode subcontratar com terceiros, porém fica mantida a sua responsabilidade exclusiva perante o poder concedente, sendo os terceiros considerados estranhos a relação, de forma que a relação concessionária e terceiro é regida pelo direito privado, não acarretando em vínculo com o poder concedente. (art. 25). Destaca-se que é possível a subconcessão, a transferência da concessão e a mudança do controle acionário da concessionária, contanto que haja a anuência do poder concedente (arts. 26 e 27); havendo, todavia, controvérsia quanto a legalidade de tal dispositivo em razão de uma suposta violação do princípio da licitação, pois seria uma forma de burlar a escolha feita durante o processo licitatório.

2.4 Direito do Concessionário X Poderes do Concedente

Como já mencionado, em razão da titularidade do serviço prestado e do regime de serviço público, a Administração Pública possui amplos poderes sobre o contrato de concessão que meramente delega a execução da atividade. Inclusive o art. 29¹⁸ da Lei 8.987 lista de modo não exaustivo as atribuições do poder concedente.

¹⁸ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III – intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV – extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V – homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

Obviamente o objetivo desses amplos poderes é dar certo controle ao poder concedente de atividades que são de sua responsabilidade originária. Analisando o comportamento do concessionário, assim como o desenvolvimento da atividade, poderá tomar as decisões necessárias visando uma realização satisfatória, que atenda os interesses dos usuários. Isto é, em nome do interesse público, podem-se alterar as condições do contrato, aplicar sanções, revisar a remuneração, bem como estimular aprimoramentos da atividade etc. Contudo, há limites que esbarram nos direitos do concessionário.

Como expõe Bandeira de Mello, são direitos do concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; a não alteração do objeto da concessão, isto é, se a concessão versar sobre geração de energia elétrica, não pode a Administração Pública alterar o contrato para serviço de transmissão de energia elétrica, assim como exigir que o poder concedente haja de acordo com as limitações legais impostas no que diz respeito à realização de procedimentos e demais atos praticados (MELLO, 2012, p. 749/750).

Neste sentido, pode-se dizer que no contrato de concessão há elementos modificáveis e imodificáveis, razão pela qual, suas cláusulas são classificadas dentro de duas categorias: podem ser cláusulas regulamentares (também conhecidas como cláusulas de serviço) e cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras.

As cláusulas regulamentares “disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de forma a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são, por definição, dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente” (ARAGÃO, 2008, p. 632). Contudo, mesmo as cláusulas regulamentares possuem barreiras a sua modificação; assim, por exemplo, não se pode alterar o objeto da

VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII – zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

XI – incentivar a competitividade; e

XII – estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

concessão, nem se pode alterar aspectos internos da empresa concessionária. O poder concedente pode, porém, emitir regulamentos sobre o serviço concedido, utilizando-se de diversas maneiras para fazê-lo:

“(a) inseridos no próprio contrato de concessão, podendo ser alterados a qualquer momento. (b) o contrato de concessão contém apenas uma cláusula genérica pela qual o concessionário se obriga a observar todos os regulamentos presentes ou futuros concernentes ao serviço. Com isto, o poder concedente ou eventual autarquia reguladora poderão emitir regulamentos para todos os concessionários ou para determinada concessão específica, desde que haja critério discriminante legítimo para tanto. (c) A elaboração dos regulamentos é delegada ao próprio concessionário, devendo as minutas por ele elaboradas ser submetidas à aprovação do poder concedente. (d) Determinadas disposições regulamentares podem ser de tal forma relacionadas com a equação econômico-financeira, que o contrato, pode excepcionalmente, exigir a concordância das duas partes para a sua modificação.” (ARAGÃO, 2008, 633)

Outrossim, como mencionado, além das cláusulas regulamentares, há as cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras, que correspondem ao equilíbrio econômico-financeiro que, como direito do concessionário, não pode ser modificado.

Observa-se que não necessariamente as cláusulas que tenham expressão econômica em si, como, por exemplo, as que fixam tarifa, são necessariamente cláusulas econômicas. Inclusive o presente exemplo – a fixação de tarifa – é considerado uma cláusula regulamentar, sendo, portanto sua alteração unilateral pela Administração Pública perfeitamente cabível. Afinal, “a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si” (ARAGÃO, 2008, p. 634). Assim, é possível a alteração tarifária, por exemplo, desde que seja respeitado o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, ou seja, caso a tarifa seja diminuída, necessariamente o equilíbrio tem de ser restaurado. Sua restauração pode ocorrer por diversas vias: pode-se a título exemplificativo, aumentar o prazo ou reduzir a obrigatoriedade de investimentos, ou até não reverter parte dos bens, com o objetivo de manter esta proporção chamada de equilíbrio econômico-financeiro.

2.5 Equilíbrio Econômico- Financeiro

Como já mencionado à exaustão, é direito do concessionário o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Entretanto, essa frase soa de certa forma elusiva. Afinal, o que seria o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão?

Os contratos de concessão, embora temporários, possuem prazos de longa duração, e, portanto, são passíveis de sofrer fatos que onerem ou desonerem a execução de determinado serviço público delegado, e, para evitar tais contingências, durante a elaboração do projeto de concessão, deve-se identificar os potenciais riscos, suas medidas de atenuação, decidir sobre qual agente cairá risco no sentido de estar melhor capacitado para resolvê-lo.

Nestes termos, Lucas Rocha Furtado enumera alguns riscos a serem considerados:

1. Jurídicos: leis e regulamentos claros e adequados; mecanismos de resolução de conflitos de modo célere, existência de órgão regulador e de órgão externo responsável pela fiscalização independentes, regime jurídico que assegure o direito de propriedade e respeito aos contratos, mecanismos que previnam a prática de atos ilícitos no relacionamento entre poder concedente e concessionário e evitem a captura de servidores dos órgãos reguladores pelo concessionário, redução do risco jurisdicional, que se verifica quando o Poder Judiciário e o Ministério Público adotam postura intervencionista na concessão, desrespeita a discricionariedade da Administração Pública e gera processos judiciais infundáveis;

2. Políticos: estabilidade democrática, aceitação social da necessidade de pagamento pela prestação dos serviços públicos; não discriminação quanto à nacionalidade dos investidores;

3. Econômicos : estabilidade política macroeconômica; taxa de risco país; política fiscal e cambiária adequadas;

4. Técnicos:

-de desenho: elaboração do projeto com ampla participação dos agentes envolvidos, identificação dos riscos, definição das medidas de atenuação dos riscos, adequada atribuição dos riscos aos agentes, prazos razoáveis para exame dos estudos e editais da licitação, bem como a possibilidade de serem formuladas impugnações;

-de execução: definição do agente que arcará com os ônus das expropriações, articulação para a superação de dificuldades ambientais, elaboração de projetos básicos e executivos que reduzam as deficiências das obras a serem executadas, previsão de soluções no caso de catástrofes naturais ou resultantes de força maior;

5. de exploração

-operacionais: definição de como será feita a administração e a gestão, definição do agente competente para a realização de medições ou contagens que se façam necessárias, tratamento

correto para os usuários que buscam formas ilícitas de não pagar tarifas

-financeiros: políticas de taxas de juros compatíveis com as disponibilidades de financiamentos, tarifas compatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários e com a necessidade de remuneração do concessionário, existência de controle inflacionário, estudos técnicos acerca da perspectiva de crescimento ou de redução da demanda. (FURTADO, 2007, 566/567).

Para a obtenção do equilíbrio é necessária uma análise de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes, através de uma comparação entre a previsão adotada na formulação das condições de execução do contrato e a execução deste de fato, de forma que o contrato deve ser revisto para ambas as partes, onerando ou desonerando. Afinal, o que se deseja, como já salientado, é uma revisão que mantenha os termos iniciais do contrato, com o intuito de evitar enriquecimento sem causa de ambas as partes. Esta regra oriunda do art. 37, XXI¹⁹, da CF possui dois objetivos claros: o primeiro condiz com uma contrapartida às prerrogativas da Administração Pública de poder alterar unilateralmente o contrato, e o segundo é garantir a continuidade do serviço público com a consequente realização do interesse público, ao fornecer esse estímulo em que são garantidas ao concessionário as condições iniciais pactuadas, até por questão de segurança jurídica. Ademais, como salientou Di Pietro, é inerente a todos os contratos (públicos ou privados) uma equivalência entre prestações, como ideal da justiça comutativa (DI PIETRO, 2012, 285).

Neste sentido, expõe Francisco Campos:

a obrigação, imposta à propriedade privada das concessionária de serviço público, de tarifas inferiores à justa remuneração a que tem direito resulta em diminuir, de modo indireto, o seu valor, e portanto, em expropriá-la de uma parte do seu valor (...). As tarifas que não corresponderem a uma justa remuneração do capital serão, portanto, tarifas confiscatórias, ainda que fisicamente ou no seu corpus em nada haja sofrido a propriedade (CAMPOS apud ARAGAO, 2008, p. 636/637).

¹⁹ **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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Observa-se que os casos de fatos previsíveis não são considerados como causa para recomposição da equação econômico-financeira, exceto se estiverem sido previstos no contrato, ou haja alguma previsão legal. Contudo, Alexandre Santos Aragão afirma que há, a princípio, um fato previsível que, em decorrência dos danos econômicos que este carrega, o torna causa para um eventual reequilíbrio econômico-financeiro: a desvalorização da moeda, que, em um período mínimo de um ano, implica o reajuste de valores. Afinal, não se pode esquecer que em todo negócio está presente a álea empresarial, e esta não pode justificar uma revisão contratual. Eis porque, caso a Administração Pública fosse responsável pelo reequilíbrio decorrente de todo e qualquer fato, mesmo que previsível, ocorreria a socialização do risco inerente à atividade empresarial com a Administração Pública, deturpando os objetivos do reequilíbrio econômico-financeiro, que são, como dito desde o início, o estabelecimento das condições inicialmente pactuadas, o que não implica dizer que nessas condições iniciais não haja nenhum risco econômico. Assim, as circunstâncias previsíveis e as circunstâncias imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou com pequenos reflexos econômicos, não podem lastrear um pedido de reajuste contratual, sob pena de estar enriquecendo a concessionária.

Nesse sentido, é importante ressaltar a diferença entre reajuste e revisão de preços, até porque o art. 18, VIII, da Lei nº 8.987/05, prevê que o edital de licitação conterá critérios para reajuste e revisão de tarifas. O termo reajuste se aplica ao reequilíbrio decorrente de fato previsível, enquanto que o termo revisão diz respeito a reequilíbrio decorrente de fato imprevisível;

Contudo, é possível que determinado fato ou conjunto de fatos seja tão danoso ao equilíbrio econômico-financeiro que seja impossível restaurá-lo. Nesses casos, o contrato deve ser extinto, via rescisão. Ressalta-se que tal rescisão é extremamente drástica, eis que sempre que possível deve-se buscar manter o contrato. Para esse tipo de rescisão dá-se o nome de desequilíbrio econômico-financeiro definitivo da rescisão.

Por fim, como as maneiras mais comuns de se legitimar um reequilíbrio econômico-financeiro são através de áleas imprevisíveis, seria interessante, ao menos, analisar algumas classificações de áleas feitas pela doutrina.

Di Pietro costuma classificar três tipos de áleas extraordinárias: a álea administrativa, que por sua vez é dividida em três subtipos (alteração unilateral do

contrato, fato da administração, fato do príncipe), a álea econômica e os casos de força maior e caso fortuito.

A álea administrativa do fato da Administração corresponde a uma ação ou omissão do poder concedente que atinge diretamente a concessão; é um inadimplemento das obrigações do poder concedente face ao pactuado no contrato de concessão. Nestes casos, é cabível uma indenização à concessionária.

No caso do fato do príncipe, estamos tratando de um ato geral da Administração que afeta o contrato de concessão indiretamente, e não de um ato do poder concedente sobre a concessão em si, como um inadimplemento, por exemplo. No caso, é um ato de autoridade geral que irá desequilibrar a equação de equilíbrio econômico-financeiro, como, por exemplo, quando se tem o aumento da alíquota de determinado tributo que incida sobre o serviço prestado. Neste caso, a Administração também deve responder pelo rompimento do equilíbrio.

Como último caso dos tipos de álea administrativa, temos a alteração unilateral do contrato. É derivado do poder da Administração Pública de alterar cláusulas de contratos unilateralmente, com intuito de observar o interesse público. Consoante alerta Alexandre Santos de Aragão, não se pode confundir tal poder com o dever de direção e fiscalização da Administração Pública, que emite ordens para cumprir o disposto no contrato pactuado. Assevera que tal distinção pode se tornar nebulosa ao analisarmos os casos em que a ordem refere-se a um cumprimento de cláusula aberta, na qual utiliza como exemplo “a prestação de serviço do serviço deve se dar sempre com a técnica mais atualizada” (ARAGÃO, 2008, p.641). Afirma o autor que, nesse caso, estamos tratando de uma alteração unilateral, pois as evoluções técnicas ao longo dos anos de uma concessão seriam imprevisíveis e a “concessionária ficaria sem proteção face ao fato imprevisível de quais serão as técnicas que, em vinte ou trinta anos, a Administração poderá lhe impor” (ARAGÃO, 2008, p. 641).

A força maior e o caso fortuito²⁰ correspondem a fato extraordinário, inevitável, imprevisível, estranho às partes; contudo, em razão dele há

²⁰ Não se procederá em tentar diferenciar os casos de força maior ou caso fortuito, pois a doutrina constantemente diverge sobre o significado desses conceitos muita vezes trocando os significados entre si. Afinal, há autores que entendem que a força maior se trataria de fato da natureza que interferiria na realização do contrato, e que o caso fortuito seria resultado de atividade humana. Opondo-se a esses autores, há aqueles que entendem que os conceitos apresentados seriam justamente o oposto, ou seja, a força maior corresponderia a atividade humana e o caso fortuito corresponderia a atividade da natureza.

impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato, de forma que ambas as partes estariam liberadas de dar continuidade, sem responsabilidade pelo inadimplemento.²¹

Finalmente temos a álea econômica, que possui características semelhantes à força maior, sendo extraordinária, inevitável, imprevisível e estranho às partes. Contudo, o fato não inviabiliza a execução do contrato, mas o torna excessivamente oneroso, devendo este apenas ser reajustado, com base na aplicação da teoria da previsão, que nada mais é que a aplicação da famosa cláusula "*rebus sic stantibus*" presente em todos os contratos de prestações sucessivas. Tal brocado é traduzido pela frase: "a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração", pois "não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir seu encargo, sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tornaram muito oneroso" (DI PIETRO, 2012, 291).

2.6 Extinção do contrato

A Lei nº 8.987/95 prevê, em seu art. 35, as diversas formas de extinção de concessão:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I – advento do termo contratual;

II – encampação;

III – caducidade;

IV – rescisão;

V – anulação; e

VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Encampação consiste em uma retomada da atividade pelo poder concedente com o objetivo de resguardar o interesse público, eis que este não é mais resguardado pela atuação da concessionária. Ela só pode ser decretada mediante lei autorizativa específica. Ressalta-se que, neste caso, não há incidência de culpa da concessionária na atuação, de forma que, em caso de encampação, a Administração deve indenizá-la.

A caducidade é a extinção do contrato pelo poder concedente em razão de inadimplemento da concessionária, sendo conhecida, também, como sanção rescisória. Para que ocorra é imperioso a instauração de um processo administrativo em que seja garantido o contraditório e a ampla defesa. Ademais, neste processo será verificada a proporcionalidade da sanção aplicada, a qual será imposta somente nos casos de descumprimento grave ou reincidência. Além dos casos de inadimplemento, o art. 38, IV, prevê ainda como causa de caducidade a perda, pela concessionária, das condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação de serviço.

Rescisão, na lei de concessões possui significado distinto da rescisão no direito civil. Conforme o art. 35, IV, da Lei n.º 8.987/95, a rescisão é a extinção de concessão através de requerimento ao Poder Judiciário em razão de inadimplemento do poder concedente. A concessionária, entretanto, somente poderá suspender a prestação de serviços após o trânsito em julgado.

Anulação é o fim do contrato de concessão devido a vícios de legalidade no próprio contrato, ou na licitação antecedente. A Administração Pública pode declarar de ofício, ou via Poder Judiciário. Esta declaração não exige devido processo legal, pois o concessionário não está sendo acusado de cometer infração alguma. De maneira geral, os efeitos da declaração são *ex-tunc*, sendo esta a justificativa para Hely Lopes Meirelles entender que não há direito a indenização ao concessionário.

Por fim, temos o fim do prazo contratual, que é nada mais que a morte natural de um contrato. Neste caso, há basicamente duas opções: pode-se prorrogar o contrato, assunto que será melhor tratado no capítulo posterior, ou deve-se reverter os bens vinculados a concessionária. Obviamente, estamos tratando dos bens relacionados à prestação do serviço. Assim, é recomendável estabelecer no contrato quais bens devem ser revertidos ou não. No que concerne à reversão, presume-se gratuita, pois os termos do contrato (capital investido, remuneração, prazo etc.) são elaborados para que a concessionária obtenha retorno de bens investidos, assim como lucro. Destarte, cabe à concessionária demonstrar que há bens ainda não amortizados, e, portanto, passíveis de indenização. Esta é a regra geral; contudo, é possível que haja caso de concessões cujos contratos prevejam um alto investimento que não será necessariamente compensado com a

remuneração da concessionária durante o prazo pactuado. Nestes casos é comum ser estabelecido no próprio edital de licitação uma indenização para esta reversão.

2.7 A competência da ANEEL em face dos presentes contratos de concessão

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é uma agência reguladora, definida como autarquia especial, sujeita a regime jurídico que lhe assegura certa autonomia em relação à Administração direta. Justamente por ser especial desfruta de tamanha autonomia²², tendo seus atos revisados apenas perante o Poder Judiciário.

Suas origens remontam à falência do Estado intervencionista, que assumia para si a exploração de atividades econômicas e, nesses casos, usava de critérios políticos, em detrimento de econômicos para atender determinados fins. Desta forma, era previsível que eventualmente a máquina pública não iria suportar tantos gastos. Com o intuito de diminuir tais gastos, o Estado passou a adotar uma postura regulatória de mercado ponderando interesses de natureza variada, tais como políticos, privados e os da sociedade. Nestes termos, expõe Leonardo Vizeu Figueiredo:

Se no modelo estatal intervencionista havia preponderância do interesse político em detrimento dos interesses privado e coletivo, no modelo estatal regulador a preocupação maior é a coexistência pacífica e harmônica com os demais interesses envolvidos (privado e coletivo), competindo aos entes reguladores garantirem a consonância destes interesses. Para tanto, o ente regulador deve atuar de forma isonômica, imparcial e apolítica. (FIGUEIREDO, 2011, p.137).

As agências reguladoras, como conclui Figueiredo, foram criadas com o propósito de regular mercados econômicos, setores de serviços públicos delegados, buscando um equilíbrio entre governo, usuários, delegatários e iniciativa privada. Tal fato é particularmente importante no setor elétrico, em que se observa a atuação de representantes de agentes públicos como os delegatários de serviço (orientados por obrigações contratuais, em certa medida realizam o interesse público), agentes privados (autoprodutores e produtores independentes que visam o lucro).

²² Ressalta-se que particularmente no caso da ANEEL, tem-se a autonomia questionada, mormente em razão de o presidente do Executivo Federal poder influenciar o colegiado da ANEEL, visto que ele é responsável pela escolha de seus diretores.

Para cumprir tal equilíbrio, a ANEEL foi instituída como autarquia sob regime especial. Ela é vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tem como finalidade a regulação e a fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, nos dizeres do art. 2º da Lei nº 9.427/96. Sendo mais específico, no sistema atual de regulação, a ANEEL acumulou poderes do poder concedente por ato de delegação previsto na própria lei que a criou, possuindo as seguintes competências, como mencionado por Clever Campos (CAMPOS, 2010, p. 45/49):

- Extinguir concessões
- Declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária;
- Declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-as diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária;
- Elaborar plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos de licitação e promovê-las, destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
- Celebrar contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como expedir os atos autorizativos
- Aplicar penalidades regulamentares contratuais
- Intervir na prestação do serviço
- Homologa reajustes e proceder revisão das tarifas, das normas pertinentes e do contrato
- Cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão
- Dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores
- Promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.
- Gerir os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente, ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;
- Fixar os critérios para cálculo do preço de transporte da energia elétrica, arbitrando seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes em conflito;
- Promover processo licitatórios para atendimento das necessidades do mercado.

Conclui-se, portanto, que a ANEEL acumulou verdadeiras prerrogativas da Administração Pública, de forma que, ao nos referimos à atuação do poder concedente, certamente estaremos tratando da mencionada agência reguladora, que é responsável, como mencionado, pela análise de pedidos de concessionárias, o que inclui, por exemplo, a análise de uma eventual prorrogação, que é submetida primeiramente a esta, e só posteriormente ao Ministério de Minas e Energia.

3 A PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES SE SERVIÇO PÚBLICO VINCENDAS EM 2015

3.1 Questões Preliminares ao Problema

Há uma série concessões do setor elétricas outorgadas até 1995, não precedidas por licitação, que foram prorrogadas com base na Lei n.º 9.074/95, a qual previa prazos máximos de 20 anos, que estão para vencer em 2015. Tais concessões envolvem 18% da geração de energia elétrica, 84% da rede básica de transmissão e 37 distribuidoras de energia elétrica das atuais 64 existentes no País²³.

Nos termos do acórdão 3012/2011 do TCU, referente ao TC-028.862/2010-4²⁴, pela leitura da lei entende-se que, em princípio, somente se admitirá uma prorrogação, que já foi concedida, restando ao poder público prestar diretamente o serviço ou realizar nova outorga, sob regime de concessão, por meio de uma prévia licitação, por força do art. 175 da Constituição Federal:

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado

A Lei n.º 8.987/95, que regulamentou esse art. 175, também conhecida como lei geral das concessões e permissões de serviço público, em seu art. 42, *caput*,²⁵ estabelece que as concessões outorgadas antes da sua vigência são válidas nos termos do prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, desde que

²³ O acórdão do TCU 3012/2011 referente ao TC- 028.862/2010-4 expõe a questão para a tomada de providências referentes a medidas a serem adotadas.

²⁴ Acórdão exarado pelo TCU que determina levantamento sobre concessões do setor elétrico vincendas a partir de 2015 no MME, ANEEL e Eletrobrás bem como elaboração de estudos e planos de ação relativos a providencias a serem adotadas.

²⁵ Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta lei.

observado o art. 43 da mesma lei²⁶. Este artigo, por sua vez, determina a extinção de todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988. Ou seja, em princípio tal artigo deveria ter sido aplicado às mencionadas concessões, porém, no mesmo dia em que foi publicada a Lei n.º 8.987, foi publicada a Medida Provisória n.º 890, que, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei n.º 9.074/95.

Tal lei, que estatui normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, estabelece, em seu art. 19, a possibilidade de prorrogação das concessões de geração de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei n.º 8.987/95. Além disso, o art. 20. da mencionada lei também possibilita a prorrogação das concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei n.º 8.987/95. Já o art. 22 da Lei n.º 9.074 igualmente afeta o art. 42 da lei geral das concessões em relação às concessões de transmissão de energia, permitindo a sua prorrogação. Por fim, o art. 17, § 5º, também permitiu a prorrogação das instalações de transmissão segundo os critérios dos arts. 19 e 22 da mesma lei.

Assim, com base nestes artigos, as seguintes concessões foram prorrogadas:

Quadro 1²⁷ – Concessões de geração vindas em 2015: hidroelétrica (H) e termoelétrica (T), em MW:

Concessionária	Potencia instalada total da concessionária MW (A)	Potência instalada cujos contratos vencem em 2015 MW (B)	% da potência cujos contratos vencem em 2015 sobre a potência total da concessionária (C) = (B)/(A)	Controle da concessionária
Chesf (H)	10.268	9.215	90%	Estatual

²⁶ Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

²⁷ Quadro retirado do acórdão 3012/2011 referente ao TC- 028.862/2010-4. (fl. 6)

Cesp (H)	7.940	5.013	63%	Estatal
Furnas (H + T)	10.426	3.482	33%	Estatal
Cemig (H)	7.210	675	9%	Estatal
CGTEE (T)	840	490	58%	Estatal
Piratinga (T)	1.275	470	37%	Privado
CEEE (H)	3.441	415	12%	Estatal
Copel (H)	4.844	270	6%	Estatal
Eletronorte (H)	8.476	76	1%	Estatal
Santa Cruz (H)	33	33	100%	Privado
Zona da Mata (H)	43	13	30%	Privado
Celesc (H)	81	12	15%	Estatal
Ceb (T)	30.000	10	0%	Estatal
DMPE (H)	9	9	100%	Estatal
Energisa (H)	40	8	20%	Privado
Codesp (H)	5	5	100%	Estatal
Quatiara (H)	4	4	100%	Privada
Total	84.954	20.206		

Quadro 2²⁸ – Concessões de transmissões vincendas (circuito)

Concessionária	Linhas de transmissão da concessionária cujos contratos vencem em 2015, em km (A)	Total de transmissão da concessionária em km (B)	Linhas de transmissão da concessionária cujos contratos vencem em 2015/ total da concessionária (C) = (A)/(B)	Controle da Concessionária
Cteep	18.026	18.794	96%	Privada
Furnas	16.545	19.253	86%	Estatal
Chesf	15.898	18.723	85%	Estatal
Eletrosul	8.502	10.006	85%	Estatal
Eletronorte	7.978	9.192	87%	Estatal

²⁸ Quadro retirado do acórdão 3012/2011 referente ao TC 028.862/2010-4

CEEE	5.218	6.056	86%	Estatal
Cemig	4.149	7.506	55%	Estatal
Copel	3.322	3.322	100%	Estatal
Celg	599	1.200	50%	Estatal
Sub-total	80.233	94.052	85%	

Quadro 3²⁹ - Concessões vincendas de distribuidoras de energia, em GWh

Ordem	Concessionária	Controle	Energia em GWh	Ordem	Concessionária	Controle	Energia em GWh
1	Cemig*	Estatal	37.477	20	CSPE	Privado	438
2	Copel	Estatal	23.525	21	DME-PC	Estatal	381
3	Celesc	Estatal	18.106	22	ELFSM	Privado	378
4	Celg	Estatal	9.344	23	ENF (ex CENF)	Privado	316
5	CEEE	Estatal	7.278	24	CPEE	Privado	277
6	CEB	Estatal	5.211	25	Sulgipe	Privado	257
7	Amazonia Energia	Estatal	4.408	26	CFLO	Privado	240
8	Ceal	Estatal	2.454	27	Cocel	Estatal	219
9	Ceron	Estatal	1.907	28	Ienergia	Privado	198
10	Cepisa	Estatal	1.894	29	CLFM	Privado	194
11	EMG (ex CFLCL)	Privado	1.296	30	Cooperaliança	Privado	143
12	Caiuá	Privado	991	31	Eletrocar	Estatal	143
13	CLFSC	Privado	877	32	Chesp	Privado	82
14	EEB	Privado	859	33	EFLUL	Privado	67
15	EDEVP (Paranapanema)	Privado	720	34	Uhempal	Privado	57
16	Eletroacre	Estatal	608	35	Forcel	Privado	38
17	Boa Vista	Estatal	502	36	João Cesa EFLJC	Privado	10
18	CJE	Privado	491	37	CER	Estadual	**

²⁹ Quadro retirado do acórdão 3012/2011 referente ao TC 028.862/2010-4

* A concessão da Cemig vence em 2016.

** Não há dados disponíveis acerca da Companhia Energética de Roraima (CER) e da Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) em virtude de não possuírem contratos de concessão assinados

19	CNEE	Privado	485	38	CEA	Estadual	**
Total GWh							121.871

Diante desse quadro, é de se ressaltar que não há posicionamento pacífico na doutrina ou uma análise por parte da jurisprudência, ao menos no setor elétrico, sobre a definição da prorrogação como uma faculdade ou um direito do concessionário. Além dessa indefinição, há o problema provocado pelo direito positivo que “emprega termos com desleixo, pouco preocupado em aplicar rigor e garantir inequívoca à linguagem que usa” (LOUREIRO, 2009, p. 131). Além disso, há a edição de novas leis que são imprecisas em definir o regime o qual modificam ou os tipos de contratos que atingem.

É o caso, por exemplo, da Lei n.º 10.848/04, que alterou a redação do § 2º do art. 4º da Lei n.º 9.074/95 e acrescentou a este artigo o § 9º³⁰, dando uma possível interpretação sobre a possibilidade de nova prorrogação dos contratos já prorrogados.

A partir da nova redação, a interpretação divergente sugeriu que as concessões de geração já prorrogadas poderiam ser novamente prorrogadas em função de § 2º tratar do período de concessões no qual se incluiria, em tese, tais contratos. Além disso, contribuiria pela obrigatoriedade da prorrogação a suposta legalidade das cláusulas contratuais que previssessem tal possibilidade, eis que o artigo 27 da Lei n.º 9.427/96³¹, o qual basicamente previa a ocorrência de “prorrogações

³⁰ §2º As concessões de geração de energia elétrica, contadas a partir desta lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta e cinco anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato podendo ser prorrogado no Máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

A redação dada pela Lei n.º 10.848/04 a esse § 2º passou a ser a seguinte:

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (Trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas no contrato.

Por sua vez, a lei impôs ao § 9º do mesmo art. 4º a seguinte redação:

§ 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória n° 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.

³¹ Art. 27. Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeira.

ilimitadas”, era vigente à época das contratações, sendo considerado como ato jurídico perfeito³².

Ocorre que, conforme ainda será demonstrado, tal interpretação divergente, que será melhor apresentada no tópico seguinte, não está de acordo com a legislação vigente e com a Constituição. Outrossim, as presentes “reproorrogações” também não encontrariam guarida legal.

O uso do verbo “encontrar” no futuro do pretérito do indicativo se justifica, pois recentemente em 12 de setembro de 2012 foi publicada no Diário Oficial da União a Medida Provisória n.º 579, que basicamente, em diversos artigos que serão melhor analisados em tópico posterior, autoriza a União a prorrogar (no caso, o melhor termo talvez fosse “reproorrogar”) as concessões já prorrogadas com fulcro na Lei n.º 9.074/95, que, inclusive, não foram precedidas de licitações. Ademais, com intuito de antecipar efeitos desta prorrogação (que seriam aplicados a partir de 2013), estabeleceu-se prazo máximo para o requerimento a ser encaminhado a ANEEL (e posteriormente encaminhado ao Ministério de Minas e Energia- MME) até 15 de outubro de 2012, sendo posteriormente divulgado pelo MME a lista de concessões prorrogadas, que inclui 60% das de geração e 100% das de transmissão³³. Por fim é de se destacar que a MP 579 foi convertida na Lei n.º 12.783/13, publicada em 14 de janeiro de 2013.

3.2 Conceito jurídico de Prorrogação

Hely Lopes Meirelles define a prorrogação de um contrato como um “prolongamento da sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores” (MEIRELLES, 2009, p. 237). Conforme o autor, a prorrogação deve ser feita mediante termo aditivo, podendo seu prazo ser inferior ou superior ao do contrato original.

A lei geral das concessões define como cláusula essencial aos contratos de concessão “as condições para a prorrogação do contrato”, nos termos do art. 23,

³² É a opinião do parecer jurídico emitido pelo escritório Maneco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia em 06 de agosto de 2007 para a ABRADÉE sobre prorrogação das concessões no setor elétrico. O parecer também foi apresentado no XIV simpósio jurídico da ABCE em 2008. Tal questão será melhor abordada posteriormente

³³ A lista das concessões está disponível em http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/Despacho_MME_-_Concessoes_Hidreletricas.pdf e http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/Despacho_MME_-_Concessoes_Transmissao.pdf (acessado em 29 de novembro de 2012)

XII, da Lei n.º 8.987/95, de forma que a prorrogação de contratos de concessão de serviço público é admissível. Ademais, tal possibilidade foi elevada a patamares constitucionais por força do art. 175 da CF, antes reproduzido.

Ainda a respeito da essencialidade da cláusula de prorrogação, expõe Bandeira de Mello:

Entre as cláusulas essenciais do contrato deve constar a previsão das condições para a sua *prorrogação* (art. 23, XII). Há de entender-se: quando admitida tal circunstância no *edital* (ainda que a lei não haja anotado dita previsão entre as disposições que “especialmente” conter-se-ão neste instrumento regulador do certame), pois, se dele nada constar ao respeito, obviamente, seria inviável qualquer dilatação do contrato, a menos que referida na minuta de contrato que integrar o edital (MELLO, 2012, p. 744).

Lucas Rocha Furtado desenvolve ainda mais o tema ao tratar das características da prorrogação, senão vejamos:

Relativamente à prorrogação da vigência da concessão, desde que prevista no edital e no contrato, é possibilidade a ser considerada nos termos e nas condições fixados no edital e no contrato. Desde que previsto no edital e no contrato, e possível, por exemplo, ser assegurado ao concessionário direito à prorrogação como forma de obter retorno de seus investimentos caso isto não tenha sido possível ao longo da vigência da concessão por razões alheias à vontade do concessionário ou em outras hipóteses previstas no contrato. A decisão de prorrogar a concessão não pode ser deixada ao mero juízo de conveniência administrativa do poder concedente. Isto representa a porta aberta para a fraude. Dever-se-ia, ao contrário, cogitar de definir no próprio contrato – ou em ato normativo editado pelo ente regulador competente – os critérios para aferir se o serviço prestado pelo concessionário ou permissionário é adequado. Nos termos da lei n.º 8.987/95, é adequado o serviço que atende aos critérios de 1) regularidade, 2) continuidade, 3) eficiência, 4) segurança, 5) atualidade, 6) generalidade, 7) cortesia na sua prestação e 8) modicidade das tarifas (FURTADO, 2007, p. 573/574).

Conforme se extrai do excerto supratranscrito, Furtado defende a prorrogação como um direito do concessionário tanto nas hipóteses de equilíbrio econômico-financeiro como em qualquer outra assinalada no contrato administrativo. É uma forma de evitar a discricionariedade do poder concedente ou o uso de critérios subjetivos sujeitos a fraude (FURTADO, 2007, p. 574). Ademais como o próprio autor citou, a lei geral das concessões já determina critérios a serem adotados pelo poder concedente no que concerne à avaliação de um serviço público adequadamente prestado e, portanto, sujeito a uma prorrogação, que, também deve estar prevista no contrato e no edital.

Arnold Wald já é mais incisivo ao entender que:

nos contratos de concessão, desde que cumpridas as obrigações assumidas pelo concessionário e, eventualmente, por ele pago um preço razoável pela prorrogação do prazo, esta deixa de ser uma simples faculdade da Administração para transformar-se num direito adquirido do concessionário, que somente pode ser afastado quando há interesse público em sentido contrário, caso no qual deverá ser paga a justa indenização (WALD, 1999, p.505).

Embora os entendimentos de Furtado e Wald sejam válidos, principalmente porque deve se evitar abusos do poder concedente, deve-se aplicá-los com extrema cautela eis que uma das características essenciais da concessão é a sua temporariedade. “A concessão é contratada sempre, então, por prazo certo, inexistindo a possibilidade, no Direito Brasileiro em vigor atualmente, de se eternizar a concessão. A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público” (ROCHA, 1999, p. 58/59).

Ainda neste sentido, a respeito da cautela quanto à prorrogação, Carmem Lucia expõe:

A prorrogação não pode mascarar uma nova concessão, para cuja outorga há que se passar pelas fases obrigatórias inclusive de escolha impessoal da concessionária, nem descontratar aquela originariamente ajustada, de tal modo que a concessionária não disponha de qualquer dos direitos inicialmente avençados. (...) Para durar além do termo inicialmente estabelecido, urge, em primeiro lugar, que a concessão tenha sido contratada segundo o Direito. Quer-se dizer com isso que a prorrogação não é formula mágica permissiva de convalidação de vícios havidos na outorga da concessão, nem se alarga no tempo futuro o que não pode existir no Direito vigente em determinado momento (ROCHA, 1999, p. 60/61).

Diante do exposto, Carmen Lúcia também afirma que a decisão de prorrogar ou não prorrogar determinada concessão não pode ser arbitrária, até porque “a lei não deixa à entidade concedente competência livre, antes estabelecendo o objetivo a ser necessariamente por ela buscado com a prorrogação – visando garantir a qualidade do atendimento dos consumidores a custos adequados”. Tal arbitrariedade seria combatida na motivação a ser apresentada pelo poder concedente ao deliberar sobre o pleito. A motivação deve lastrear-se na legislação vigente, bem como no caso concreto, ou seja, a situação da concessionária, “em seu desempenho, no interesse público concreto buscado e

comprovado nos fundamentos apresentados por aquela entidade, no princípio da razoabilidade a ser acatado estritamente na espécie em foco” (ROCHA, 1996, p. 63).

De maneira semelhante, Alexandre Santos de Aragão defende que a prorrogação somente pode ser feita pela Administração Pública, devendo estar prevista na minuta de contrato anexa ao edital de licitação, exceto nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que corresponde a direito do concessionário. Outrossim, ressalta de maneira semelhante que não há discricionariedade ampla para a Administração decidir pela prorrogação ou não de determinado contrato:

Mas não se admite uma autorização contratual vazia à prorrogação, uma carta branca à autoridade administrativa para, no fim do contrato, prorrogá-lo ou não. O contrato originário já deve prever as condições em que a prorrogação poderá ser efetivada, inclusive uma estimativa do montante dos novos investimentos a serem efetivados nessa nova fase contratual, valor da tarifa e pagamento de eventual nova outorga. Não pode haver simplesmente mera atribuição à Administração do poder de deferir ou não a prorrogação sem qualquer valor de outorga ou investimento significativo além dos previstos nos contratos originários, já que se presume que a concessão já foi totalmente amortizada no seu prazo inicial, que é o único que em princípio pode desde o início ser considerado como adquirido pelo concessionário. Seria como conferir ao administrador público a possibilidade de dar ou não ao concessionário a liberalidade de continuar lucrando com a atividade já amortizada por mais alguns anos, com despesas apenas de sua manutenção e sem pagar nova outorga. Eventual postura de agente público que opte por prorrogar concessão sem novos investimentos e sem eventual novo pagamento de outorga prévia e objetivamente estabelecidos no edital de licitação, ou com base em norma contratual em branco, que apenas preveja a possibilidade de prorrogação, ao invés de abrir nova licitação, em que poderia obter novo valor de outorga, constituiria violação ao princípio da moralidade enquadrável na Lei de Improbidade Administrativa, devendo inclusive ressarcir a Administração Pública pelo que essa deixou de ganhar com a atitude (ARAGÃO, 2008, p. 581/582)

Destarte, conclui-se que a prorrogação somente poderia ser concedida após uma prévia análise sobre a existência de vícios a condenar a concessão. Em caso negativo, deve-se verificar se a prorrogação estaria contemplada por previsão legal, bem como contratual. Feita tal análise, deve-se avaliar se a concessionária preenche os requisitos para ser concedida a prorrogação. Por fim, tais requisitos permitem concluir pela excepcionalidade da prorrogação que, em razão da própria característica, não deveria ser admitida mais de uma vez, sob pena de estar violando o dever de licitar, exposto no art. 175 da CF.

Já que não basta a mera previsão contratual para poder ser determinada a prorrogação, então é importante analisar se a base legal, ao menos aquela anterior à edição da Medida Provisória n.º 579 é suficiente, conforme alegam certos doutrinadores e agentes setoriais.

3.3 Previsões legais anteriores a Medida Provisória n.º 579/12

Como já afirmado, a Lei n.º 9.074/95 aprofundou a regulamentação da questão da prorrogação, ao menos no setor elétrico, de contratos de concessão de serviço público regidos pela Lei n.º 8.987/95.

A respeito das prorrogações já ocorridas, pode-se afirmar que o art. 19 da Lei n.º 9.074/95 foi essencial para o embasamento legal da prorrogação das concessões de energia elétrica ocorridas:

Art. 19 A união poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da lei nº 8.987 de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifestou ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta lei.

Ao analisarmos o exposto no mencionado artigo poderia se questionar a sua relevância para a questão, eis que somente se trata, nele, das concessões de geração de energia elétrica. Contudo, ocorre que o art. 17³⁴, que trata da prorrogação das concessões de instalações de transmissão, e os artigos 22³⁵ e 24³⁶, que tratam da prorrogação das concessões de distribuição, determinam que o que for aplicado às prorrogações no art. 19 é extensível aos demais serviços

³⁴ Art. 17. O poder concedente deverá definir, dentre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação da rede básica dos sistemas interligados, as de âmbito próprio do concessionário de distribuição, as de interesse exclusivo das centrais de geração e as destinadas a interligações internacionais
(...)

§ 5º as instalações de transmissão, classificadas como integrantes da rede básica, poderão ter suas concessões prorrogadas, segundo os critérios estabelecidos nos arts. 19 e 22, no que couber.

³⁵ Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da lei nº 8.987/95 poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.

§ 2º A prorrogação terá prazo único, igual ao maior remanescente dentre as concessões reagrupadas, ou vinte anos, a contar da data da publicação desta Lei, prevalecendo o maior.

³⁶ Art. 24. O disposto no §§1º, 2º, 3º, e 4º, do art. 19 aplica-se às concessões referidas no art. 22

(transmissão e distribuição), ou seja, o art. 19 acaba por se tornar norma geral que alcança as concessões de geração, transmissão e distribuição.

Desta forma, é pertinente a crítica feita a este artigo por Marçal Justen Filho:

O art. 19 foi ainda além da Lei nº 8.987, ao consagrar a prorrogação, genericamente, para as 'concessões alcançadas pelo art.42' daquele diploma. Ampliaram-se, desse modo, as hipóteses de prorrogação de concessões. É que o art. 42 continha dois núcleos normativos. O seu *caput* determinava que as concessões outorgadas antes da vigência da Lei nº 8.987 não eram afetadas pelo novo regime e permaneceriam em vigor até o final de seu prazo. O § 1º estabelecia que, atingido o termo final, seria promovida a indispensável licitação para outorga de nova concessão. Já o §2º dispunha sobre as concessões com 'caráter precário', com prazo vencido e com prazo indeterminado permaneceriam 'válidas' pelo prazo necessário à realização de nova licitação, o que não ocorreria antes de 24 meses. O art. 19 produziu, então, o despropósito de determinar a "prorrogação" por até 20 anos de todas as concessões acima referidas. Não se diga que a prorrogação abrange apenas as hipóteses do §2º do art. 42 da lei anterior. O argumento produz resultados ainda menos razoáveis, agravando defeito insuperável do aludido dispositivo. É que um dos absurdos cometidos pelo art. 42 era estabelecer que as concessões com prazo determinado extinguir-se-iam assim que atingido seu termo, enquanto aquelas em situação irregular somente poderiam ser encerradas após decorridos 24 meses. Agora, a Lei nº 9.074 pretende atribuir direitos não apenas aos titulares de concessões regulares mas também àqueles que se encontram em situação irregular (...) Enfim, é incompatível com um Estado Democrático de Direito: os privilégios concedidos temporariamente acabam por transmutar-se em eternos, através do expediente de prorrogações sucessivas e ilimitadas. Mas há, além disso, tratamento diferenciado para situações equivalentes. É que o art. 19 refere-se às situações alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987. São as concessões com prazo determinado outorgadas antes da vigência da Carta de 1988. Ora, suponha-se que uma concessão tenha sido outorgada em setembro de 1988 e outra em dezembro do mesmo ano. Aquela estaria abrangida pelo art. 19 e esta não. Apenas aquela poderá ser prorrogada. Ora, a diferenciação é destituída de cabimento (JUSTEN FILHO, 1997, p. 431/432).

Apesar das críticas plausíveis realizadas, o fato é que tal artigo autorizou a possibilidade das prorrogações para concessão de transmissão, geração e distribuição. Resta analisar se há ainda permissivo legal a autorizar uma nova prorrogação das concessões de serviço público.

3.3.1 Geração de energia elétrica

Primeiramente, é importante ressaltar que o processo de geração em vigor no Brasil possui três regimes diferenciados: o regime de autoprodução, o regime de serviço público e o regime de produção independente. O regime que interessa para esta monografia é o de serviço público, que é o dos contratos objetos do TC 028.862/2010-4 do Tribunal de Contas da União. Contudo, a diferenciação entre os regimes e suas legislações se faz necessária, eis que uma interpretação divergente e destoante da lógica do ordenamento, a ser exposta a seguir, entre os regimes e a legislação aplicável, é a base para sustentar uma possível prorrogação.

Tal interpretação surgiu com a alteração do art. 4º, § 2º, pela Medida Provisória nº144, de 11 de dezembro de 2003 que foi convertida na Lei n.º 10.848/04. Eis abaixo transcrito os artigos (anteriores à modificação e os já modificados) da Lei n.º 9.074/95 que autorizam a prorrogação de contratos de geração nos três regimes mencionados:

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica, contadas a partir desta lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta e cinco anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato podendo ser prorrogado no Máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato. **(redação antiga)**

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos. **(redação atual)**

(...)

§ 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato

Art. 19 A união poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar,

pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da lei nº 8.987 de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifestou ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta lei.

(...)

Art. 20. As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei nº 8.987 de 1995, exceto aquelas cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado.

Pela leitura dos excertos acima, conclui-se que as concessões de geração são divisíveis em três grupos temporais: concessões outorgadas antes da Lei n.º 9.074/95 (objeto desta monografia), concessões outorgadas posteriormente à Lei n.º 9.074/95 e anteriores à edição da Medida Provisória n.º 144/03, e concessões posteriores à mencionada medida provisória.

No grupo das concessões outorgadas anteriormente à publicação da aludida lei, estão inclusas concessões de serviço público de geração e as de autoprodução. No grupo das concessões de serviço público, é permissível uma prorrogação de 20 anos, como foi feito, com base no art. 19 da Lei n.º 9.074/95, ou uma prorrogação por 35 anos, nos casos de problemas na execução das obras, lastreando-se no art. 20. Ambos os artigos mencionados alcançam apenas as concessões de serviço público (ALENCAR, 2009, p. 218). Corrobora com esse entendimento o fato de tais artigos estarem na seção V: Da prorrogação das concessões atuais, isto é, das concessões cuja outorga data de época anterior a publicação da Lei nº 9.074/95.

As concessões de autoprodução e o grupo de concessões outorgados entre a edição da Lei n.º 9.074/95 e a Medida Provisória n.º 144 encontram amparo no art. 4º, § 2º, estando em seção distinta das concessões anteriores a publicação da mencionada lei, ou seja, fala-se de “novas” concessões.

A respeito desta aparente escolha interpretativa arbitrária, Dilermano Gomes de Alencar explica por que tal escolha é lógica, sem criar absurdos:

A norma acima [art. 4º§2º] informa que as concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo limitado a 35 (trinta e cinco) anos, podendo haver uma prorrogação

por até 20 (vinte) anos. Este dispositivo foi inserto quando da publicação da Lei nº 10.848, de 2004.

A primeira observação a ser feita é que a norma fala em concessões anteriores a 11 de dezembro de 2003, não mencionando, por conseguinte, a que tipo de regime alcançaria. Deve-se analisar o parágrafo em discussão juntamente com as normas contidas nos artigos 19 e 20 já mencionados na Lei nº 9.074/95. Como estes últimos tratam de concessões de serviço público de geração, é razoável concluir que esta modalidade não poderia encontrar amparo no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei 9.074/95.

A norma compreende, por conseguinte, as demais concessões de geração, isto é, qualquer concessão de geração destinada à autoprodução ou à produção independente. É nesse sentido que se afirmou que as concessões de geração outorgadas para autoprodução anteriores a 1995 não possuíam, antes de tal alteração, dispositivo legal que permitisse uma prorrogação.

A interpretação proposta talvez seja a única que possa conferir algum sentido lógico à norma e, também, que não prestigie o absurdo. Aqui, não se pode deixar de criticar o legislador por não ter sido claro quando da redação do dispositivo. Poderia ter especificado a que tipo de concessão de geração estava a se referir.

Por outro lado, ao eleger como marco o dia 11 de dezembro de 2003 (data da publicação da Medida Provisória nº 144/03), o legislador cria uma situação, no mínimo, esdrúxula. Isto porque, para as concessões de serviço público, a possibilidade de prorrogação vai até 1995; as de autoprodução, por seu turno, tiveram um prazo dilatado, qual seja, dia 11 de dezembro de 2003 (ALENCAR, 2009, p. 219).

Destarte, conclui-se que o art. 4º e seus parágrafos modificados pela Medida Provisória n.º 144/03, convertida na Lei n.º 10.848/04, não são aplicáveis às concessões de serviço público de geração e, portanto, não são base legal a permitir uma segunda prorrogação. Neste sentido, como expôs Romário de Oliveira Batista, a ANEEL já se manifestou contrariamente a essa tese ao indeferir pedido de enquadramento de subsidiárias da Eletrobrás no mencionado artigo, sendo particularmente importante ressaltar que nos casos de FURNAS, CHESF e ELETRONORTE, tais contratos de concessão de serviço público de geração foram firmados após a publicação da Lei n.º 10.848/04.³⁷

³⁷ Romário de Oliveira Batista menciona “o processo nº 48500.001096/09-04, no qual foi indeferida a solicitação da Eletronorte para que o prazo de concessão da UHE Tucuruí fosse estendido para 35 anos a partir da assinatura do contrato (em novembro/04), além da possibilidade de prorrogação por mais 20 anos, com fundamento no §2º do art. 4º da lei 9.074”.

3.3.2 Distribuição e Transmissão de energia elétrica

O principal motivo de ter unido em um mesmo tópico as questões relativas às concessões de distribuição e a transmissão centra-se no compartilhamento de certos dispositivos, que inclusive não sofreram alteração desde a publicação da Lei n.º 9.074/95, ao menos nos quesitos relacionados à possibilidade de prorrogação.

Assim, quanto à base legal da prorrogação, primeiramente se deve fazer uma distinção entre as concessões anteriores à edição da Lei n.º 9.074/95 e as novas concessões. As primeiras foram prorrogadas com base nos arts. 17 e 22, c/c o art. 19, todos da Lei n.º 9.074/95, prorrogando-as por 20 anos. No caso das novas concessões, é aplicável o art. 4º, § 3º, da Lei n.º 9.074/95:

art.4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais

(...)

§3º as concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

Diante deste quadro normativo, conclui-se que não há permissivo legal a autorizar nova prorrogação, eis que, como já afirmado, as concessões anteriores à Lei n.º 9.074/95 já foram prorrogadas por 20 anos.

Eis, em suma, quadro elaborado pelo TCU que sintetiza todas as possibilidades de prorrogação para os mais diversos regimes, lembrando sempre que o foco desta monografia está em analisar os contratos de concessão de serviço público, razão pela qual os outros regimes não foram explorados.

Quadro 4³⁸ – Síntese das possibilidades de prorrogação de concessões no setor elétrico referidas na Lei 9.074/95

Concessão	Marco Legal	Marco Temporal	Características	Prazos de prorrogação
Geração	Lei 9.074/95, art. 19	Outorgadas antes da Lei 9.074/95	Serviço Público de Geração	Prazo de até 20 anos
	Lei 9.074/95 art. 20		Serviço público de geração – obras iniciadas, porém com problemas na execução	Prazo de até 35 anos (prazo necessário para amortização)
	Lei 9.074/95, art. 4º, §2º	Outorgadas antes de 11/12/2003	Autoprodução	Prazo de até 20 anos
	Lei 9.074/95, art. 4º, §2º	Outorgadas depois da Lei 9.074/95 e antes de 11/12/2003	Produção independente	Prazo de até 20 anos
	Lei 9.074/95, art. 4º, §9º	Outorgadas depois de 11/12/2003	Autopromoção e produção independente	Não há previsão de prorrogação
Transmissão (rede básica do Sistema Interligado Nacional)	Lei 9.074/95, art. 4º, §3º	Outorgadas depois da Lei 9.074/95	Serviço público de transmissão	Passível de prorrogação por prazo igual ao da concessão originária, limitada a 30 anos

³⁸ Quadro retirado do acórdão 3012/2011 referente ao TC 028.862/2010-4

	Lei 9.074/95, art. 17, 19 e 22	Outorgadas antes da lei 9.074/95	Serviço público de transmissão	Prazo de até 20 anos
Distribuição	Lei 9.074/95 art.22	Outorgadas antes da lei 9.074/95	Serviço público de distribuição	Prazo de até 20 anos ou prazo igual ao maior remanescent e dentre as concessões reagrupadas.

3.3.3 A questão do art. 27 da Lei n.º 9.427/96

Outro argumento que é utilizado por certos agentes setoriais para embasar a possibilidade de uma “reproorrogação” seria a validade do artigo 27 da Lei n.º 9.427/96:

Art.27 Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeria.

Embora tal artigo tenha sido revogado pela Lei n.º 10.848/04, é sustentado pela ABRATE (Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica) e ABRADDEE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica) que, como para os contratos de transmissão e distribuição com termo final em 2015 vigorava o art. 27, por força do ato jurídico perfeito, a seus contratos seria garantida a prorrogação.

O curioso de tal argumentação está no fato de entes setoriais de distribuição e transmissão defenderem a prorrogação de contratos de serviço público de distribuição e transmissão, que por sua vez tem sua prorrogação condicionada ao permissivo legal exposto nos artigos 17 e 22 da Lei n.º 9.074/95. Contudo, o art. 27

da Lei n.º 9.427/96 faz somente referências expressas aos artigos 19 e 4º. Ou seja, as concessões de distribuição e transmissão anteriores à Lei n.º 9.074/95 não seriam alcançadas por tal permissivo, por estarmos tratando de artigos que se referem à geração de energia. Tal posição somente seria defensável para os contratos de concessão de serviço público de geração. Contudo, ainda nestes, não é aplicável o artigo 27.

Ressalta-se que a natureza das cláusulas contratuais que tratam sobre a vigência ou a prorrogação do contrato de concessão, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, é regulamentar:

Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo quê o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade – portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário, extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, de direito aspira é o resguardo de sua pretensão econômica.

Ocorre, isto sim, que o prazo é (tal como a tarifa) um dos elementos que concorrem para a determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá. Por isso, tanto como as demais disposições concernentes à prestação do serviço e tal como elas, também o prazo poderá ser modificado pelo concedente, extinguindo a concessão antes da fluência do período de duração inicialmente fixado, ressalvado ao concessionário simplesmente o direito de que lhe seja assegurada a manutenção da equação econômico-financeira pactuada. Como ela é expressável por um valor, respeitado este -, nada há que opor, censurar ou reclamar do Estado (MELLO, 2012, p. 743)

Desta forma, diante do exposto, em razão das prerrogativas da Administração Pública, a revogação do art. 27 da Lei n.º 9.427/96 e a natureza dos prazos contratuais permite concluir pela inexistência da mencionada cláusula de prorrogação, bem como pela inexistência de direito adquirido a esta. O STJ, como se observa, já se manifestou a respeito da possibilidade de a Administração poder extinguir a qualquer momento contrato de concessão, devendo uma prorrogação estar previstas em edital de acordo com legislação vigente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 486.369 - PR (2002/0174523-7)
RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO
AGRAVANTE: TRANSPORTES COLETIVOS GRANDE LONDRINA
LTDA
ADVOGADO : MOACYR CORRÊA FILHO E OUTROS
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE LONDRINA
ADVOGADO : ANA LÚCIA BOHMANN E OUTROS
AGRAVADO : COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E
URBANIZAÇÃO - CMTU- LD
ADVOGADO : IVO MARCOS DE O TAUIL E OUTROS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
DECISÃO

Vistos, etc.

(...)

A tutela ao interesse público se dá justamente com a realização do certame licitatório. A prorrogação do contrato administrativo somente é possível quando previsto no edital e desde que em conformidade com a legislação vigente.

(...)

Além disso, deve-se asseverar que em se tratando de contrato administrativo, tem o Poder Público o **direito de alterar e até mesmo extinguir o contrato antes de seu termo final.**

(...)

Esta supremacia do interesse público pelo interesse privado é que deve prevalecer nesta questão, em oposição ao entendimento do juiz monocrático. Restando ao particular, frise-se "ad argumentandum tantum" que para a hipótese de desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro equacionado para o contrato outro é o remédio jurídico para a sua reparação. Não se pode admitir a prorrogação do contrato justificando-a no rompimento desse equilíbrio, desrespeitando os princípios administrativos da supremacia do interesse público e da legalidade.

Este também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça, cuja ementa da lavra do E. Julgador Rosene Arão de Cristo Pereira, transcreve-se:

"Ação declaratória. Renovação ou prorrogação de contratos de concessão de serviço público. Vedação legal. Obediência ao artigo 175 da Constituição Federal. Necessidade de licitação. Impossibilidade jurídica do pedido. Confirmação do edito singular. Vedando a norma constitucional a formalização de contratos de Concessão de serviços públicos sem licitação (artigo 175, CF/88), não há como prorrogá-los no ordenamento jurídico vigente. Apelação desprovida".

Evidencia-se do exposto a impossibilidade de ser conhecido o recurso especial. A sua não admissibilidade está, portanto, harmônica com os ditames das Súmulas nº 5 e 7, conforme defende o Município de Londrina, no seu arrazoado de fls. 4364/4396.

O acórdão impugnado, com base na prova depositada nos autos e interpretando cláusula contratual, concluiu pela não admissibilidade da prorrogação do contrato de concessão existente entre parte, por inexistir previsão contratual, bem como autorização legal. A cláusula terceira do contrato foi interpretada e aplicou-se a conclusão

assumida, tudo aliado ao exame das provas colhidas. Isto posto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Intimações, necessárias.

Publique-se

Brasília (DF), 20 de março de 2003.

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

Nesta seara, é importante salientar que no acórdão 1913/2008, referente ao TC 017.456/2005-4 junto ao TCU, resta clara a posição da ANEEL e da SEFID (Secretaria de Fiscalização e Desestatização) quanto à inaplicabilidade do art. 27 da Lei n.º 9.427/96 ante a sua revogação, bem como pela necessidade de lei respaldar a validade de qualquer cláusula de prorrogação, conforme se depreende do trecho relatório do mencionado acórdão:

Quando à suposta ilegalidade da Cláusula Décima-Segunda do Contrato n.º 059/2001 Aneel-CTEEP, após a realização de diligência à Aneel (Ofício n.º 371/2005, de 21/12/2005 – fls. 20), atendida às fls. 29/46, entendeu a Unidade Técnica [Sefid], na mesma linha sustentada pela aludida Agência (fls. 29/46), que a cláusula referida, amparada à época da assinatura do contrato pelo art. 27 da Lei 9.427/96, perdeu a validade e a possibilidade de concretizar-se em virtude da expressa revogação desse dispositivo pelo art. 32 da Lei 10.848/2004.

Poder-se-ia, então, argumentar que em razão da essencialidade da cláusula de prorrogação, como já afirmado inicialmente, esta seria obrigatória. Primeiramente, em razão da natureza regulamentar da cláusula de prorrogação, tal característica por si só desobriga sua obrigatoriedade. Corrobora para tal entendimento o exposto por Romário de Oliveira Batista, que exemplifica caso legalmente expresso de hipótese em que não é admitida a prorrogação, por falta de previsão e por limitação temporal expressa, no § 9º do art. 4º da Lei n.º 9.074/95, que se aplica às novas concessões de geração contratáveis a partir de 11 de dezembro de 2003:

“As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória n.º 144 de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário a amortização dos investimentos, limitado a 35 (Trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.”

3.4 A Medida Provisória n.º 579/2012 e a “reprorrogação”

Como já demonstrado, não havia permissivo legal a autorizar nova prorrogação, devendo ser realizados, então, estudos viabilizando novas licitações das concessões mencionadas. Todavia, como comentado antes, em 12 de setembro de 2012 foi publicada a Medida Provisória n.º 579, que foi convertida na Lei n.º 12.783/13³⁹, publicada em 14 de janeiro de 2013, e se abriu a possibilidade de se prorrogar contratos de concessão do setor elétrico:

Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia elétrica alcançadas pelo art. 19 da lei n.º 9074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

§1º a prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I- remuneração por tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para cada usina hidrelétrica;

(...)

III- submissão aos padrões de qualidade do serviço fixado pela Aneel;

(...)

§7º O disposto neste artigo se aplica às concessões de geração de energia hidrelétrica que, nos termos do art. 19 da Lei n.º 9.074 de 1995 foram ou não prorrogadas, ou que estejam com pedido de prorrogação em tramitação”

Art. 6º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo §5º do art. 17 da Lei n.º 9.074 de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

Art. 7º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22 da Lei n.º 9.074 de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.

Como se depreende da leitura acima, os artigos afetados pela medida provisória são justamente aqueles nos quais estão enquadradas as concessões

³⁹ Não houve alteração significativa da redação dos dispositivos criticados e transcritos neste trabalho

vincendas em 2015, ou seja, está se autorizando uma nova prorrogação de contratos já prorrogados. Isto claramente fere a temporalidade, característica essencial dos contratos de concessão, ressaltada pela Ministra Carmen Lúcia.

Ora, tais concessões são anteriores inclusive à própria Constituição, tendo seu prazo sido regulamentado pelo Decreto n.º 41.019, de fevereiro de 1957, o qual, em seu artigo 79, estabelece prazo de 30 anos para qualquer concessão de serviço de energia elétrica:

Art. 79 As concessões de serviços de energia elétrica, para quaisquer fins, serão dadas pelo prazo normal de 30 anos.

Desse modo, desconsiderando que elas possam ter sido outorgadas por tempo maior e sendo renovadas pelo prazo de 30 anos, até 1995, data em que foram prorrogadas, já havia 30 anos de concessão, e, portanto, em 2015, tais concessões chegarão à marca dos 50 anos, e através deste novo permissivo legal elas poderão chegar a 80 anos, ou seja, quase um século de duração de um contrato que em sua essência é temporário. Ousamos dizer que poderíamos falar de uma transferência de fato do serviço público objeto da concessão, nos melhores dizeres de Carmen Lúcia.

A questão da temporariedade ressaltada pela ministra acaba por revelar o quão periclitante pode ser a prorrogação para o ordenamento jurídico que claramente elegeu a licitação como meio de realização dos contratos administrativos os quais, por sua vez, intervêm profundamente nos domínios econômicos e sociais. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro resalta o quão excepcional deve ser a prorrogação em razão da supremacia do princípio da licitação, fazendo uma crítica contundente à Lei n.º 9.074, crítica esta que certamente é aplicável à presente medida provisória.

A rigor, a própria lei deveria conter esses critérios [adotados para prorrogação] para evitar burla à exigência de licitação, constante do art. 175 da Constituição Federal. Como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos. De outro modo, a prestação do serviço poderá ficar indefinidamente nas mãos da mesma empresa, burlando realmente o princípio da licitação. Por isso mesmo, parecem de constitucionalidade bastante duvidosa as normas da Lei n.º 9.074 que permitem prorrogações por longos prazos, sem que haja qualquer

indicação dos critérios que norteiam o legislador; é o caso do art. 4º§§ 2º e 3º, da Lei nº 9.074, que limita o prazo das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica ao necessário à amortização dos investimentos, limitados a 35 e 30 anos respectivamente; no entanto, paradoxalmente, permite a prorrogação por igual período, ‘ a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato. Mais gritantes são as situações tratadas nos art.s 19 a 25, que cuidam da ‘prorrogação das concessões atuais’, porque, se existem contratos anteriores à vigência da lei que não previa a prorrogação, não se pode autorizá-la por meio de lei, pois, desse modo, está se passando por cima da exigência de licitação. (DI PIETRO, 2011, p. 114/115).

Como ficou bem destacado pela jurista, o princípio da licitação foi amplamente violado com a edição desta medida provisória, existindo, ainda, outras violações perpetradas por esta MP.

3.4.1 Violações e efeitos indesejados da Medida Provisória n.º 579

Antes de demonstrar as demais violações materiais provocadas pela medida provisória, ressalta-se que esta possui um vício formal quanto à regulamentação da matéria. E isto porque o artigo 246 da Constituição Federal⁴⁰ veda a adoção de medida provisória em regulamentação de artigo constitucional alterado por emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 12 de setembro de 2001. Ora, é justamente isso o que acontece, pois a medida necessariamente regulamenta o art. 21 da Constituição Federal que trata sobre a exploração direta ou indireta de serviços de energia elétrica, e que foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995.

Inicialmente poderia se dizer que, no caso de impetração de uma ação direta de inconstitucionalidade em razão do vício formal, a conversão em lei poderia suprir esse vício. Esse, inclusive era o entendimento do STF até então, tanto que em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n.º 3090 MC/DF, o ministro Joaquim Barbosa considerou a ação prejudicada, eis que a Medida Provisória n.º 144 (objeto da ação) havia sido convertida em lei. Nesta ação, o vício formal da MP n.º 144 é o mesmo da MP n.º 579, isto é, a violação ao art. 246 da Constituição Federal.

⁴⁰ Art. 246 é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

Contudo, por nove votos a dois, o STF rejeitou a preliminar de perda do objeto em face da conversão da medida em lei, pois os vícios formais da medida provisória poderiam contaminar a lei. O ministro Gilmar Mendes, relator inicial do processo, votou no sentido de que a promulgação de lei de conversão não prejudicaria a análise de vício formal.

O julgamento ainda não foi concluído, consoante se depreende da página de acompanhamento no sítio eletrônico do STF; todavia, certamente, caso se proponha judicializar as controvérsias provocadas pela medida provisória ⁴¹, tal vício poderá ser analisado independentemente da recente conversão, se o STF mantiver seu posicionamento é claro.

No que tange às violações materiais e outros efeitos indesejados, elas estão atadas às próprias indagações da aplicação temerária da prorrogação. Tais questões são levantadas por Marçal Justen Filho, que demonstra ainda mais que a prorrogação deve ser considerada uma exceção a ser aplicada em casos específicos.

Primeiramente, é de se ressaltar que o autor, de maneira semelhante ao exposto por Di Pietro, considera que a prorrogação somente seria admissível como instrumento de recomposição da equação econômico-financeira do contrato, e caso não fosse admitida pelo poder concedente constitui, então, direito do concessionário obter indenização equivalente a tal recomposição, que se daria mediante pagamento em espécie, ou com uma correspondente elevação das tarifas cobradas durante o período remanescente da concessão ainda não prorrogada (JUSTEN FILHO, 2012, p. 770). Para o doutrinador, a prorrogação se configura como expectativa, não gerando direito adquirido. Ademais, além da previsão no edital e no contrato, seria também necessária previsão legislativa.

Obviamente, como já mencionado, a grande violação observada é a da obrigatoriedade de licitação exposta no artigo 175 da Constituição Federal, que necessariamente também traduz uma violação a isonomia:

O ponto de partida é a regra constitucional que subordina a outorga de concessão ou permissão à prévia licitação. O dispositivo, tal como reiteradamente apontado, destina-se a proteger o princípio da isonomia quanto assegurar contratações vantajosas para o Estado

⁴¹ O senador Aécio Neves, em entrevista a Valor Econômico, propõe a judicialização da questão – [Http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=776936&t=1](http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=776936&t=1) (acessado em 29 de novembro de 2012)

(...) Afinal, se os contratos pudessem perdurar indeterminada ou indefinidamente, haveria ofensa ao princípio da isonomia. É que o sujeito contratado pelo Estado passaria a ser titular de uma situação permanente, compatível com a própria concepção republicana. Se um único sujeito será reiteradamente contratado pelo Estado, isso somente pode justificar-se em face da demonstração de que a sua proposta é a mais vantajosa, com plena oportunidade de outros particulares competirem (JUSTEN FILHO, 1997, p. 270).

Como se observa, através da prorrogação está se desrespeitando a isonomia em razão de criar uma situação diferenciada e mais benéfica sem uma justificativa plausível para o concessionário, que poderá manter-se como tal lucrando com uma atividade em que muitos bens já estão depreciados. Afirma-se tal fato categoricamente porque o prazo da concessão simples (sem a previsão de prorrogação) é elemento para equação econômico-financeira, pois é levado em consideração conjuntamente com outros fatores, tais como a tarifa, com intuito de forma a garantir uma remuneração equivalente aos investimentos do concessionário e a conseqüente depreciação de bens. Com a alteração do prazo, beneficia-se, uma entidade, sem justificativa para tal benefício, dando-lhe, portanto, tratamento diferenciado do de outras entidades.

A conseqüência desse tratamento diferenciado, sem justificativa plausível, implica na conseqüente violação do princípio da moralidade. Afinal, ao serem estabelecidas as condições em uma licitação, os interessados, ao apresentarem suas ofertas, o fazem calculando o prazo simples constante do edital. As condições na licitação também são calculadas com base nesse prazo, e, portanto, a possibilidade prorrogação “a critério do poder concedente” permite uma “benesse que o Estado concede a quem lhe for simpático” (JUSTEN FILHO, 1996, 403). Isto é, age de maneira imoral.

Por fim, viola o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois é evidente que a não realização de licitação nega a possibilidade de existência de uma proposta mais vantajosa. Afinal, se o concessionário atual de fato for o detentor da melhor proposta, ele certamente irá vencer o certame realizado. A argumentação de que a manutenção de um concessionário que em tese seria considerado “bom” para a continuidade do serviço público corresponderia à realização de interesse público, além de falaciosa, possui um aspecto interessante a ser analisado. Tal falácia é facilmente comprovada, pois o próprio certame licitatório seria capaz de eliminar os concorrentes “aventureiros”. Afinal, bastaria o edital estabelecer condições mínimas

e rígidas de participação. Ademais, se a prorrogação seria o alongamento do prazo da realização de um contrato que, obviamente, foi assinado em uma realidade distinta da realidade do término do prazo deste, até por força da longa duração deste contrato, é controverso se esta prorrogação estaria de fato realizando o interesse público a que se propõe. Este, inclusive, é um dos argumentos de Marçal Justen Filho desfavoráveis a prorrogação:

De resto, a ponderação ao interesse público apenas pode conduzir à realização de nova licitação, onde seja possível adequar as condições do contrato a nova realidade. Não há como contrapor que as condições de satisfação do interesse público possam ser as mesmas, após o decurso de trinta anos. Os objetivos a atingir, os melhoramentos e a evolução do serviço terão apresentado tamanha alteração de configuração que será impossível defender a renovação de um contrato firmado décadas antes (JUSTEN FILHO, 1996, p. 404).

Ainda quanto à indisponibilidade do interesse público, a prorrogação pode muitas vezes escamotear fato ainda mais perverso. Sob a argumentação de estar realizando interesse público prorrogando os contratos, estaria na verdade promovendo a realização de interesse público secundário. Afinal, tais contratos certamente são rentáveis, principalmente após terem bens já devidamente depreciados, e, como se observa na tabela, a maioria das concessões vincendas em 2015 possuem controle majoritariamente estatal. Obviamente, tal tipo de acusação é extremamente séria, contudo não se pode descartar a possibilidade de estar se realizando interesse público secundário, que poderia ser facilmente descartada no caso da realização de licitação.

A prorrogação acaba, ainda, por se revelar como alternativa mais onerosa à Administração, embora a justificativa utilizada para a edição da medida provisória tenha sido a de promover a modicidade tarifária e a continuidade do serviço público.⁴² No que diz respeito a continuidade do serviço público, nada impede que o concessionário atual continue prestando o serviço, enquanto que o vencedor do certame licitatório não assuma (obviamente irá manter o serviço em caráter precário e nas condições tarifárias do vencedor do certame). Ademais, caso aquele não

⁴² Além da modicidade tarifária, a medida se propõe a garantir o suprimento de energia elétrica, bem como tornar o setor produtivo mais competitivo (a exposição de motivos está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Exm/EMI-37-MME-MF-AGU-MPv-579.doc (acessado em 28 de novembro de 2012)).

possua interesse na continuidade na prestação, a Administração Pública pode assumir diretamente a execução, pelo tempo necessário à assunção do serviço pelo novo concessionário⁴³.

A respeito da onerosidade expõe Marçal Justen Filho que, ao se aproximar do término de uma concessão, é presumível que os investimentos do concessionário já foram amortizados, até porque as tarifas são fixadas de forma a garantir a amortização dos investimentos. Ela certamente também permitiu algum lucro ao concessionário, sendo plausível concluir, assim, que “a manutenção do antigo concessionário, com a antiga tarifa, representa ampliação da margem de lucro do particular. Ele manterá a mesma remuneração, mesmo tendo absorvido todos os desembolsos” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 403).

Poder-se-ia argumentar que particularmente no caso específico das concessões no setor elétrico a medida provisória condiciona a futura prorrogação à aceitação expressa de remuneração tarifária a ser calculada pela própria ANEEL, além da submissão aos padrões de qualidade da agência reguladora⁴⁴. Isto reduziria

⁴³ É inclusive a previsão que o art. 9º da questionada MP, ao tratar de processo licitatório:

Art. 9º Não havendo a prorrogação do prazo de concessão e com vistas a garantir a continuidade da prestação do serviço, o titular poderá, após o vencimento do prazo, permanecer responsável por sua prestação até a assunção do novo concessionário, observadas as condições estabelecidas por esta Lei.

§1º Caso não haja interesse do concessionário na continuidade da prestação do serviço nas condições estabelecidas nesta Lei

⁴⁴

Eis os principais dispositivos no que refere-se as condições de prorrogação:

Art. 1º A partir da publicação desta Medida Provisória, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I - remuneração por tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL para cada usina hidrelétrica;

II - alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, a ser definida pela ANEEL, conforme regulamento do poder concedente; e

III - submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL.

Art. 6º A partir da publicação desta Medida Provisória, as concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I - receita fixada conforme critérios estabelecidos pela ANEEL; e

II - submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL.

ou afastaria a onerosidade da prorrogação⁴⁵. Também contribui para esse argumento as revisões constantes promovidas pelos diversos ciclos de revisão tarifária de distribuidoras promovidos pela ANEEL⁴⁶.

Não obstante, tal justificativa não elimina a necessidade de licitação, e não nos referimos à sua obrigatoriedade jurídica, mas sim ao fato de a licitação ainda se revelar como a opção menos onerosa. Afinal, “a imposição de novos deveres ao concessionário como contrapartida da prorrogação não elimina uma questão fundamental. Trata-se de definir se um terceiro não formularia proposta ainda mais vantajosa para obter a concessão” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 404).

Dessa forma, se o contrato de concessão de serviço público em seu aspecto econômico é composto por dois elementos: a tarifa a ser paga pelos usuários e o preço da outorga a ser pago à Administração, será que não se poderia realizar licitação em que a Administração utilize dos mesmos critérios utilizados para condicionar a prorrogação dos mencionados contratos como critério mínimo para o ingresso no certame licitatório? Evidentemente que sim. Assim, além de ser possível satisfazer as condições estipuladas na medida provisória, seria possível conseguir acordos mais benéficos para a Administração, e, portanto, menos onerosos, ao menos em potencial. Neste caso, no pior dos cenários⁴⁷, o atual concessionário iria vencer o certame e estaria definitivamente provado que sua proposta é a mais benéfica.

⁴⁵ Talvez o termo prorrogação não seja o mais apropriado, devendo se falar então em renovação que é definida por Hely Lopes Meirelles como “a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial.” A finalidade seria a manutenção da continuidade do serviço público, contudo a contratação direta, como se pretende a Administração através da medida provisória editada é exceção, devendo ser feita através de licitação com observância a todas as formalidades legais.

⁴⁶ Atualmente estamos no 3º ciclo de revisão tarifária de distribuidoras, promovido pela ANEEL, ele tem como objetivo a adequação das tarifas ao equilíbrio econômico financeiro do contrato. Existem três tipos de revisão promovida pela ANEEL: reajuste tarifário, revisão tarifária periódica e revisão tarifária extraordinária.

⁴⁷ A título demonstrativo de onerosidade, Carlos Cavalcanti, diretor do departamento de infraestrutura da FIESP apresentou, na Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da FIESP realizado em 27 de agosto de 2012, cujo tema era se é constitucional a nova prorrogação das concessões no setor elétrico, modelo hipotético de licitação lastreando-se em dados divulgados referentes a licitação de algumas usinas recentemente, no qual criou modelo de usina de referencia hipotética, e provou que a longo prazo (usando um prazo hipotético de concessão por 35 anos, até porque a apresentação foi realizada antes da edição da medida provisória) a licitação é menos onerosa. A apresentação pode ser visualizada através do site http://www.fiesp.com.br/wp-content/uploads/2012/08/transparencias_reuniao_conjur_27_08_12_-_carlos_cavalcanti.pdf

Neste sentido, a FIESP encabeçou a campanha denominada “energia a preço justo” na qual se demonstrava contrária à prorrogação das concessões⁴⁸, em razão de sua onerosidade. Contudo, após a promulgação da Medida Provisória n.º 579, a entidade passou a apoiar a conversão da MP em lei em razão das supostas reduções do valor da tarifa, que são as condicionantes da nova prorrogação⁴⁹.

Apesar do posicionamento favorável à MP, o documento em que a FIESP sinaliza a sua posição, encontrado no próprio sítio eletrônico (assinado no dia 15 de agosto de 2011) da campanha “energia a preço justo”, traz um dado importante referente à onerosidade da prorrogação pura, sem as condicionantes de redução de tarifa existentes da atual medida provisória⁵⁰.

No documento, a FIESP afirma que o preço médio de energia praticado pelas usinas vincendas e já amortizadas é de R\$ 90,98/MWh, embora o custo médio de sua produção seja de R\$ 6,80/MWh. A justificativa para tal discrepância seria que a maior parcela a compor esta tarifa seria relativa a valores referentes à amortização de investimentos necessários à construção da usina. De acordo com a própria FIESP, o impacto médio referente à amortização é de 75% no preço da geração da energia, afirmando que baseou seu cálculo em números públicos referentes a leilões recentes como os de Santo Antonio, Jirau, Belo Monte e Teles Pires.

Conforme a FIESP, tais usinas, que estão sendo construídas por consórcios de investidores privados e públicos, possuem uma previsão de preço médio ponderado de R\$ 83,56/MWh, fixo por 35 anos. Ressalta-se que em tal valor está incluso o custo para amortização dos investimentos e o valor final, após o desconto do custo de amortização, cai para R\$ 20,69/MWh, pois após o término do prazo da concessão é obrigatória a reversão dos ativos a União e a realização de nova licitação em que o preço não conterà bens já devidamente amortizados.

Por fim, a redação da medida provisória em seus dispositivos que permitem a prorrogação peca ao usar a expressão “a critério do poder concedente”,

⁴⁸ A revista exame no dia 15/08/11 a entidade expos sua posição (<http://www.exame.abril.com.br/meio-ambiente-e-energia/noticias/fiesp-promete-ir-ao-stf-contra-prorroacao-de-eletricas>) (acessado em 28 de novembro de 2012).

⁴⁹ O novo posicionamento foi noticiado na revista exame (<http://www.exame.abril.com.br/economia/noticias/fiesp-defende-aprovacao-da-mp-do-setor-eletrico>) (acessado em 28 de novembro de 2012).

⁵⁰ O documento pode ser acessado através da página http://www.energiaaprecojusto.com.br/arquivos/publicacao_energia.pdf (acessado em 20 de outubro de 2012).

pois permite uma ampla discricionariedade que não é inerente ao processo deliberatório da prorrogação. Deveriam “ser indicados os fundamentos objetivos da decisão estatal. A expressão “a critério do poder concedente” não significa “sem critério algum” nem ‘segundo qualquer critério’. Só há um único critério juridicamente possível de ser acatado: o do interesse público” (JUSTEN FILHO, 1996. p. 405). E isso porque, embora a prorrogação não seja um direito adquirido do concessionário, ela também não pode ser “carta branca” ao poder concedente, sob pena de estar se permitindo a ocorrência de abusos. A Lei n.º 8.987/95, inclusive, em seu artigo 6º estipula critérios a serem observados na prestação do serviço público que deve ser adequado. Tais critérios são: regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade nas tarifas. Disto resulta que uma prorrogação poderia ser concedida⁵¹, caso haja interesse público e tais requisitos estejam preenchidos. Certamente, a modicidade tarifária não está preenchida, em razão da onerosidade demonstrada na prorrogação.

3.4.2 Outros argumentos a justificar a possibilidade de prorrogação

Uma justificativa curiosa e utilizada a justificar a possibilidade jurídica da prorrogação é a defendida por Floriano Azevedo Marques Neto, em parecer emitido para a ABRADÉE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica), pois parte da premissa, de que a prorrogação anterior não seria uma prorrogação propriamente dita, mas sim uma repactuação advinda da reestruturação regulatória do setor, a partir do ano de 1995 (MARQUES NETO, 2007, p. 25/26). Estaríamos falando de repactuação, pois nas que ocorreram antes de 1995 as delegações eram realizadas através de atos unilaterais de outorga, e desta forma não existia um contrato formal. Na concepção, do autor, não se poderia falar em prorrogação, pois as prorrogações anteriores constituiriam na verdade “a dilação temporal da relação de outorga (concessão) de modo a permitir o alinhamento e a uniformização das concessões dentro de um marco regulatório novo” (MARQUES NETO, 2007, p. 26). Assim, através da repactuação estaríamos inaugurando relações inéditas, de forma que as cláusulas de prorrogação seriam válidas, pois o contrato não foi objeto de prorrogação inicial (MARQUES NETO, 2007, p. 27). Como não houve prorrogação,

⁵¹ Excetuando-se os casos de equilíbrio econômico financeiro do contrato, em que a prorrogação é parte da equação, pois trata-se de direito do concessionário.

não haveria óbice à realização de “nova prorrogação”, pois o obstáculo que proíbe mais de uma prorrogação teria sido superado.

Ainda que considerássemos correta a premissa defendida por Floriano Marques Neto, então não poderia ter ocorrido a primeira prorrogação dos mencionados contratos de concessão vencidos em 2015, pois se o objetivo era a “uniformização das concessões dentro de um marco regulatório novo”, tal marco regulatório novo exige licitação, como se depreende do próprio artigo 175 da Constituição. A Lei n.º 8.987/95, inclusive, em seu art. 42, respeita tal mandamento, assim como respeita o princípio da temporalidade das leis. Afinal, “a outorga de concessão constitui ato jurídico perfeito, cujos efeitos se prolongam, no tempo, mesmo que uma nova lei venha a ser adotada” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 369). Portanto, as concessões deveriam ter permanecido válidas até a sua extinção, não se admitindo uma prorrogação, conforme preconiza o art. 42 da Lei n.º 8.987.

A atual prorrogação permite que contratos já viciados, prolonguem seu tempo de existência. Dizem-se viciados porque a primeira prorrogação havida igualmente violou princípios já citados, em razão de permitir a manutenção de contratos que não foram licitados em sua origem, fato que deve ser combatido nos mesmos termos que o STF fez ao julgar lides em que ocorreram outorgas de concessões estaduais sem o devido processo licitatório. Tal fato é exposto por Hely Lopes Meirelles, ao lecionar sobre as características da prorrogação do contrato:

No caso de delegação de serviço público, o STF considerou inconstitucional norma estadual que prorrogava outorgas vencidas ou concedidas em caráter precário, ou que estiveram em vigor por prazo indeterminado, além do prazo razoável para a realização do devido procedimento licitatório (ADI 3.521-5, rel. Min. Eros Grau, RT 681/95). O mesmo STF, em Sessão Plenária, no AgRG 89-9-PI, rel. Min Ellen Gracie, concedeu tutela antecipatória para invalidar medida que prorrogou contrato de concessão de transporte coletivo sem o devido procedimento licitatório (RT 871/137). (MEIRELLES, 2009, p.237).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto na introdução deste trabalho monográfico, buscou-se analisar, ainda que de maneira não tão aprofundada, a possibilidade jurídica de prorrogação do seletivo grupo de concessões de serviço público de energia elétrica vincendos em 2015. Foram discutidos conceitos importantes para a compreensão da temática, como a destinação jurídica dada à energia elétrica, que poderá ser prestada como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, assim como o regime de serviço público e demais princípios aos quais a Administração Pública está compelida a respeitar em sua atividade prestacional.

Além do mais, foram explicitados certos aspectos técnicos concernentes à aplicação de Lei nº 8.987/95, que disciplina a concessão de serviço público mencionada no art. 175 da CF, tais como as modalidades de licitação a serem adotadas, os direitos do concessionário face aos poderes da Administração Pública, um detalhamento maior dos direitos do concessionário, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, as modalidades de extinção do contrato de concessão e a atuação da ANEEL como gestora desses contratos, através de delegação advinda da Lei n. 9.427/96.

Adentrando-se na questão da prorrogação, anteriormente à edição da Medida Provisória nº 579, apesar da aparente confusão interpretativa do conjunto de normas, tais como a sugestão de validade do revogado artigo 27 da Lei nº 9.427/96 que sugeria a possibilidade de prorrogação eterna, ou a aplicação do modificado § 2º do art. 4º Lei n.º 9.074/95 que, como já discutido, não se aplica às concessões de serviço público, pois os dispositivos que tratam destas estão em seção diferente do mencionado artigo. Ademais, é conclusivo que este dispositivo trata dos casos de produtores independentes e autoprodutores que não possuíam referência específica quanto a prorrogação na mencionada lei, enquanto que os prestadores de serviços públicos já possuíam referências na seção "Das prorrogações das concessões atuais". Assim é considerado desarrazoável haver dois dispositivos que tratam do mesmo assunto em seções diferentes que se referem ao mesmo tipo de delegação negocial. Desta forma, estava claro que a alternativa era licitar, em razão da impossibilidade de se prorrogar por ausência de previsão legal, em especial por força do art. 175 da CF, que exige licitação para a concessão de serviços públicos.

Pelo exposto, observa-se que, ao editar a Medida Provisória nº 579 e posteriormente convertê-la em Lei, a Administração Pública está oficializando a violação de diversos institutos caros ao Direito Administrativo. Acaba por desvirtuar o próprio conceito de concessão, que necessariamente está atrelado à temporariedade de seus contratos, e finda por realizar aquela condição a que Carmen Lucia se referiu com temor: a transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.

Ademais, se o principal objetivo a ser atingido pela medida é a modicidade tarifária (pois a prorrogação seria realizada mediante aceitação expressa de tarifa a ser calculada pela ANEEL), esse objetivo, como exposto, seria melhor atingido através de licitação. Esta permitiria que fossem estipuladas, em seu edital, condições mínimas para o certame, levando a uma saudável concorrência entre os interessados, e, certamente, reduzindo ainda mais a tarifa proposta, além de permitir, como benefício, um valor de prêmio de concessão ainda maior.

Assim, observa-se com bastante preocupação o fato de não haver, na mídia e na opinião pública, questionamentos relativos à constitucionalidade da prorrogação em si. Os questionamentos cingem-se a discutir os efeitos da prorrogação e questões procedimentais, o que não implica dizer que não haja vozes dissidentes que condenam a prorrogação em razão desta não estar de acordo com o atual quadro constitucional brasileiro. Contudo, parece que tais vozes não ecoam satisfatoriamente, de modo a trazer a questão para um público maior. Neste sentido, é lamentável a mudança de posição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, a ponto de alterar a campanha “energia a preço justo”, que era favorável à realização de novas licitações, passando a ser favorável à MP n.º 579. A FIESP, em razão de sua força política, certamente poderia dar maior visibilidade a tais violações.

A importância dessa discussão está em exigir que a Administração Pública apresente justificativa plausível para a violação dos princípios expostos ao longo deste trabalho. Já na exposição de motivos da MP n.º 579 mencionou-se, de forma genérica, que o que se visava, com a prorrogação, era a modicidade tarifária, sem se explicar, porém, porque o melhor caminho para se obter esse desiderato era a prorrogação, em detrimento de uma licitação.

Ressalta-se, contudo, que o presente trabalho não pretende concluir que a licitação necessariamente deve ser realizada. Afinal, a atuação da Administração

deve visar sempre à realização do interesse público, o que envolve a análise de aspectos jurídicos, políticos e econômicos. Corrobora com tal entendimento o fato de Marçal Justen Filho explicar que a expressão “a critério do poder concedente” traduz-se em que o único critério a ser realizado é o do interesse público. Destarte, em nome da realização da supremacia do interesse público, os princípios violados poderiam ser afastados, em razão de uma justificativa maior que estaria efetivamente realizado o interesse público, concluindo pela realização da prorrogação, já que, a submissão às restrições impostas por estes princípios tem como fim último a realização do interesse público.

Contudo todos esses aspectos têm que ser analisados com extrema cautela, pois não pode a Administração Pública lastrear-se em argumentação genérica de suposto cumprimento de interesse público para justificar uma série de afastamentos de princípios tão caros à nossa ordem jurídica.

No entanto, como já mencionado, a Administração Pública não logrou êxito a demonstrar satisfatoriamente o porquê de a prorrogação ser melhor realizadora dos princípios referentes ao serviço público que a licitação, a qual, por ser a regra geral e uma manifestação da realização desses princípios, é presumidamente a melhor opção, em especial no presente caso das concessões vincendas em 2015, pois estas, como já afirmado, nunca foram licitadas.

Neste sentido, é importante reconhecer que o obstáculo da obrigatoriedade de licitação a ser transposto pela prorrogação seria reduzido caso houvesse uma emenda constitucional criando exceções, no setor elétrico, ao exposto no art. 175 da CF.

Por fim, no contexto do desenvolvimento do presente trabalho monográfico, ainda ocorrem discussões acaloradas sobre o futuro desses contratos de concessão, bem como sobre os efeitos da Lei n.º 12.783/13. No ambiente político, vozes discordantes ventilaram a possibilidade de recorrer ao STF arguindo a inconstitucionalidade da lei, quando esta ainda era MP. O fato é que o STF, ainda em 2006 na ADI 3521, já se manifestou sobre a nulidade de contratos de concessão de serviço público, em que estava ausente o certame licitatório. Dessa forma, nada impede que a Corte, uma vez acionada, venha a discutir a constitucionalidade material e formal das normas insertas na Lei n.º 12.783/13, por representarem claro e evidente desacordo com o conteúdo do art. 175 da CF e com os princípios regentes da Administração Pública. Resta, assim, aguardar o desfecho deste

imbróglio para melhor analisar as consequências da lei, embora não haja motivo que justifique eventual otimismo quanto a uma possível reviravolta no tratamento do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Dilermano Gomes de. *Marco legal referente às prorrogações do setor de energia elétrica*. IN: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais**. Brasília: ANEEL: UNB, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BATISTA, Romário de Oliveira. *Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no setor elétrico sem licitação: verdades, meias verdades e pontos para reflexão*. IN: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos Institucionais, regulatórios e socioambientais**. Brasília: ANEEL: UNB, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMPOS, Clever M. **Curso básico de direito de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte, 2012.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher, **Constituição, energia e setor elétrico**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Prorrogação das concessões**. In: SIMPOSIO JURIDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília. Parecer emitido pelo escritório Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo Marques Advocacia em 06 ago. 2007. p. 18-19, 23, 27, 42-43.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de direito da energia: da história, Tomo I**. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011.

WALD, Arnold. *Da Necessidade Legal e Econômica de Prefixação das Condições Financeiras da Prorrogação do Prazo das Concessões do Serviço Móvel Celular*. In: **Boletim de Direito Administrativo**, V. 15, n. 8, p. 501-515, ago. 1999.

Legislação

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Lei n. 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/L8987cons.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Lei n. 9.074, de 13 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 (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Dispões sobre a comercialização de energia elétrica. Altera as Leis n^{os} 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.047, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho

de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Lei n. 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis n^{os} 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 março de 2004; revoga dispositivo da Lei n^o 8.631, de 4 de março de 1993, e dá outras providencias. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/l12783.htm (acessado em 15 de janeiro de 2013).

BRASIL. Medida Provisória n. 579, de 11 de setembro de 2012. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Decreto n. 41.019 de 26 de fevereiro de 1957. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm (Acessado em 29 de novembro de 2012).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (acessado em 29 de novembro de 2012).