

VI Prêmio DEST Monografias – Empresas Estatais

**POSSIBILIDADE JURÍDICA PARA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE
TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA AS SOCIEDADES DE
ECONOMIA MISTA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO – ANÁLISE DA
ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS SA**

2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I	5
1 SERVIÇO PÚBLICO E CONCESSÕES	5
1.1 Conceitos e características do serviço público.....	6
1.2 Concessão de serviço público	10
CAPÍTULO II	24
2 EMPRESAS ESTATAIS E O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	24
2.1 Caracterização das empresas estatais no campo dos serviços públicos...	26
2.2 Setor elétrico brasileiro: Marcos regulatórios e o arcabouço legal	35
2.3 Concessão de energia elétrica	37
2.4 O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos – a ANEEL como órgão regulador do SEB	41
CAPÍTULO III	45
3 FIM DAS CONCESSÕES EM 2015 E O ENTRAVE DAS PRORROGAÇÕES	45
3.1 Fundamentação legal ao tema das prorrogações no setor elétrico	46
3.3 Análise do contrato de concessão de transmissão da Eletrosul em comparação à legislação setorial.....	53
3.4 Exame atual ao tema das prorrogações das concessões no setor elétrico brasileiro e o posicionamento de alguns agentes setoriais	62
3.5 Uma crítica às legislações do setor elétrico e o campo das concessões....	69
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUÇÃO

A energia elétrica constitui um importante segmento capaz de impulsionar o desenvolvimento social e econômico de um país, daí a motivação para a escolha do tema que se abaliza na importância que esse insumo assume no processo de crescimento da nação. E sendo uma atividade econômica, definida constitucionalmente, necessita de uma estrutura legal que lhe regule o funcionamento.

O Setor Elétrico brasileiro já experimentou diversas fases de desenvolvimento e de regulamentação. A partir de 1995, passou por um processo de reestruturação com a publicação da Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 9.074/95 que complementa especificamente o setor, além de passar pelo forte crivo da regulação com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por intermédio da Lei 9.427/96.

Essas e outras legislações que regulam o setor deixam algumas aristas e uma nuvem de dúvidas que dão margem a diversas interpretações e posicionamentos acerca de determinados assuntos, tanto na esfera executiva, legislativa como também judiciária e entre os diversos agentes do setor.

Várias empresas setoriais para se adequarem às novas diretrizes legais advindas do novo marco regulatório, tiveram seus contratos de concessão prorrogados a partir de 1995, por mais 20 anos, dentre elas a Eletrosul, sendo que, quase 85% das linhas de transmissão atuais têm o vencimento dos seus contratos de concessão previsto para 2015. O fim do prazo dos contratos de concessão de energia elétrica, tanto nas áreas de geração,

transmissão e distribuição, é considerado um dos temas mais impactantes e preocupantes do setor elétrico na atualidade.

Esta indefinição acerca da prorrogação das concessões afeta não só as questões políticas da área, mas também as questões econômicas como a oferta de energia no médio e longo prazo. E nessa linha, as próprias estruturas das concessionárias seriam seriamente afetadas, pois sem a definição da possibilidade de prorrogação, elas não podem fechar contratos com vencimento posterior a 2015 para a comercialização da energia.

No atual cenário nacional, há uma instabilidade jurídica e regulatória impedindo que o mercado energético atue de forma plena e organizada, com regras claras e justas, garantindo um ambiente estável para investimentos e continuação da prestação do serviço público com adequada qualidade e modicidade tarifária. A complexidade do tema reside exatamente no confronto de dois ordenamentos jurídicos criados em conjunturas distintas, ou seja, as circunstâncias têm certa particularidade, pois uma nova legislação do setor elétrico foi criada após a Constituição de 1988, exigindo contratos e licitação para outorga dos serviços públicos, mas esta outorga dos serviços de transmissão foi concedida em outro contexto jurídico, sendo em sua maioria por meio de decretos, o que não se enquadra como contrato.

Certo é que a prorrogação pura e simples dos prazos atuais ou a licitação destes ativos tem enfrentado inúmeros questionamentos jurídicos e setoriais, envolvendo desde as esferas políticas de governo, os agentes de cada segmento, geração, transmissão e distribuição, a ANEEL, ente regulador e fiscalizador, até os interesses do próprio concessionário.

Nesse intuito a pesquisa tem por escopo realizar uma análise no setor elétrico brasileiro levando em consideração os aspectos jurídicos da concessão de serviço público que permitiram às empresas à exploração deste serviço de utilidade pública, em específico o

segmento de transmissão de energia elétrica, buscando-se ao final deste exame um parecer sobre a possibilidade jurídica para a prorrogação das concessões atuais.

A pesquisa é do tipo bibliográfica utilizando o método dedutivo, se desenvolvendo com base nas legislações que regulamentam o setor e no aparato doutrinário, além dos posicionamentos de agentes setoriais no interesse de cada segmento e se vincula ao eixo temático denominado cidadania e estado, do Curso de Direito.

Por fim, existe um grande desafio jurídico imposto ao remodelado setor elétrico brasileiro e ao final, se buscará uma resposta à questão principal desta pesquisa, que será avaliar a possibilidade jurídica para prorrogação das concessões de serviço público de energia elétrica outorgadas à Eletrosul, servindo de base do mesmo modo para as demais empresas estatais que se encontram em situação semelhante nessa atual conjuntura.

CAPÍTULO I

1 SERVIÇO PÚBLICO E CONCESSÕES

O presente capítulo traz uma análise acerca dos institutos dos serviços públicos e das concessões de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, abordando as características e conceitos destes institutos, além dos princípios aplicados às concessões, seu regime jurídico, os prazos e modalidades de extinção das concessões e as hipóteses de prorrogação.

A conceituação de serviço público não vem a ser uniforme na doutrina, na verdade este conceito varia de acordo com o momento histórico de determinada sociedade, abrangendo as suas necessidades e contingências econômicas, políticas, culturais e sociais. Em suma, a noção de serviço público tem em sua base as transformações ocorridas no Estado e nas suas estruturas e os reflexos trazidos sobre a coletividade.

No entanto, mesmo diante da diversidade conceitual, é possível identificar a existência de um ponto central que possa balizar algumas características imprescindíveis para que se possa configurar os serviços públicos, que aparecem ligados à atividade Estatal na busca de satisfação das necessidades coletivas.

No campo das concessões de serviço público, o conceito já é apresentado na própria lei das concessões, Lei 8.987/95. Mas a doutrina diverge em vários aspectos quanto a

algumas características referentes às concessões de serviço público, como a natureza jurídica das concessões, os prazos, extinção e possibilidades ou não de prorrogação na prestação destes serviços.

As concessões permitiram em todo mundo, inclusive no Brasil, a construção de grandes obras públicas, como redes ferroviárias, sistemas de comunicação, usinas e redes de fornecimento de energia elétrica, entre outras. Percebe-se assim a importância deste instituto ao crescimento dos países.

Assim, a concessão se justifica como uma técnica jurídica e econômica viável e admissível na gestão dos serviços públicos.

Por fim, a ideia aqui não se resume a esgotar o entendimento doutrinário referentes aos serviços públicos e concessão de serviço público, haja vista não ser o foco principal desta pesquisa, mas apenas delinear um norte sobre o que venha ser estes institutos e suas principais características em concatenação ao tema e objetivo principal ao longo do trabalho aqui planejado.

1.1 Conceitos e características do serviço público

A concepção moderna da expressão Serviço Público é de complexa delimitação conceitual, em razão do variado acervo doutrinário sobre a matéria, com excelentes contribuições e fundamentos. Se consegue perceber a ambigüidade na compreensão de serviço público, pois hora induz a utilizar-se da expressão para denotar um organismo e outra uma atividade, mas que em suma aponta para um regime jurídico especial.

O serviço público numa visão moderna do direito administrativo induz a uma reflexão sobre a extensão do papel do Estado enquanto agente de intervenção na área econômica,

em maior ou menor grau, dependendo das suas limitações e prerrogativas como participante ativo da economia que é.

A finalidade dos serviços públicos é a satisfação de uma necessidade coletiva, de interesse público, que atinja as necessidades individuais, mas não necessariamente todos os indivíduos, e sim a sua maioria.

Por esses e outros aspectos é que a noção preliminar de serviço público, de uma maneira geral, leva a uma reflexão sobre determinada atividade voltada ao interesse coletivo da sociedade. Para o desenvolvimento deste estudo necessita-se previamente definir o que venha ser Serviço Público.

A Constituição Federal brasileira de 1988 bem como as leis brasileiras não conceitua serviço público, o que força a buscar essa conceituação no campo doutrinário.

No que diz respeito à matéria, interessante é a contribuição dada por Grotti¹:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico.

Em raciocínio similar Hely Lopes Meirelles² diz que o conceito varia de acordo com as necessidades e transformações de uma sociedade. Afirma também que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”

Já Caio Tácito³ enfatiza a dificuldade de definir os elementos que identificam o serviço público no tempo e no espaço. Assegura que o âmbito do serviço público se amplia na

¹ GROTTI, 2003, p. 87

² MEIRELLES, 2002, p. 320

³ TÁCITO, 1975, p. 197-198

medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social e que se modifica a sua função administrativa.

Na percepção de não ser unânime a resposta conceitual ao tema, Carlos Pinto Coelho Motta⁴ enfatiza que um verdadeiro conceito acerca de serviço público está longe de terminar, e que na tentativa de se chegar a uma definição completa talvez chegar-se-á a um impasse. Deste modo aponta que o caminho mais adequado estará no campo do direito positivo, considerando que serviço público é sinônimo de 'atividade regulada'.

E nessa linha invoca-se o comentário do Professor Agustín Gordillo⁵:

Uma vez resuelta la discusión de cuánta regulación hay o queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas servicio público, actividad regulada, o si pasamos más simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos y explicamos entonces cada actividad principal por sí misma en su régimen jurídico concreto: gas, electricidad, etc. [...] Dejando de lado a quienes creen posible definir ex cátedra el concepto de servicio público, debemos tratar de explicar, con la definición, cómo funciona el derecho. Algunos autores, entonces, optan por decir que será servicio público lo que el legislador diga que lo es. 6

Para Marcos Juruena Villela Souto⁷ o serviço público é uma atividade assegurada, regulada e controlada pelo Estado, pois trata de ser essencial ao desenvolvimento da sociedade, por isso a necessidade do próprio Estado disciplinar a matéria.

E complementa, definindo que o serviço público é uma atividade definida por lei e que possui com titular o Estado, que poderá prestá-lo de maneira direta ou indiretamente mediante concessão ou permissão⁸.

Trata-se, é certo, de atividade de interesse da sociedade e destas análises, se observa que, em um ponto, parece haver unanimidade no campo doutrinário, pois todos consideram que os serviços públicos correspondem a uma atividade de interesse público, ou seja, a satisfação das necessidades coletivas é o que caracteriza o serviço público, e esse

⁴ MOTTA, 2007, p. 48, grifo do autor

⁵ GORDILLO, 2003, p. VI-7, grifo do autor

⁶ SOUTO, 2004a, p. 9

⁷ SOUTO, 2004a, p. 9

⁸ SOUTO, 2004b, p. 118

entendimento se mantém ao passar dos anos.

Não se pode conceber que o Estado não garanta o acesso aos serviços públicos. Destarte, Romeu Felipe Bacellar Filho⁹ explica que “A existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público.”

Então, resta evidenciado que, sendo o serviço público um conjunto de atividades e serviços que estão ligadas à administração do Estado, por meio de seus agentes e representantes, e que também podem ser exercidas por outras entidades, ainda que particulares, devem promover sempre o bem-estar e estar à disposição da coletividade.

Assim, compartilha-se da idéia inicial de que a conceituação de serviço público apresenta evolução dado o seu momento histórico, mas aparece sempre ligada à razão de ser do Estado, ou seja, visando ao bem comum. E, numa visão contemporânea, defende-se a definição de serviço público como sendo atividades definidas por lei e promovidas ou garantidas pelo Estado, de maneira direta ou indireta, visando à satisfação dos interesses públicos.

Apesar da Constituição Federal de 1988 não conceituar serviço público, as atividades de interesse coletivo foram elencadas individualmente (telefonia, energia elétrica, correios, saneamento básico, rodovias, ferrovias), bem como o seu exercício e a maneira pela qual serão regulamentadas e fiscalizadas. E de certa forma, estas atividades definidas na Carta Magna, são serviços públicos.

⁹ BACELLAR FILHO, 2005, p. 150

1.2 Concessão de serviço público

A concessão de serviços públicos não é um instituto recente, conforme aponta Medauar¹⁰, pois já é utilizada há muito tempo na Europa, principalmente na França, desde o século XIX, com argumentações de que o Estado por si só não conseguiria gerir o encargo de vultosos investimentos, principalmente para atender às demandas das áreas de transporte, fornecimento de energia elétrica, água e gás. Pode-se acrescentar ainda a idéia de concessão o crescimento do Estado e a lucratividade oriunda desta forma de delegação de prestação de serviço público, pois com os grandes prazos concedidos o retorno era certamente satisfatório, o que levou ao grande interesse e pressão da iniciativa privada a participar dessa fatia do mercado.

Assim o que se percebe é que uma das características da concessão era o longo prazo de duração dessa modalidade para que pudesse proporcionar o retorno dos investimentos realizados pelas concessionárias e a obtenção de lucro.

Mais tarde, em razão das guerras mundiais, surgem às instabilidades econômicas de forma geral, o que leva ao declínio das concessões e muitos países optam pela estatização das atividades então concedidas. Esta absorção se deu principalmente com a criação de empresas sob controle do Estado, ou seja, estatais, ligadas à administração indireta, em especial as empresas públicas e sociedades de economia mista, que por meio de outorgas passaram a absorver as concessões que antes eram do setor privado, para garantir o crescimento econômico.

Com alegações semelhantes às do século XIX, de que o Estado era ineficaz na concretização dos serviços públicos essenciais, que demandam grandes investimentos

¹⁰ MEDAUAR, 2007, p. 318-319

financeiros, dos quais o poder público não podia assumir, é que na década de 80 renasce em nível mundial o interesse pelas concessões, numa nova conjuntura do Estado, a desestatização e com ela a privatização de empresas estatais em setores estratégicos. É a prática do neoliberalismo, que se baseia na idéia do Estado mínimo, ou seja, mínima intervenção estatal nas atividades econômicas.

No Brasil o processo de desestatização ocorreu principalmente no período compreendido entre 1995 a 2000, com o processo de desestatização dos setores de maior relevância na economia brasileira, como as privatizações dos setores ferroviários, de energia elétrica e de telecomunicações. Grande parte dessa desestatização foi concretizada por meio do regime de concessão, baseada principalmente na Lei 8.987/95, que dispunha sobre a exploração dos serviços públicos por intermédio deste instituto.

1.2.1 Conceitos e características

Um serviço público, conforme já se viu, é de titularidade do Poder Público, logo, sua execução via delegação, implica uma concessão ou permissão deste serviço a entidade estatal ou privada, em conformidade com Constituição Federal de 1988, artigo 175, que é a matriz que disciplina as delegações de serviços públicos.

No direito brasileiro vigente, a concessão de serviços públicos está referida na Constituição, obrigando as concessionárias a prestarem o serviço de forma adequado, e em contrapartida, lhes é assegurado uma justa remuneração, por meio de tarifas, para melhoramento e expansão dos serviços além de um equilíbrio econômico e financeiro do contrato, sujeitando-se a um controle e fiscalização do Poder Público concedente, explica

Arnoldo Wald.¹¹

Desta forma, o texto constitucional prevê a possibilidade de delegação direta pelo Poder Público, podendo ser executadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista, sempre mediante autorização legislativa. Ou também de forma indireta, delegando os serviços a entes privados, após licitação, mediante concessão ou permissão.

Na primeira hipótese, apesar de ser a delegação de forma direta, expõe Toshio Mukai¹², não desnatura o instituto da concessão, pois a concessão existe, mas com a especificidade de constituir-se numa outorga legal aos entes criados pelo próprio poder público para que prestem o especificado serviço público.

Meirelles¹³ também explica que “Modernamente, o Poder Público vem outorgando concessões de serviço, por lei ou decreto, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões por contrato.”

Nessa linha, Celso Ribeiro Bastos¹⁴ afirma que “as concessões se procedem por via de contrato, em benefício de entidades privadas ou entidades estatais, mas submetidas ao regime de direito privado, hipótese em que a transferência pode dar-se por lei ou por contrato.”

Percebe-se que não há óbice à concessão de serviço público para empresas estatais, pois em nosso país existem vários exemplos, principalmente empresas públicas e sociedades de economia mista, que possuem a concessão de determinados serviços públicos, na forma contratual, como ver-se adiante.

O conceito legal segundo dispõe o artigo 2º, inciso II da Lei 8.987/95, é a transferência

¹¹ WALD, 2004, p. 13

¹² MUKAI, 2007, p. 90

¹³ MEIRELLES, 2002, p. 338

¹⁴ BASTOS, 2000, p. 182

da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Para Medauar¹⁵, a concessão se formaliza por meio contratual entre o poder concedente e o concessionário, sendo assim, um tipo de contrato administrativo, regido pelos preceitos gerais sobre os contratos da Administração.

Trata-se na realidade de uma descentralização do serviço público, em que a execução cabe a determinada pessoa jurídica, mas o controle permanece com o poder público, que é o titular do serviço.

Em outras palavras Di Pietro¹⁶ define concessão de serviço público como sendo um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega para terceiros a execução de um determinado serviço público, para que estes o executem por sua conta e risco em seu próprio nome, mediante tarifa que deve ser paga por que usufrui deste serviço.

E no aspecto regulamentar, assegura que “na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionário [...]”

Examinando Bandeira de Mello¹⁷, inclui-se que:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Além disso, descreve¹⁸ que somente poderá haver concessão de serviço público quando o Estado assim o considerar como sendo próprio e privativo do Poder Estatal. E

¹⁵ MEDAUAR, 1995, p. 13-15

¹⁶ DI PIETRO, 2006, p. 93-95

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 690, grifo do autor

¹⁸ *Idem*, p. 699

sendo sua prerrogativa, o Estado, como titular que é, pode dispor livremente da maneira que melhor atenda aos interesses públicos, pois a titularidade do serviço não se transfere para o particular no ato da concessão, o que se transfere é apenas o exercício da atividade pública.

O caráter jurídico de natureza contratual também é reconhecido por Carvalho Filho¹⁹, que faz referência ao artigo 175 da Constituição Federal e também a própria lei das concessões, que consigna expressamente o caráter contratual, seja qual for a modalidade, não carecendo de maiores discussões sobre o tema.

Certo é que nas concessões, o concessionário desempenha uma atividade em que o Estado é o titular, ou seja, pública, em sintonia com o regime jurídico de direito público, funcionando assim como um substituto do Estado.

Para evitar discussões no campo doutrinário, a Constituição Federal impôs de modo claro e imperativo que o regime de concessão de serviço público será regido pela forma contratual. Essa determinação expressa está contida no artigo 175, inciso I da CF/88²⁰.

Em sintonia com a lei maior e que veio para regulamentar as concessões, a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dita expressamente em seu artigo 1º que as concessões de serviço público serão regidas por cláusulas contratuais²¹. A mesma lei dedica ainda um capítulo inteiro para especificar o conteúdo dos contratos de concessão, para não deixar pairar mais dúvidas acerca da aceitação da tese contratual desse instituto.

Ainda faculta-se verificar a solidez da teoria contratual na Lei 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e

¹⁹ CARVALHO FILHO, 2006, p. 309

²⁰ “Art. 175 [...] 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;”

²¹ “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

dá outras providências, quando no artigo 4º dita que 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 8.987/95, e das demais. (grifo nosso)

Di Pietro²² ao avaliar as estatais sob a indagação da lei das concessões, Lei nº 8.987/95, ressalta o que já está claro na lei, ou seja, que ao tratar de concessão de serviço público, este será concedido mediante contrato, nos termos da referida lei. Por esta análise descreve: “Isto afasta a possibilidade de ser a concessão dada a empresas estatais, por meio de **lei**, até porque o próprio art. 175, parágrafo único, da Constituição se refere à concessão como **contrato**, consoante já assinalado”.²³

Entretanto, deixa claro ainda que, quando a mencionada lei entrou em vigor em 1995, a Constituição Federal estabelecia hipóteses em que as concessões deveriam ser dirigidas às estatais, com base nos seus artigos 21, XI, e 25, parágrafo 2º, ainda em vigor na época, e que mesmo estes artigos tendo sido alterados pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, não há impedimentos para que sejam concedidos estes serviços às sociedades de economia mista, desde que observadas às disposições contidas na Lei 8.987/95.²⁴

1.2.2 O contrato de concessão

Alguns contratos administrativos estão disciplinados por legislação específica, como a concessão de serviços públicos, que são regidos pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95, aplicando-se de forma subsidiária a Lei 8.666/93. Também existem algumas leis que disciplinam

²² DI PIETRO, 2006, p. 73-74, grifo da autora

²³ *Ibidem*, p. 74, grifo da autora

²⁴ *Ibidem*, p. 74-75

algumas modalidades concessão de serviços públicos, como é o caso da Lei 9.427/96, lei que institui a ANEEL e que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A concessão de serviço público como já se assentou, possui a natureza jurídica de contrato administrativo. A lei das concessões, nº 8.987/95, deixa claro em seu artigo 4º ao dispor que “a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação”.

Os contratos administrativos se apresentam como acordos de vontades pelo qual a Administração Pública celebra com pessoas públicas ou privadas para conseguir atingir a sua finalidade pública, estabelece Robertônio Santos Pessoa²⁵.

Nos casos de concessão de serviços públicos, Di Pietro²⁶ explica que as condições contratuais já constam de regulamento elaborado pela própria Administração, mas que em geral passa a repetir os preceitos de lei, e ainda que elaborado de forma unilateral pelo poder público, só vai se aperfeiçoar se a outra parte aquiescer.

O contrato de concessão de serviço público é definido por Meirelles²⁷ como sendo “[...] o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo de exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários dos serviços”.

Seguindo a análise dos contratos administrativos, Di Pietro²⁸ informa que as condições gerais dos contratos obrigam apenas àquele que celebra o contrato com o ente público, e dessas condições resultam direitos e deveres recíprocos que em regra, são

²⁵ PESSOA, 2003, p. 334, 335

²⁶ DI PIETRO, 2006, p. 260

²⁷ MEIRELLES, 2002, p. 342

²⁸ DI PIETRO, 2007, p. 237

irrevogáveis, ressalvados os poderes de alteração e rescisão unilateral, por motivos de interesse público. Assim, “cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas”, por isso define de forma geral que o contrato é um acordo de vontades que gera direitos e obrigações recíprocas.

Em sendo contrato tipicamente administrativo, Rolim²⁹ também afirma que é regido por normas predominantemente de direito público, e subsidiariamente por normas do direito civil, pela teoria geral dos contratos.

De tal modo as concessões serão mediante contrato administrativo e estes contratos deverão observar os princípios, fundamentos e preceitos gerais sobre os contratos da Administração e seu regime jurídico. Dentre os principais aspectos, aponta Medauar³⁰ a preponderância do interesse público e prerrogativa da Administração; a presença de cláusulas exorbitantes; a possibilidade de alteração unilateral do contrato; o direito ao equilíbrio econômico-financeiro; a sujeição à fiscalização da execução dos serviços; a imposição de sanção ao contratado; a rescisão unilateral por razões de interesse público; a ocupação provisória de bens e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Carvalho Filho³¹ também infere que nos contratos de concessão deverão estar presentes cláusulas essenciais, não apenas por se tratar de um contrato administrativo, mas pelas peculiaridades desse modelo contratual e por força normativa, não poderão estar ausentes nesse instrumento.

Dentre essas cláusulas, o autor, por sua convenção, as classifica como cláusulas relativas ao serviço que consistem nas que definem o modo, a forma e as condições da prestação do serviço, além do objeto, a área e o prazo da concessão, e também as que

²⁹ ROLIM, 2004, p. 227

³⁰ MEDAUAR, 2006, p. 211-215

³¹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 322-323

fixam o preço e os critérios de reajuste.

Numa outra classificação, apresenta as cláusulas relativas ao fim da concessão, e destaca as que prevêm os casos de extinção, a reversão do bens em favor do poder concedente, o cálculo de uma possível indenização ao concessionário e as *condições de prorrogação do contrato*. (grifo nosso)

1.2.3 Prazo, extinção e prorrogação da concessão

As concessões não podem ser cedidas por prazos indeterminados, em que somente uma concessionária perpetuar-se-ia na prestação de determinado serviço público, sob pena de afrontar os princípios constitucionais que regem os contratos administrativos além dos procedimentos da licitação.

Porém, em razão das características destes contratos, Rolim³² demonstra que a fixação de prazos curtos não é compatível na modalidade de concessão de serviço público:

Em face da peculiaridade de suas características, o prazo da concessão é bastante longo, podendo se estender por 50 ou mais anos. Esse longo prazo é necessário levando-se em conta os elevados investimentos que envolvem a implantação e a manutenção dos serviços concedidos e as obrigações econômico-financeira que geralmente envolvem as atividades de uma concessionária.

Segundo Medauar³³ os contratos de concessão por não ensejar ao poder público dispêndio financeiro, excluem-se da regra do caput do artigo 57 da Lei 8.666/93 (lei das licitações e contratos), no entanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo 57, veda expressamente o contrato com prazo de vigência indeterminado. Desse entendimento também compartilham Carvalho Filho³⁴ e Di Pietro³⁵.

³² ROLIM, 2004, p. 237

³³ MEDAUAR, 2006, p. 216

³⁴ CARVALHO FILHO, 2006, p. 332

A lei 8.987/95 não fixa o prazo máximo de duração das concessões, mas de acordo com esta lei, o prazo previsto para duração da concessão deverá constar do edital de concorrência³⁶. Deve-se frisar que a lei entrou em vigor a partir da sua edição, em 1995, quando já haviam vários serviços concedidos.

Com relação aos prazos, Di Pietro³⁷ ilustra que “[...] A fixação do prazo fica, pois, a critério da Administração, quando não haja lei específica estabelecendo limites, devendo constar do edital de licitação, como elemento essencial à composição do equilíbrio financeiro da concessão.” E conclui que o modo normal de extinção do contrato é o término do prazo.

O prazo de duração da concessão deve estar expresso nas cláusulas essenciais do contrato, pois assim dispõe o artigo 23, inciso I da Lei 8.987/95, como também as demais cláusulas essenciais arroladas nesse artigo, entre elas o objeto e a área da concessão; modo, forma e condições de prestação do serviço; quanto à forma de fiscalização do poder concedente; os casos de extinção da concessão; inclusive os casos e condições para prorrogação do contrato.

Entretanto, observa-se que a lei acima referida deu tratamento especial no que tange a validade da prorrogação do contrato de concessão, vindo a expor expressamente a sua possibilidade³⁸. Não se trata de renovação do contrato, mas a sua prorrogação, de acordo com as condições estabelecidas no contrato.

O princípio da continuidade do serviço público deve ser levado em consideração, quando se analisa os prazos de duração da concessão, porque é princípio norteador da execução de qualquer serviço de interesse coletivo, como diz Rolim³⁹

³⁵ DI PIETRO, 2006, p. 130

³⁶ BRASIL, Lei 8.987/95, artigo 18, inciso I

³⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 130

³⁸ BRASIL, Lei 8.987/95, artigo 23, inciso XII

³⁹ ROLIM, 2004, p. 237-238

O autor traz ainda importante anotação, informando que:

Convém notar que a cláusula que determina o prazo da concessão não é de natureza contratual, mas sim uma cláusula regulamentar, o que implica dizer que o prazo pode ser alterado unilateralmente pela Administração contratante, para mais ou para menos, sempre que assim o exigir o interesse público.

Numa análise a Lei 9.074/95⁴⁰, constata-se que esta pressupõe um prazo de 30 anos como suficientes para a amortização dos investimentos realizados nas concessões para transmissão de energia elétrica, *contratadas a partir da vigência desta lei*, prazo este que poderá ser prorrogado no máximo por igual período. (grifo nosso)

Entretanto, o artigo 17, parágrafo 4º expõe que “As instalações de transmissão, existentes na data de publicação desta Lei, serão classificadas pelo poder concedente, para efeito de prorrogação, de conformidade com o disposto neste artigo.”

Então, como se pode observar, a própria Lei 9.074/95, em seu artigo 4º, parágrafo 3º, permite a prorrogação das concessões de energia elétrica a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

A prorrogação para Rolim⁴¹, “É a continuidade da vigência da concessão mesmo depois do prazo originariamente fixado. A prorrogação, no entanto, só será possível se já prevista no edital e no contrato originais e desde que presente relevante interesse público, devidamente fundamentado pelo Poder Concedente.”

Explica ainda⁴² que advindo à prorrogação de um contrato de concessão de serviço público, poderão ser introduzidas alterações neste contrato, contanto que não modifiquem substancialmente o contrato inicial ou seu objeto e se tenha observância aos requisitos exigidos pelos arts. 19 a 25 da Lei das Concessões (Lei 8.987/95).

A Lei 9.074/95, em seu artigo 2º, com base no artigo 175 da Constituição Federal e

⁴⁰ BRASIL, Lei 9.074/95, artigo 4º, parágrafo 3º

⁴¹ ROLIM, 2004, p. 238

⁴² *Idem*, p. 239

seu parágrafo único, proclama de forma expressa a obrigação de lei que autorize a Administração, além de celebrar o contrato de concessão, também a fixar as condições de ajuste na mesma lei. No mesmo alcance assinala Rolim⁴³ que a prorrogação também deverá estar autorizada em lei, exceto se esta possibilidade já constar na lei que autoriza a celebração do contrato ou estiver contida no edital e no próprio contrato de concessão.

De acordo com Wald⁴⁴, é pacífico o entendimento de que a prorrogação dos contratos administrativos não é proibida pelo legislador, e pode ser convencionado no próprio contrato de concessão, poderá ser presumida ou decorrer de pleno direito.

Também é deste entendimento Meirelles⁴⁵, que leciona que a prorrogação do contrato de concessão é a dilatação da sua vigência, para além do prazo inicial estabelecido, nas mesmas condições do contrato inicial e com o mesmo concessionário. De tal modo, nosso direito admite esta extensão da vigência dos contratos que se extinguem pelo decurso do prazo, desde que esteja prevista expressamente no ato original.

Assim sendo, à prorrogação do contrato, é então admissível, desde que prevista no edital e no contrato. Nesse instrumento é que a Administração deverá estabelecer os critérios e as condições em que a prorrogação será possível, explica Di Pietro⁴⁶, afirmando também que “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 [...]”.

O contrato de concessão dispõe Diogenes Gasparini⁴⁷, deverá disciplinar a matéria referente à prorrogação, sendo que nesse instrumento deverá estar estabelecido *a sua*

⁴³ *Ibidem*, p. 232

⁴⁴ WALD, 2004, p. 187

⁴⁵ MEIRELLES, 1996, p. 200

⁴⁶ DI PIETRO, 2006, p. 131

⁴⁷ GASPARINI, 2008, p.366 (grifo nosso)

possibilidade, o seu prazo, a quantidade de prorrogações possíveis e as hipóteses em que ela poderá ocorrer. De forma diversa, a prorrogação estará vedada.

No que concernem as formas de extinção da concessão, elas estão indicadas no artigo 35 da Lei 8.987/95, entre as principais modalidades estão: o advento do termo contratual; a encampação; a caducidade; a rescisão; a anulação. Pessoa⁴⁸ explica que uma vez extinta a concessão, os bens reversíveis retornam ao poder concedente, como também os direitos e privilégios que foram transferidos ao concessionário, conforme dispõe no contrato. Com isso o Poder Concedente retoma os serviços concedidos, assumindo seu controle.

Neste norte, Rolim⁴⁹ explica que extinção é simplesmente o término do contrato de concessão, devido o esgotamento do prazo ajustado no contratado original. Dada a extinção, o ente público concedente retoma a execução dos serviços com a reversão dos bens a seu favor, para dar continuidade ao serviço prestado até então pelo concessionário.

Além do advento do termo final, outras possibilidades existem para que o poder público possa retomar os serviços públicos concedidos, seja por intermédio da encampação, oriundo de um ato unilateral, seja pela retomada coativa do serviço pelo inadimplemento contratual, no caso a caducidade da concessão ou ainda pela rescisão unilateral, enfim, não vem ao caso aprofundar em demasia o estudo destes institutos.

Do exposto, certifica-se que os serviços públicos visam à satisfação de interesses e necessidades coletivas da sociedade, ou seja, se trata de interesse público, em que a atuação do Estado é de fundamental importância, quer seja na prestação, na intervenção ou na sua regulação, além de enquadrar a energia elétrica como serviço público essencial, por ser considerada fundamental para a sociedade moderna.

⁴⁸ PESSOA, 2003, p. 419

⁴⁹ ROLIM, 2004, p. 255

A concessão no direito brasileiro possui algumas peculiaridades que a transformam num interessante instituto de estudo. Entre essas particularidades encontra-se a sua própria definição, que está estampada no âmbito constitucional, que já é uma distinção em relação a outros institutos, conferindo-lhe um contrato de natureza especial, além da sua regulamentação, bem como a sua forma própria, que apesar de ter influência de legislações de outros países, se apresenta de forma diferente em nosso país.

Enfim, a outorga das concessões se mostra como uma opção para o desempenho de determinados serviços públicos e abrange a observância a vários princípios e regras na relação que se configura entre o poder concedente e o concessionário, além dos indivíduos que se utilizam dos serviços prestados.

CAPÍTULO II

2 EMPRESAS ESTATAIS E O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Neste capítulo será realizada uma abordagem sobre o papel da divisão de transmissão de energia elétrica e o setor elétrico brasileiro (SEB), com foco principal nas concessões deste serviço público na área esfera estatal, sobretudo analisando as sociedades de economia mista, que se enquadra a Eletrosul Centrais Elétricas SA, uma empresa subsidiária da Eletrobrás e concessionária de serviços públicos de transmissão e geração de energia elétrica.

O setor elétrico principalmente a partir dos anos de 1980 sofreu no mundo inteiro grandes transformações. Nessa época, a maioria das empresas de energia elétrica eram verticalizadas, com a geração, a transmissão e a distribuição verticalmente integradas, e freqüentemente com monopólio estatal, em que o próprio governo era o proprietário, com empresas estatais criadas para desempenhar o papel do próprio Estado.

No Brasil, a reforma setorial teve início no ano de 1995 com a publicação da Lei das concessões de serviço público, Lei 8.987/95 e legislação complementar, em destaque a Lei federal 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões. Em 1996 foi instituída a ANEEL, Agencia Nacional de Energia Elétrica, por meio da Lei 9.427/96, como novo órgão regulador do setor.

A regulação se faz necessária para garantir a viabilidade e concorrência no setor, principalmente quando se está diante de propostas liberais, em que as empresas passam a funcionar sob regras de mercado. Nas atividades que se caracterizam como monopólios naturais, o caso da transmissão, principalmente quando submetidas ao capital privado, há necessidade de um Poder atuante, para coibir abusos econômicos e estimular a eficiência, garantindo que os serviços sejam prestados com qualidade e modicidade tarifária.

Com a proposição desse novo modelo setorial, as empresas seriam desverticalizadas, separando-se as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, antes integradas, passando a serem atividades reguladas. Foi o que ocorreu em várias empresas estaduais. Na esfera federal, apenas a Eletrosul passou pelo processo de cisão e privatização, sendo a geração separada da transmissão.

As crescentes mudanças no setor de energia elétrica trazem como resultado a alteração dos padrões de uso dos sistemas de transmissão, como o livre acesso e a crescente competição no mercado, alterando o estilo de gerenciamento das empresas neste setor. As incertezas acerca da não padronização no segmento levaram a falta de investimentos adequados por parte dos agentes do setor e ainda refletem a falta de infraestrutura para os próximos anos.

Vale lembrar o racionamento vivido pelo país em 2001, que devido uma série de fatores, mas entre eles e fundamentalmente a insuficiência nos investimentos na área de transmissão, impediu a interligação entre as regiões sul e sudeste, dada às restrições de capacidade das linhas naquele momento.

Assim, a transmissão de energia elétrica precisa ser encarada essencialmente como o elo entre os produtores e consumidores de energia elétrica, e esta atividade passa, no novo

modelo setorial, a ser regulada, garantindo o sucesso do suprimento das demandas necessárias de energia elétrica no país.

2.1 Caracterização das empresas estatais no campo dos serviços públicos

Empresa estatal é um termo genérico empregado para designar empresas em que o governo detém ações, ou seja, sob controle acionário do poder público. Abrangem as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são empresas criadas por lei e que adquirem o direito à prestação do serviço público.

Por meio destes sujeitos é que o Estado realiza a *exploração de atividades econômicas*, que, em princípio, compete às empresas privadas, como assinala Bandeira de Mello⁵⁰, nos moldes do artigo 173 da Constituição Federal, e apenas em caráter suplementar cabe diretamente ao Estado; e *presta serviços públicos*, atividade esta que sem sombra de dúvidas é pertinente à esfera estatal e insculpida no artigo 175 do mesmo diploma.

O que se evidencia aqui é que há uma distinção entre as empresas estatais que executam atividades econômicas, cuja natureza é privada, e aquelas que prestam serviço público, pelo menos quanto ao seu regime jurídico.

Nesse alcance Di Pietro⁵¹ acrescenta que o legislador brasileiro não se preocupou em fazer uma distinção precisa entre essas entidades, mas a Constituição de 1988 permite essa distinção quanto ao regime jurídico.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 198, grifo nosso

⁵¹ DI PIETRO, 2007, p. 412

Também elucida⁵² que as empresas estatais ou governamentais pertencem a Administração indireta, sendo que sua criação dar-se por autorização legal, e abrangem as empresas públicas e sociedades de economia mista, para que exerçam serviços públicos.

Se estas entidades forem criadas pelo Estado para exercerem atividade econômica, em consonância ao parágrafo 1º do artigo 173⁵³ da Constituição Federal, estas se regem, via de regra, por normas de direito privado, sendo o direito público a exceção, alude⁵⁴. O motivo, explica, é que esse dispositivo legal cuida especificadamente de atividades de natureza da iniciativa privada, que será exercida pelo Estado somente por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Agora, se a atividade for econômica, mas é assumida pelo Estado como um serviço público, ressalva, aplica-se então a regra do artigo 175⁵⁵ da Constituição, cabendo ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou por meio de concessão, sempre precedido de licitação, a prestação de serviços públicos.

Para finalizar, assevera que a empresa estatal que presta serviço público é considerada *cessionária de serviço público*, e submete-se a regra do artigo 175 da Constituição Federal e também ao regime jurídico dos contratos administrativos e suas cláusulas. E não poderia ser diferente, pois os princípios que regem esses serviços, como a predominância do interesse público sobre o particular, o da mutabilidade do regime jurídico, o da igualdade de tratamento dos usuários e o da continuidade do serviço público, não podem separar-se da noção de serviço público.

⁵² *Ibidem*, p. 382

⁵³ “Art. 173 [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”

⁵⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 413, grifo nosso

⁵⁵ “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.”

Essa distinção no âmbito doutrinário também é feita por Bandeira de Mello⁵⁶, que cita como exemplo os serviços de energia elétrica, que são por disposição constitucional, artigo 21, inciso XII, letra “b”, serviços públicos da alçada da União, e as sociedades de economia mista criadas, surgiram para desempenhá-los na categoria de concessionários do Poder Público Federal.

É possível que o Estado realize a transferência, por meio de lei, para a execução de serviços públicos, autorizando a criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas subsidiárias, frisa Rolim⁵⁷, sendo que tais entidades criadas integram a Administração Indireta do Estado. Estas entidades caminham lado a lado com o Estado, mas não se confundem com ele.

Rolim⁵⁸ também assegura que estas entidades criadas pelo estado, quando destinadas ao exercício de atividades econômicas, estão submetidas às mesmas normas de direito privado que regulam determinado segmento, atribuindo igualdade entre o Estado e o particular, em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal. Porém, essa restrição não se aplica as entidades estatais criadas para exploração de serviços públicos, pois apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, submetem-se a uma maior incidência dos princípios e regras do direito público, exatamente em virtude da finalidade pública da sua atuação.

De modo similar, Gasparini⁵⁹ define as empresas privadas criadas pelo Estado para a execução e exploração de serviços públicos ou intervenção na atividade econômica, de pessoas governamentais, sendo elas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas empresas quando criadas, de acordo com Decreto-Lei federal nº 200/67, se

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 198-200

⁵⁷ ROLIM, 2004, p. 32, 131

⁵⁸ *Ibidem*, p. 130, 142-143

⁵⁹ GASPARINI, 2008, p. 435

vinculam ao Ministério da área de competência da atividade, e integram a Administração Pública indireta.

Quando criadas para prestarem determinado serviço público, são denominadas delegatárias, afirma o doutrinador, mesmo que não exista uma outorga específica para isso.

Além disso, conveniente a concepção das estatais nas palavras de Bandeira de Mello⁶⁰:

Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados.

Entretanto, Eros Roberto Grau⁶¹ levanta um aspecto importante atinente à situação jurídica das empresas estatais, quanto à qualificação delas como concessionárias de serviço público, entendendo que tais empresas são delegadas e não concessionárias do serviço.

Apointa em primeiro lugar que o concessionário se sujeita a determinado regime, em que celebra um contrato de caráter especial, ou seja, a adesão por parte do concessionário à relação jurídica com o poder público. Adesão porque o ato se formaliza mediante a imposição por parte do Poder Concedente de cláusulas que serão suportadas pelo concessionário que demonstre capacidade para o exercício do serviço público. Como a empresa estatal não celebra nenhum contrato de adesão com o Estado, explica, pois são constituídas visando à prestação do serviço público, ocupam essa situação de prestadoras em decorrência de imposição legal e não por manifestação de vontade própria.

Aqui importa um comentário ao apontamento do renomado jurista e doutrinador, pois como é de conhecimento e se mostrará adiante, inúmeras empresas estatais celebraram contratos de concessão com o Poder Concedente, que tratam-se de verdadeiros contratos

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 193, grifo do autor

⁶¹ GRAU, 2007, p. 143-146

de adesão, como é o caso do contrato de concessão nº 057/2001, celebrado entre a Eletrosul e a União, por intermédio da ANEEL, que será matéria de análise em capítulo próprio.

Em segundo lugar, adita que o concessionário se beneficia pela estipulação de política tarifária, em que esse adere a um direito a remuneração pelo exercício do serviço, em condições de equilíbrio financeiro. Já as estatais não lhes assistem o direito à percepção de remuneração pela prestação do serviço em condições de equilíbrio econômico-financeiro, porque o Estado pode inclusive sujeitá-las a um regime deficitário, subsidiadas pelo Estado na cobertura de seus déficits.

Em terceiro lugar, ao examinar o artigo 175 da Constituição Federal, frisa que a concessão assegura ao concessionário um equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista a obtenção de lucro, portanto, exercida pela iniciativa privada, já que as empresas estatais não visam à obtenção de lucro na prestação do serviço público, mas sim a satisfação do interesse público.

Portanto, dessas situações, conclui Eros Grau que as empresas estatais que tenham por objeto a prestação de determinado serviço público, não são consideradas concessionárias, mas delegadas do Estado, por descentralização administrativa, ou seja, é o próprio Estado que por extensão, com personalidade jurídica privada, presta o serviço.

Assim sendo, o que se percebe é que não há um consenso por parte da doutrina quanto à classificação das empresas estatais que atuam na prestação de serviço público. Entretanto, é sensato curvar-se à posição de que estas empresas, principalmente após o arcabouço regulatório que se instaurou no sistema elétrico brasileiro após os anos 90 – com a edição das leis 8.987/95 (lei das concessões), 9.074/95 (estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões de serviço público) e 9.427/96 (institui a ANEEL) - se equiparam às concessionárias do serviço público de energia elétrica.

Nota-se, pois, pelas exposições doutrinárias e pelo próprio texto constitucional, artigo 173, parágrafo 1º e artigo 175, a possibilidade para as empresas estatais: empresa pública, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, desempenharem atividades econômicas e prestarem serviços públicos, independentemente da caracterização destas como sendo concessionárias ou delegatárias do serviço.

2.1.1 Sociedades de economia mista e a outorga dos serviços públicos

São empresas ou sociedades de economia mista aquelas na qual existe a colaboração do Estado e também de particulares, ambos reunindo recursos para a realização de um interesse público. Difere-se das empresas públicas, eis que nestas o capital é exclusivamente público.

O surgimento das sociedades de economia mista, na visão de Di Pietro⁶², ocorreu com o declínio do instituto das concessões, quando o Estado não mais conseguia por si só acumular grande volume de recursos financeiros voltados para execução e prestação de serviços públicos, e vislumbrou neste modelo de empresa a possibilidade de atrair tais investimentos. Nesta hipótese, verifica-se o que a doutrinadora denomina de descentralização por serviços.

Para tanto, acrescenta Di Pietro, quando o Estado cria a sociedade de economia mista, o faz por meio de lei, que define os fins da empresa. Quando acontece a transferência da execução de determinado serviço público, esta ocorre pela própria lei instituidora, o que caracteriza a descentralização por serviços, diferentemente do que ocorre com a concessão, quando a transferência de atribuições se dá por meio de contrato.

⁶² DI PIETRO, 2006, p. 70-72

Em alguns casos, comenta, o serviço público foi conferido a determinado ente Federativo e delegado a entidade estatal que detinha seu controle acionário, como foi o caso da energia elétrica. Noutros casos o próprio ente político instituiu a pessoa jurídica e transferiu a ela, por meio de lei, a execução de um determinado serviço público, com tratamento idêntico ao das empresas concessionárias.

Mesmo afirmando que às atribuições não são transferidas por meio de contrato, quanto ao regime jurídico destas empresas estatais, Di Pietro⁶³ sustenta ser semelhante aos das concessionárias, “Embora elas não prestem serviços delegados por meio de contrato de concessão, seu regime jurídico é, em sua maior parte, o mesmo a que se submetem as empresas concessionárias.”

Assim sendo, quando faz referência às concessões de serviço público às sociedades de economia mista, distingue os dois institutos, descaracterizando em parte o ato contratual, mas também converge para algumas similaridades, como já salientado⁶⁴:

Como empresas encarregadas da execução de serviço público, ainda que ‘concedido’ por meio de lei, não há como deixar de se lhes aplicar o regime jurídico próprio das empresas concessionárias, como, por exemplo, os princípios da mutabilidade do regime jurídico da prestação do serviço, o da continuidade do serviço público, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da modicidade das tarifas, o da obrigatoriedade de prestação de serviço adequado, o da fiscalização pelo poder público, o da possibilidade de intervenção. Apenas os atos de outorga e extinção da concessão são diversos da concessão tradicional; pois, se a outorga é feita por lei, a extinção está sujeita ao mesmo procedimento.

Igualmente ao analisar essas sociedades às margens da lei das concessões, Lei nº 8.987/95, lembra que na concessão de serviço público, este será concedido mediante contrato, nos termos da referida lei, destarte “Isto afasta a possibilidade de ser a concessão dada a empresas estatais, por meio de **lei**, até porque o próprio art. 175, parágrafo único, da Constituição se refere à concessão como **contrato** [...]”⁶⁵.

⁶³ *Idem*, p. 73

⁶⁴ *Ibidem*, p. 73, grifo da autora

⁶⁵ *Ibidem*, p. 74, grifo da autora

E esclarece que a referida lei não afastou a possibilidade da concessão ser dada à essas entidades, pois quando da entrada em vigor, em 1995, a Constituição Federal estabelecia hipóteses em que as concessões deveriam ser obrigatoriamente dirigidas às estatais, com fundamento nos seus artigos 21, XI, e 25, parágrafo 2º, ainda em vigor na época, e que mesmo estes artigos tendo sido alterados pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, não há impedimentos para que sejam concedidos estes serviços às sociedades de economia mista, desde que observadas às disposições contidas na Lei 8.987/95.⁶⁶

O conceito legal de sociedade de economia mista está elencado no artigo 5º, inciso III do Decreto-lei 200/67 que a define como “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União, ou a entidade da Administração indireta”.⁶⁷

Nessa linha, oportuna a análise de Bandeira de Mello⁶⁸, explicando que o Decreto-lei 200/67, apesar de mencionar em seu conceito apenas as sociedades que *exploram atividades econômicas*, não se pode deixar de lado as sociedades de economia mista que *prestam serviços públicos*, que no Brasil são precisamente o mais significativo contingente. De resto, como já se frisou, o regime jurídico aplicável a cada uma não é idêntico. (grifo nosso)quando menciona que não há como acolher a pura definição representada no citado Decreto.

Já Rolim⁶⁹ conjuga que essas sociedades por interferirem na atividade privada, executam como regra geral atividades econômicas e podem, por expressa determinação em lei prestarem serviços públicos, referindo-se ao artigo 173, parágrafo 1º e 175 da Constituição

⁶⁶ *Idem*, p. 74-75

⁶⁷ BRASIL, Decreto-lei federal 200/67 - Art. 5º, III, alterado pelo Decreto-lei 900, de 29.09.1969

⁶⁸ BANDEIRA MELLO, 2008, p. 190-192, grifo do autor

⁶⁹ ROLIM, 2004, p. 148-149

Federal. Também ao analisar as características da sociedade de economia mista em relação ao artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal menciona:

O inciso XIX do art. 37 da CF, é taxativo: somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de sociedade de economia mista, lei essa que lhe definirá os objetivos, a natureza, o regime jurídico, o patrimônio, o seu campo de atuação e demais requisitos necessários a sua existência. [...]

Mas Di Pietro⁷⁰ lembra que “Nem sempre a entidade surge, originariamente, da lei [...]. O importante é que da lei resulte a clara intenção do Estado de fazer da entidade instrumento de sua ação.”

Quando essas entidades são criadas para prestarem serviços públicos, elas possuem maior liberdade operacional, pois continuam a submissão às regras do direito privado, entre elas a Lei das Sociedades Anônimas, mas também sofrem maior incidência das normas e princípios de direito público, em razão da finalidade pública da sua atuação, resguardando os interesses públicos na percepção de Rolim⁷¹.

O próprio Decreto-Lei federal nº 200/1967, pela imposição do parágrafo único do seu artigo 27, assegura às sociedades de economia mista condições idênticas às do setor privado.⁷²

Por fim, o que se percebe é que a execução de serviço público pelas sociedades de economia mista é exceção, já que como regra geral, seu objeto é a exploração de atividade econômica. Mas a própria Constituição Federal, em seu artigo 173, parágrafo 1º, *in fine*, possibilita à estas sociedades executarem serviços públicos: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”.

⁷⁰ DI PIETRO, 2007, p. 415

⁷¹ ROLIM, 2004, p. 161-162

⁷² “Art. 27 [...] Parágrafo único: Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo.” (sic)

2.2 Setor elétrico brasileiro: Marcos regulatórios e o arcabouço legal

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 21 estabeleceu competência a União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Também atribuiu, com base no artigo 175, a responsabilidade ao poder público a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, estabelecendo também que essas concessões ou permissões serão sempre mediante licitação.

Cabe salientar que até a promulgação da Constituição de 1988, as empresas estatais que atuavam no setor possuíam exclusividade na exploração desses serviços de energia elétrica em determinadas regiões do Brasil. Entretanto, com o advento da Carta Política de 1988, expõe Santana⁷³, o novo preceito constitucional põe fim a essa exclusividade para as empresas de geração e transmissão, já que impôs a obrigatoriedade dos serviços serem explorados diretamente pela União ou concedido por meio de licitação.

Nesse aspecto, não se pode contemplar que a atuação de uma estatal federal quando presta um serviço público de energia elétrica se caracteriza como exploração direta da União, quando não haveria a obrigatoriedade de licitação, pois geralmente estas estatais são sociedades de economia mista, regidas pela lei das sociedades anônimas e com ações negociadas em bolsas de valores.

De 1988 até fevereiro de 1995, oito anos após a promulgação da Constituição, o setor vivenciou um vazio de ordem legal, pois juntamente com a expansão deveria ser implantada toda uma nova regulamentação, consoante aos comandos constitucionais, o que

⁷³ SANTANA, 2004, p. 83

não ocorreu. O resultado é que neste período raramente foi iniciado algum empreendimento novo, ou concluído algum já em andamento.

A partir de 1995, um conjunto de leis estabeleceu as bases legais de reestruturação do setor elétrico brasileiro. Inicialmente o que se trabalhava era uma regulamentação genérica para as concessões de serviço público, sendo que em fevereiro de 1995 foi sancionada a Lei 8.987/95 (Lei das concessões), que estabeleceu de forma peculiar os requisitos inerentes às concessões de serviço público, entre elas a existência de contrato específico e seus requisitos.

Em razão de algumas especificidades próprias e indefinições no texto da lei ao ser aplicada ao setor, houve necessidade de edição de uma medida provisória concomitante a lei geral das concessões, sendo que esta medida provisória foi convertida na Lei 9.074/95, dando nova formulação e configuração ao setor elétrico⁷⁴.

Nessa nova legislação ficaram estabelecidos: os requisitos próprios para a prorrogação das concessões existentes, independentemente se estavam vencidas ou não; mecanismos para possibilitar a outorga das novas concessões de energia elétrica; o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, entre outros.

A elaboração desta lei se deu no mesmo período que se iniciava a reestruturação do setor elétrico brasileiro, na esfera do Ministério de Minas e Energia (MME), o que se conclui que as demais regulamentações deveriam seguir esta lei.

Nesse contexto, em dezembro de 1996 foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Lei 9.427/96 e em agosto de 1997 pela Lei 9.478/97 criou-se o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), como órgão de assessoria junto à presidência da república nas políticas setoriais.

⁷⁴ *Idem*, p. 86

Em maio de 1998, foi editada a Lei 9.648/98, alterando dispositivos das Leis nº 3.890-A/61, nº 8.666/93, nº 8.987/95, nº 9.074/95, nº 9.427/96, e autorizando o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás e de suas subsidiárias. Esta lei completou as bases do modelo implantado, estabelecendo a segmentação das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização; a criação do Operador Nacional do Sistema (ONS) e a instituição do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), este substituído mais tarde pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), por intermédio da Lei 10.848/04.

Todo esse processo legislativo, que foi constituído por novas estruturas e agentes, por meio de um modelo competitivo, se constitui num esforço que visava estimular maiores investimentos no setor, visando um aumento da eficiência e conseqüente melhoria na qualidade dos serviços prestados.

Hoje, a regulamentação específica é feita pela ANEEL, mediante um amplo debate com os agentes do setor, por meio de consultas e audiências públicas.

2.3 Concessão de energia elétrica

O fornecimento de energia elétrica é um serviço público, prestado diretamente pela União ou sob regime de concessão ou permissão. Como já exposto, a energia elétrica é considerada fundamental para a vida moderna, assim se enquadra como serviço público essencial e passível então de concessão.

A Constituição Federal de 1988 qualifica como serviço público de competência da União, as atividades relacionadas no artigo 21 e seus incisos X, XI, XII, XV e XXIII. Com relação aos serviços no campo da energia elétrica, estabelece competência à União para explorar *diretamente ou mediante autorização, concessão* ou permissão os serviços e instalações de *energia elétrica*⁷⁵. Enquadram-se aqui as atividades de produção, de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

A introdução desse novo regime legal, com a divisão do sistema elétrico brasileiro em categorias distintas, como geração, transmissão e distribuição, surgiu com o advento das políticas de privatização no setor elétrico. Antes das privatizações, essas concessões eram outorgadas a empresas estatais, principalmente as sociedades de economia mista, mas isso não importava necessariamente uma divisão.

Essa distinção pode ser notada de forma nítida nos vários dispositivos legais e em decretos do Poder Executivo, que regulam esses setores. Por exemplo, ao dispor das concessões, permissões e autorizações de serviços de energia elétrica, a Lei 9.074/95, em seu artigo 4^o⁷⁶, diferencia os regimes de concessões de geração, transmissão e distribuição, a começar pela limitação dos prazos, que para a geração é de trinta e cinco anos e os demais, limitados há trinta anos.

⁷⁵ BRASIL, Constituição Federal, Art. 21, XII, "b" (grifo nosso)

⁷⁶ "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 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. § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o 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."

A mesma lei, ao tratar dos serviços de transmissão de energia elétrica, em seu artigo 17⁷⁷ acentua esta divisão, aludindo ao poder concedente definir dentre as instalações de transmissão, as que se destinam a formação da rede básica, as do âmbito do próprio concessionário de distribuição e as de interesse exclusivo das geradoras.

Nota-se é certo o enquadramento desta categoria como serviço público, sendo que o mesmo será objeto de concessão, pois a relação entre o órgão regulador e as empresas reguladas geralmente é realizada por meio de um contrato de concessão.

Em verdade, todo serviço público que não esteja vinculado estreitamente à segurança nacional poderá ser objeto de concessão, explica Wald⁷⁸.

As instalações de transmissão, integrantes da rede básica, poderão ter suas concessões prorrogadas, segundo critérios da própria Lei 9.074/95, dispõe o parágrafo 5º do artigo 17⁷⁹.

Nos artigos 19 a 25 da lei em questão, estão estabelecidos os critérios para a prorrogação das atuais concessões, ou seja, das concessões existentes antes da entrada em vigor da referida lei, que regulamentou as concessões de energia elétrica.

Já a Lei 9.427/96 instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica - com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica,

⁷⁷ “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 e as de interesse exclusivo das centrais de geração.”

⁷⁸ WALD, 2004, p. 17

⁷⁹ “Art. 17 [...] § 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.”

em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, conforme disposto no seu artigo 2º.⁸⁰

Além das incumbências prescritas na lei das concessões (8.987/95), a Lei 9.427/96, atribui competência à ANEEL para promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, seja de produção, transmissão ou distribuição, conforme disposição do artigo 3º⁸¹.

Os agentes que compõe o setor elétrico são as pessoas físicas ou jurídicas (ou empresas reunidas em consórcio) que atuam no setor de energia elétrica e os consumidores livres, conforme disposição da Lei 9.074/95. Estão divididos nas categorias de geração, transmissão, distribuição, comercialização, produtor independente, autoprodutor e consumidor.

Os órgãos governamentais coordenam os sistemas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica a fim de que esses serviços sejam realizados de maneira eficiente, diminuindo os riscos de desabastecimento e garantindo o fornecimento de energia aos consumidores sem interrupção. Coordenam também a realização dos investimentos no setor por meio de licitações para a exploração desse serviço público, fazem análise dos locais com maior carência de investimento e necessidades de ampliações, além de fiscalização dos concessionários e dos serviços prestados.

⁸⁰ “Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.”

⁸¹ “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...] II - 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;”

O modo como os contratos no setor estão sendo definidos determinam o tipo de regulação utilizado, distribuem os possíveis benefícios entre as partes envolvidas e procuram prever todos os riscos e danos que podem surgir ao longo do tempo.

2.4 O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos – a ANEEL como órgão regulador do SEB

A competência para a prestação dos serviços públicos de energia elétrica, segundo disposto no artigo 21⁸², inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal, é da União, sendo exercida no âmbito do Ministério de Minas e Energia.

Com a criação da ANEEL, órgão regulador do setor elétrico brasileiro, sucessor do antigo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), percebe-se algumas ações que direcionam a nova reestruturação setorial, destacando entre elas: a redução do Estado no papel das funções empresariais no setor; a privatização de algumas empresas; o modo de licitação para novos empreendimentos expansivos, com atração de capital privado e o estabelecimento da função institucional do órgão regulador.⁸³

A importância na constituição dessa agência reguladora está no fato destas instituições terem maior independência e poder decisório no mercado de atuação, diferentemente da ingerência política regional e demais interesses que acometia o setor até então, proporcionando condições favoráveis para o desenvolvimento do mercado de energia elétrica.

⁸² 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;”

⁸³ SANTANA, 2004, p. 103, 114

A ANEEL representou uma inovação na maneira de organização de toda indústria de energia elétrica do país, no relacionamento com os agentes que atuam na prestação de serviços de energia elétrica, sejam eles públicos ou privados. Suas atribuições foram definidas de forma clara pela lei que a instituiu, com a missão precípua de criar condições para que os serviços de energia elétrica sejam prestados de forma adequada, com um equilíbrio entre os interesses dos agentes e os consumidores, beneficiando de modo geral toda a sociedade.⁸⁴

A Lei 10.848/04 redefiniu o papel da ANEEL como delegada do Poder Concedente, com alterações na lei anterior, pelo incremento do artigo 3º-A a Lei 9.427/96.⁸⁵

Para tanto, a lei lhe atribuiu as obrigações de regular e fiscalizar o funcionamento do setor elétrico brasileiro conforme a legislação e as normas em vigor, intercedendo administrativamente nos possíveis conflitos entre os agentes do setor e também entre estes e os consumidores, de acordo com as políticas públicas do governo federal. Exerce também, por delegação da União, o papel de Poder Concedente⁸⁶, realizando a outorga para exploração dos serviços de energia elétrica e gerenciar os contratos de concessão ou de permissão dos serviços de energia elétrica, conforme disposto no artigo 3º da Lei 9.427/96 e seus incisos.⁸⁷

⁸⁴ *Ibidem*, p. 108

⁸⁵ “Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações 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; II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos.”

⁸⁶ BRASIL, Lei 9.427/96 - “Art. 3º [...] II - 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;”

⁸⁷ “Art. 3º [...] IV - gerir os contratos de concessão ou de 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;”

A ANEEL definiu todo o arcabouço regulatório do setor, sustentado pelo marco legal estabelecido, viabilizando a participação de investidores nas áreas de geração, transmissão e distribuição, bem como estipulou as regras e critérios no setor, permitindo uma melhoria na qualidade dos serviços prestados pelos agentes.⁸⁸

No segmento de transmissão, a regulação contribuiu para o estabelecimento de um modelo competitivo, pois a atuação da ANEEL nessa área tem se mostrado fundamental para a viabilização e incremento nas transações de compra e venda de energia elétrica, pois a transmissão como já dito, é o elo entre as usinas geradoras e as distribuidoras dos núcleos de consumo.

Existe uma tendência de que o modelo de transmissão adotado recentemente no setor é compatível às necessidades do sistema nacional como um todo, e a regulação contribuiu para tanto, pois em 1998, logo após o início de suas atividades, houve a publicação das regras que definiram quais eram as instalações de transmissão que compunham o sistema da Rede Básica do sistema interligado, já tratada anteriormente.

Dessa forma, ao realizar a definição de quais as linhas de transmissão e equipamentos das subestações integram a Rede Básica, de acordo com a Lei 9.074/95, a ANEEL conferiu maior transparência ao sistema. Essa delimitação permitiu a regulamentação para o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição.

A instituição de um conjunto de regras para a área de transmissão implicou num ambiente contratual que pode ser mensurado pelos inúmeros contratos de concessão celebrados com as empresas que detinham a titularidade destes serviços, além de inúmeros outros contratos de concessão para os novos empreendimentos a partir da vigência da lei 9.074/95.

⁸⁸ SANTANA, 2004, p. 123-131

Desse modo, o presente capítulo buscou fornecer um histórico do setor elétrico brasileiro com a atuação das empresas estatais, em especial as sociedades de economia mista, na área de prestação de serviços públicos de energia elétrica e as formas de outorga destes serviços pelo Poder Concedente a esses entes.

A abordagem é orientada nas legislações que norteiam o setor, especialmente após o novo marco regulatório surgido a partir de 1995 apontando as novas diretrizes setoriais e os agentes que atuam neste segmento.

Por fim, se analisou as características e o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) frente ao setor elétrico brasileiro, na gestão dos contratos de concessão e outras atribuições, em consonância com as prerrogativas que a lei de instituição lhe estabelece enquanto Poder Concedente que é.

CAPÍTULO III

3 FIM DAS CONCESSÕES EM 2015 E O ENTRAWE DAS PRORROGAÇÕES

Tema recente e que vem gerando uma grande mobilização no setor elétrico brasileiro é o que trata das possibilidades de renovação ou prorrogação das concessões de energia elétrica outorgadas pela ANEEL por meio de contratos de concessão de serviço público de energia elétrica com prazo de vencimento para o ano de 2015. Essa mobilização integra os agentes de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica bem como suas entidades representativas além da participação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)⁸⁹ e do Ministério de Minas e Energia (MME), com o objetivo de apresentar o resultado dos estudos desenvolvidos pela área governamental e opiniões dos agentes do setor, para encontrar uma medida legal que permita a prorrogação das concessões.

O problema a ser enfrentado pelas empresas que detêm as concessões de energia elétrica é o vencimento destes contratos em 2015, pois neste ano vencem os contratos de concessão de cerca de 17 mil Megawatts⁹⁰, segundo dados do relatório de novembro de 2008 do Grupo de Estudos do Setor Elétrico – GESEL UFRJ, que também aponta que o

⁸⁹ O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE foi criado pelo art. 2º da Lei nº 9.478/97 e regulamentado pelo Decreto nº 3.520/00

⁹⁰ GESEL, 2008, p. 5-6

encerramento dos contratos de concessão das empresas de transmissão de energia elétrica para o mesmo período acima, perfazem uma malha de aproximadamente 73 mil quilômetros, uma extensão relativa à 404 linhas de transmissão da rede básica.

Há duas opções básicas a ser realizada pelo Poder Concedente: relicitação, ou seja, lançar nova licitação destes ativos de energia elétrica ou a prorrogação dos atuais contratos de concessão firmados após 1995. A decisão é que definirá os rumos do setor elétrico para as próximas décadas.

Caso a prorrogação não ocorra, o mercado energético poderá sofrer um colapso além de um grande impacto no preço da energia, devido à desconstrução dessa quantidade de energia, causado pelo encerramento das concessões, haja vista que no novo modelo do setor elétrico existe uma regulação na contratação das demandas de energia.

A direção da ANEEL, que é o órgão regulador do setor elétrico em nosso país, ainda não chegou a um consenso quanto ao que deve ser feito, se licitar ou prorrogar, mas defende uma solução rápida⁹¹ sendo que se não for prorrogada, ao final do período da concessão, a propriedade pode vir a ser revertida para a mão do Estado. Porém, ainda não existe um modelo definido pelo governo para a licitação destes ativos que deveriam retornar à União.

3.1 Fundamentação legal ao tema das prorrogações no setor elétrico

Em meio à metade e o final da década passada o que se constata é um grande movimento no setor elétrico brasileiro, na instituição de um novo modelo para o setor, cuja estrutura legal se amparava na Lei 8.987/95 (Lei das Concessões), na Lei 9.074/95 (Lei de

⁹¹ Disponível em:
<http://www.dm.com.br/materias/show/t/aneel_defende_decisao_rapida_sobre_concessoes>. Acesso em 23 ago. 2009

Outorga e Prorrogações das Concessões e Permissões), e na Lei 9.427/96 (Lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL). Neste panorama regulatório aliado a uma política desestatizante do governo da época, aconteceram inúmeros leilões de privatização de concessionárias prestadoras do serviço público de energia elétrica.

A Lei geral das concessões, Lei 8.987/95, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, define em seu artigo 23, inciso XII, que “às condições para a prorrogação do contrato” são cláusulas essenciais dos contratos de concessão, admitindo assim a possibilidade da prorrogação das concessões.

As cláusulas prevendo ser viável a prorrogação, de forma geral, foram incorporadas aos contratos de concessão firmados no setor elétrico brasileiro entre os concessionários, incluindo aqui as empresas estatais, e o Poder Concedente.

Esta lei não alude à possibilidade de que estas prorrogações sejam realizadas apenas uma única vez, tão somente admite a hipótese de prorrogação das concessões.

Já o artigo 35 da Lei 8.987/95 enumera, dentre os casos de extinção da concessão, o advento do termo contratual, sendo que ao término, o Poder Concedente retoma os bens reversíveis, cabendo a concessionária uma indenização pelos investimentos ainda não amortizados.

A Lei 8.987/95 também definiu algumas regras de transição para as concessões, entre elas as concessões outorgadas após Constituição Federal de 1988 e sem licitação, caso em que deverão ser extintas, com base no artigo 43 da lei. Esta condição também alcança as concessões outorgadas anteriormente à Constituição e cujas obras não tenham sido iniciadas ou estiverem paralisadas.

As concessões anteriores à Lei 8.987/95, que tenham prazo fixado em seu contrato ou no ato de outorga, serão válidas pelo prazo remanescente. Encerrado este prazo, a

concessão será licitada, conforme disposição do artigo 42, que também prevê que as concessões que tenham o prazo vencido, indeterminado ou que foram outorgadas em caráter precário, deverão ser extintas em até vinte e quatro meses.

A Lei 9.074/95, que deu nova formulação e configuração ao setor elétrico, definiu as regras de transição para o setor. O artigo 4º prevê que as concessões “serão contratadas, prorrogadas e outorgadas nos termos desta Lei e da Lei 8.987, e das demais.” O parágrafo 3º deste artigo deve ser destacado e dispõe que:

§ 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o 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. (grifo nosso)

Merece destaque também o parágrafo 4º do mesmo artigo que complementa o parágrafo anterior:

§ 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data.

Na esfera dos serviços de transmissão de energia elétrica a lei 9.074/95 estabelece que as instalações de transmissão que compõe a rede básica poderão ter suas concessões prorrogadas, segundo critérios dos artigos 19 e 22 desta lei, com previsão no artigo 17, parágrafo 5º. Para esclarecer, o artigo 19 permite prorrogar as concessões de geração e o artigo 22 possibilita prorrogar as concessões de distribuição, ambas alcançadas no artigo 42 da Lei 8.987/95, pelo prazo de até 20 anos.

Com embasamento nestas disposições legais, as concessões do setor elétrico foram prorrogadas por meio de contratos, cujas disposições que autorizaram essas prorrogações, estão previstas nos contratos firmados com o Poder Concedente e os concessionários, contendo as respectivas cláusulas.

A Lei 9.427/96, instituidora da ANEEL, prevê no artigo 27⁹² que os contratos celebrados na vigência da lei conterão cláusula que permita a prorrogação da concessão, condicionada ao preenchimento de alguns requisitos estabelecidos no próprio contrato e nas legislações pertinentes.

Este artigo permaneceu vigente entre 1996 e 2004, sendo revogado pela Lei 10.848/2004, que redefiniu o novo modelo setorial. No entanto, entende-se, assim como entendimento de alguns agentes do setor⁹³, que a revogação do artigo 27 da Lei 9.427/96, não atingiu, obviamente, os contratos de concessão firmados antes de 2004, que foram celebrados em consonância às normas da legislação na época.

Quanto ao processo administrativo referente à solicitação de prorrogação das concessões existentes, Fábio Amorim⁹⁴ observa que uma vez que a prorrogação deva ser requerida e não se opera automaticamente, deverá ser requerido junto a ANEEL, para que a Agência analise os documentos que comprovem a qualificação técnica, jurídica, financeira e administrativa do requerente bem como os demais requisitos obrigatórios. Caberá, no entanto, ao Ministério de Minas e Energia (MME), com base nas informações específicas repassadas pela ANEEL, decidir pela prorrogação ou extinção da concessão, com base no artigo 3º do Decreto nº 1.717/95⁹⁵, que estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.074/95.

A Lei 10.848/04, que instituiu o novo modelo para o setor elétrico brasileiro,

⁹² “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.”

⁹³ Entre eles: WALD, 2004; MARQUES NETO, 2008; PINTO, 2008

⁹⁴ AMORIM, 2009, p. 68-69

⁹⁵ “Art. 3º É delegada ao Ministro de Estado de Minas e Energia competência para conceder as prorrogações de prazo de que trata este Decreto.”

acrescentou o parágrafo 1º ao artigo 3º-A da Lei 9.427/96⁹⁶ (lei de criação da ANEEL), estabelecendo que o Poder Concedente deverá ouvir previamente a ANEEL nos processos referentes à outorgas e prorrogações. Assim, Amorim adverte que mesmo cabendo ao MME a decisão da prorrogação, caberá a Agência Reguladora instruir o processo, sendo que a competência dirigida a ANEEL se restringe tão somente a verificação do cumprimento dos requisitos contratuais, já que se trata de órgão responsável pela gestão dos referidos contratos de concessão, não podendo extrapolar sua competência legal, ou seja, não cabe ao órgão regulador propor diretrizes de política energética, papel este que compete ao próprio Ministério de Minas e Energia e ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE).

3.1.1 Concessão às sociedades de economia mista e o artigo 175 da Constituição Federal

Existe como já se frisou, entendimento doutrinário de que a relação jurídica estabelecida entre as sociedades de economia mista, enquanto integrantes da Administração Indireta do Estado, e o Poder Público, não se perfectibiliza por meio de concessão, pois esta técnica contratual deu lugar à prestação desse serviço público de energia elétrica por pessoa da esfera estatal desde a primeira metade do século XX.

De efeito, Eros Grau⁹⁷ frisa que “não se estabelece, quanto às funções nas quais são investidas, nada, absolutamente nada que corresponda à prorrogação de contrato e às condições de caducidade, fiscalização ou rescisão da concessão.”

Também já se abordou que em se tratando de sociedade de economia mista, não deveria haver concessão por contrato, mas sim por delegação, por meio de lei, pois se

⁹⁶ “Art. 3º-A – [...] § 1º No exercício das competências referidas no inciso IV do art. 29 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das competências referidas nos incisos I e II do caput deste artigo, o Poder Concedente ouvirá previamente a ANEEL.”

⁹⁷ GRAU, 2007, p. 144

justifica assim a criação destas entidades como um meio de que o Estado se utiliza para descentralizar suas funções com aumento de eficiência e uma maior agilidade. Mas no caso do setor elétrico brasileiro, as sociedades de economia mista, e cita-se como exemplo a Eletrosul, não atuavam no modelo anterior como concessionárias, mas prestavam os serviços de energia elétrica mediante delegação do Poder Concedente, por intermédio de leis ou decretos que autorizaram sua criação. Com o advento da nova Constituição Federal de 1988 a criação destas entidades estatais passou a ser obrigatoriamente autorizadas por lei.⁹⁸

Como quer que seja, com o advento do novo modelo para o setor elétrico, esta tendência perdeu força e via de regra as leis setoriais passaram a considerar essas estatais como efetivas concessionárias do serviço público de energia elétrica, sujeitas aos benefícios e rigores dos contratos, sendo este imprescindível, asseveram Castro e Loureiro⁹⁹.

Ao avaliar o caput do artigo 175 da Constituição Federal, verifica-se que ali nada consta efetivamente, que impeça a sociedade de economia mista atuar como concessionária por meio de contrato.¹⁰⁰ Esta questão na prática encontra posicionamentos controversos na doutrina, contudo, o certo é que com a implantação de novo modelo institucional do setor elétrico brasileiro, após o ano de 1995, as sociedades de economia mista federais têm participado de inúmeras licitações para a concessão de serviços públicos de transmissão.¹⁰¹

Neste sentido, parece ser esta a forma, *concessão por meio de contrato*, que o Poder Concedente vem adotando após a reformulação do modelo setorial em 1995, quando da outorga dos serviços públicos de energia elétrica às empresas estatais. (grifo nosso)

Ressalta-se que as empresas estatais que prestam serviço público de energia elétrica

⁹⁸ CALDAS, 2008, p. 108

⁹⁹ CASTRO; LOUREIRO, 2008, p. 6-7

¹⁰⁰ CALDAS, *op. cit.*, p. 108

¹⁰¹ Serve de exemplo a referência à linha de transmissão de 525 kV Campos Novos – Blumenau, em Santa Catarina, cuja licitação foi lançada em 21/12/1999, em que houve a participação da Eletrosul concorrendo ao empreendimento. Fonte: <http://www.aneel.gov.br>.

se distinguem das demais estatais que exploram atividades exclusivamente econômicas, como exemplo o Banco do Brasil ou a Petrobrás. As que prestam serviço público atuam dentro do conceito de descentralização administrativa, com fundamento no artigo 175 da Constituição Federal, enquanto as últimas possuem seu fundamento nos termos do artigo 173 da CF, atuando em concorrência com a iniciativa privada ou em regime de monopólio, artigo 177 da CF, nas hipóteses legais.¹⁰²

Assim, o dispositivo constitucional do artigo 175 e seu parágrafo único, que trata da lei que disporá sobre as concessões e permissões de serviços públicos, fixam os parâmetros que devem ser observados pelo legislador infraconstitucional, ou seja, as Leis nº 8.987/95, nº 9.074/95 (que trata em sua maior parte das concessões dos serviços públicos de energia elétrica) e mais recentemente a Lei nº 10.848/04 (se refere basicamente à comercialização de energia elétrica), abordam especificamente a matéria.¹⁰³

O artigo 175 da Constituição Federal também determina que a Lei estabeleça o “caráter especial do contrato e de sua prorrogação”¹⁰⁴. E a Lei 8.987/95, que regulamentou o artigo supracitado, em sintonia com a disposição constitucional, traz expressamente esta necessidade de que o contrato possua cláusula com as condições para sua prorrogação, disposta no artigo 23, inciso XII.

Então, neste cenário legislativo se percebe que as cláusulas de prorrogação existentes no contratos de concessão firmados com o Poder Concedente são válidas e legais, e estão em harmonia com nossa Constituição Federal.

¹⁰² CALDAS, *op. cit.*, p. 110

¹⁰³ *Idem*, p. 110-111

¹⁰⁴ BRASIL, 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;”, grifo nosso

3.2 Análise do contrato de concessão de transmissão da Eletrosul em comparação à legislação setorial

A Eletrosul Centrais Elétricas SA para desenvolver seu novo papel no setor elétrico brasileiro, como empresa de transmissão de energia elétrica, teve que se reestruturar, pois como já se abalizou, o novo marco regulatório instituiu as bases legais para reestruturação setorial e nesse novo contexto, em conformidade com essas legislações, a Eletrosul assinou o contrato de concessão de serviço público de número 057/2001 com a ANEEL.

O contrato de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica foi assinado em 20 de junho de 2001, tendo como poder concedente a União, no uso da competência que lhe confere o artigo 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição Federal, por intermédio da ANEEL, em conformidade com suas atribuições estipuladas no artigo 3º da Lei 9.427/96, e por outro lado, na condição de concessionária de transmissão de energia elétrica, a Eletrosul Centrais Elétricas SA, com interveniência da Eletrobrás, como acionista controlador, já que a Eletrosul é sua subsidiária.

O contrato define como Concessionária de Transmissão a “pessoa jurídica com delegação do PODER CONCEDENTE para exploração do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO”¹⁰⁵, considerando o sistema de transmissão como “conjunto de instalações de transmissão integrantes da rede básica, bem como as instalações de conexão e demais instalações de transmissão pertencentes às concessionárias de transmissão”¹⁰⁶, no que se enquadram as linhas de transmissão e seus terminais, transformadores e seus terminais ou demais equipamentos destinados a cumprir uma função de regulação de tensão, controle de

¹⁰⁵ Contrato de Concessão de Transmissão nº 057/2001 - ANEEL-ELETROSUL, 2001, p. 2, grifo do contrato

¹⁰⁶ Contrato de Concessão de Transmissão nº 057/2001 - ANEEL-ELETROSUL, 2001, p. 3

fluxo de potência ou conversão de frequência.

O referido contrato tem por objeto a concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica, cuja concessão foi *prorrogada* por meio da Portaria do Ministério de Minas e Energia, MME nº 185¹⁰⁷, para as instalações relacionadas, no ANEXO I do contrato e que constam da Resolução Normativa ANEEL nº 166/2000¹⁰⁸ e nas resoluções posteriores expedidas pela ANEEL, e para as instalações de conexão e demais instalações de transmissão, relacionadas no anexo II do contrato, constantes do processo ANEEL no 48500.000610/99-21.

Cumprе ressaltar que se entende, a exemplo da visão de alguns doutrinadores, que não houve evidentemente prorrogação, mas sim uma outorga de concessão por meio de contrato, que até então não existia.

Ao assinar este contrato de concessão, por imposição do poder concedente, a Eletrosul obrigou-se a renunciar a eventuais direitos preexistentes e que contrariassem a Lei 8.987/95, conforme dispõe a cláusula segunda, subcláusula quinta do referido contrato¹⁰⁹, em razão da disposição do artigo 25 da Lei 9.074/95¹¹⁰.

O prazo de concessão significa o espaço de tempo em que o contrato irá vigorar, tendo como marco inicial, em tese, a data em que o contrato foi assinado. No entanto, em relação às concessões existentes antes da publicação da Lei 9.074/95, a própria lei estabelece regras para essas instalações de transmissão¹¹¹. A Eletrosul assinou o seu

¹⁰⁷ PRT MME 185 de 06.06.2001, D.O de 07.06.2001, seção 1, p. 96, v. 139, n. 110-E. (grifo nosso)

¹⁰⁸ ANEEL - RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 166 de 31/05/2000 publicado em 01/06/2000.

¹⁰⁹ Contrato 057/2001-ANEEL – “CLÁUSULA SEGUNDA [...] Quinta Subcláusula - A TRANSMISSORA, de acordo com o que dispõe o art. 25 da Lei no 9.074, de 1995, renuncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei no 8.987, de 1995.”

¹¹⁰ “Art. 25. As prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com assinatura de contratos de concessão que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei no 8.987, de 1995.”

¹¹¹ BRASIL, Lei 9.074/95 – “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 e as de interesse exclusivo das centrais de geração. [...]§ 4o As instalações de transmissão, existentes na data de publicação desta Lei, serão

respectivo contrato de concessão em 20 de junho de 2001, por um prazo de vinte anos, contado a partir da vigência da Lei no 9.074/95, ou seja, a partir de 08 de julho de 1995, encerrando-se em 7 de julho de 2015¹¹².

Assim, mesmo sendo posterior, a assinatura do contrato teve que observar o dispositivo legal, pois via contratual não se pode ir além do que a lei estabeleceu. O próprio contrato institui que “Aplicam-se a este CONTRATO as normas legais relativas ao SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO vigentes nesta data e as que vierem a ser editadas pelo PODER CONCEDENTE e pela ANEEL.”¹¹³

A lei 9.074/95 e principalmente a Lei 9.427/96 (lei de instituição da ANEEL), deram ao concessionário uma expectativa de direito de prorrogação, consubstanciando no revogado artigo 27 da Lei 9.427/96¹¹⁴ e em especial, traduzido no contrato da Eletrosul¹¹⁵:

Primeira Subcláusula - Para assegurar a continuidade e qualidade do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO e com base nos relatórios técnicos específicos preparados pela fiscalização da ANEEL, o prazo da concessão estabelecido no caput desta Cláusula poderá ser prorrogado pelo período de até 20 (vinte) anos, mediante requerimento da TRANSMISSORA ao PODER CONCEDENTE. A eventual prorrogação do prazo da concessão estará subordinada ao interesse público e à revisão das condições estipuladas neste CONTRATO.

Este artigo 27 da Lei 9.427/95, embora revogado em 2004 pela Lei 10.848/04, deve respeitar o ato jurídico perfeito, aplicando-se aos contratos celebrados entre 1995 e 2004,

classificadas pelo poder concedente, para efeito de prorrogação, de conformidade com o disposto neste artigo. § 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.”

¹¹² Contrato 057/2001-ANEEL – “CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - PRAZO DA CONCESSÃO - A presente concessão para transmissão de energia elétrica, prorrogada nos termos da Portaria MME no 185, de 06 de junho de 2001, tem prazo de 20 (vinte) anos, contado a partir da vigência da Lei no 9.074, de 1995, encerrando-se em 7 de julho de 2015.

¹¹³ Contrato 057/2001-ANEEL – CLÁUSULA SEGUNDA – Sexta subcláusula, grifo no contrato

¹¹⁴ Artigo 27 da Lei 9.427/96 revogado pela Lei nº 10.848, de 2004 - “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.”

¹¹⁵ Contrato de Concessão de Transmissão nº 057/2001 - ANEEL-ELETROSUL, 2001, p. 16, grifo no contrato

anteriores a publicação da Lei 10.848/04, pois quando da assinatura do referido contrato, a Lei 9.427/96 estava em vigor (e ficou vigente entre 1996 e 2004) e o contrato não contrariou nenhum dispositivo legal ao prever em suas cláusulas a possibilidade de prorrogação, muito pelo contrário, esta cláusula deve fazer parte dos contratos por expressa disposição legal.

Esse entendimento é demonstrado por Wald¹¹⁶ o qual acrescenta que nos contratos de concessão, desde que sejam cumpridas as obrigações assumidas pelo concessionário, conforme disposição contratual, a regra para prorrogação deixa de ser uma simples faculdade da Administração e se transforma num direito adquirido do concessionário, que somente poderá ser afastado quando houver interesse público e desde que seja paga a indenização justa ao concessionário.

Wald também explica que sob o ponto de vista econômico, a razão pela qual se estabelecem prazos relativamente longos para as concessões se deve a necessidade de amortização por parte do concessionário, dos investimentos realizados, reconhecidos pelo próprio legislador no artigo 20 da Lei 9.074/95.

Este tem sido o grande problema das concessões tradicionais no país até a década de 1960, aponta o autor, nas quais o concessionário, ao momento que se aproximava o fim da concessão, deixava de manter e modernizar seus sistemas e tecnologias, em prejuízo dos usuários e também do Estado. Cita como exemplo a Light, as companhias telefônicas e de estradas de ferro, cujos serviços foram se deteriorando progressivamente por falta de investimentos na medida em que se aproximava o termo final do contrato.

Assim, a prorrogação da concessão tornou-se um dos elementos que visam garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, com proteção constitucional e da Lei 8.987/95, explica Wald¹¹⁷, a fim de que o concessionário mantenha atualizado e

¹¹⁶ WALD, 2004, p. 186-187

¹¹⁷ WALD, *op. cit.*, p. 189-190

modernizado o serviço público até o fim do primeiro período contratual, pois poderá contar com a prorrogação para amortizá-los.

No caso da transmissão e da distribuição, diferentemente do que ocorre com a geração, não há um investimento maior no início da concessão, pois ele é vultoso e contínuo, sendo ligados novos usuários a cada dia, exigindo-se assim a adaptação, construção, ampliação, operação e manutenção de toda infra-estrutura necessárias a atender essa nova demanda e garantir o correto funcionamento do serviço público.

Wald ainda salienta que a cláusula de prorrogação não é potestativa, não constituindo uma faculdade que o Poder Concedente poderá ou não exercer, mas se constitui num verdadeiro poder-dever, sujeitando-se apenas ao cumprimento das regras estabelecidas no contrato. Efetivamente, acrescenta, da análise dos textos da lei e do contrato, a aparente faculdade da autoridade resume-se num ato vinculado. Entendendo por fim Wald que a cláusula de prorrogação existente nos contratos é perfeitamente legítima, decorrendo de previsão legal e também do contrato.

Sustentando o raciocínio, em exame as concessões de energia elétrica, Blanchet¹¹⁸ dispõe:

A Medida Provisória nº 890/95, assim as que se lhe seguirem, reiterando o mesmo texto nas sucessivas reedições, até a de nº 1.017/95, estabeleciam que as concessões poderiam ser prorrogadas pela União 'a seu exclusivo critério'. Essa expressão foi suprimida no texto da lei ora em exame, o que reforça o caráter vinculante e não meramente discricionário da norma a que se referem os dispositivos referentes a prorrogação de concessões existentes nesta lei. [...] Isto significa que, uma vez satisfeitas, pelo concessionário pretendente da prorrogação, as condições para que a concessão seja prorrogada, o poder concedente estará obrigado a deferir o pedido, prorrogando o prazo da concessão, não cabendo qualquer espaço para exercícios evasivos sob pretexto de avaliação da conveniência ou oportunidade do deferimento, pois em razão da alta relevância da finalidade da norma [...] o legislador considerou previamente já na própria lei como conveniente e oportuna a obrigatoriedade da prorrogação se preenchidos pelo pretendente os requisitos necessário.

Não obstante a exposição da cláusula que prevê a possibilidade de prorrogação no

¹¹⁸ BLANCHET, 1995, p. 207-208

próprio contrato, se observam alguns dispositivos que remetem a essa possibilidade, como o próprio artigo 175 da Constituição Federal de 1988 já analisado.

A legislação específica de concessões do setor elétrico, Lei 9.074/95, em sendo uma regra de transição a partir do novo modelo setorial, na área de transmissão de energia elétrica também dispõe de regras para a prorrogação, com base no seu artigo 17, parágrafos 4º e 5º¹¹⁹, que remete aos critérios estabelecidos nos artigos 19¹²⁰ e 22¹²¹ da mesma lei, que tratam das possibilidades de prorrogação das áreas de geração e distribuição, respectivamente.

Entretanto, a Lei Geral admite a possibilidade de prorrogação e as disposições contidas no artigo 19 da Lei 9.074/95, afirma que a União poderá prorrogar pelo prazo de até vinte anos as concessões, mas tanto um diploma quanto outro não estipulam que essa prorrogação seja realizada apenas uma única vez. Fato é que as cláusulas prevendo a prorrogação de modo geral, foram incorporadas aos contratos firmados entre os agentes concessionários e o Poder Concedente no setor elétrico.

Prosseguindo a análise à Lei 9.074/95, o artigo 28¹²² trata das concessões outorgadas nos casos de privatização, e nesses casos, várias concessões foram outorgadas como sendo novas concessões, com prazos de trinta anos e possibilidade de prorrogação

¹¹⁹ “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 e as de interesse exclusivo das centrais de geração. [...] § 4º As instalações de transmissão, existentes na data de publicação desta Lei, serão classificadas pelo poder concedente, para efeito de prorrogação, de conformidade com o disposto neste artigo. § 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.”

¹²⁰ “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 manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.”

¹²¹ “Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.”

¹²² “Art. 28. Nos casos de privatização, nos termos do artigo anterior, é facultado ao poder concedente outorgar novas concessões sem efetuar a reversão prévia dos bens vinculados ao respectivo serviço público.”

por mais trinta anos. Aqui se mostra de forma clara uma falta de isonomia com as concessionárias que já eram privadas ou mesmo com as empresas estatais ainda não privatizadas naquela ocasião. Para estas, não foram outorgadas como novas concessões, mas tão somente a extensão por um prazo de 20 anos para a continuidade da prestação dos serviços. O que se nota é uma forte tendência de tornar mais atraente para o capital privado a aquisição das empresas estatais do setor elétrico, facilitando a concessão destes serviços e facilitando ainda a sua prorrogação.¹²³

Sobre este tópico Elena Landau¹²⁴ explica que há regimes regulatórios distintos para as concessionárias derivada dos processos de privatizações ocorridos após 1995 e que não englobou todo o setor. As empresas privatizadas assinaram novos contratos de concessão com previsão para prorrogação. Entretanto, estas empresas convivem com as concessionárias que na época já eram privadas e com as que permaneceram sob domínio estatal, mas que foram obrigadas a se adaptar ao regime contratual imposto pela Constituição Federal e leis setoriais. Para estas concessionárias o que ocorreu foi apenas uma passagem de um regime de outorga para o novo regime contratual, agora com prazo de concessão estabelecido em 20 anos.

Por certo, a Lei 9.074/95 foi quem definiu as regras de transição para o setor elétrico brasileiro. Estabeleceu em seu artigo 4º que as concessões serão contratadas, *prorrogadas*¹²⁵ e outorgadas nos termos desta lei e da Lei 8.987/95.

A norma é clara ao especificar que as concessões de transmissão contratadas a partir da Lei 9.074/95 terão um prazo de até trinta anos, podendo ser prorrogadas no máximo por igual período. O contrato de concessão entre a Eletrosul e o Poder Concedente foi celebrado

¹²³ CALDAS, 2008, p. 223

¹²⁴ LANDAU, 2009, *In*: Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/provedor/arquivos/ifes/IFE2422.htm#bli2>>. Acesso em 20 ago. 2009

¹²⁵ Grifo nosso

em 2001, mas retroativo à julho de 1995, quando da publicação da referida lei, sendo assim, foi celebrado em observância aos ditames da lei, e só poderia ser dessa forma pela própria imposição legal.

Somente poderia ter sido contratado a partir da vigência da Lei 9.074/95, pois até então não havia uma regulamentação nesse sentido, pois são ativos existentes antes de 1995 e as concessões não haviam sido outorgadas à Eletrosul por nenhuma espécie formal de contrato, mas outorga por meio de decreto, por prazo indeterminado, pela simples razão de que antes da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, não havia contratos desse gênero formalizados no âmbito do setor elétrico brasileiro. Logo, a primeira contratação firmada com o Poder Concedente foi assinada em 2001, com termo inicial retroagindo à data de publicação da referida lei, em 08/07/1995, com termo final em 07/07/2015, o que lhe abre, a princípio, a possibilidade de prorrogação do contrato a partir do termo final, ou seja, 2015.

No mais, a Lei 9.074/95 não profere que o enunciado do parágrafo 3º do artigo 4º ampara apenas as novas concessões licitadas. Apesar da referida lei trazer referência na seção V de critérios para a prorrogação das concessões existentes àquela época (até 1995, antes da promulgação da lei), somente se deu uma nova orientação aos serviços já concedidos, sem regulamentação até então, mas não diferenciou essas das demais concessões quando pronuncia que deverão ser contratadas a partir desta lei.

Neste ponto, se constata que a lei admite, em tese, a possibilidade jurídica para prorrogação das concessões, cabendo aos contratos estabelecerem as condições em que será ou não possível. Mesmo que se admita que em 1995 os contratos foram prorrogados para as empresas estatais que prestavam o serviço público de energia elétrica, não há inclusive na lei geral das concessões, Lei 8.987/95, qualquer disposição que limite a possibilidade de prorrogação por apenas uma vez.

Segundo Santana Júnior¹²⁶, há de se considerar duas importantes conseqüências relacionadas aos contratos de concessão e que possuem ligação direta com a polêmica da pesquisa aqui levantada. A primeira é de que dificilmente esses contratos permitem prever todas as contingências futuras, pois geralmente são contratos de longa duração, isto significa que durante o período da concessão do serviço público deverão surgir conflitos decorrentes de circunstâncias originalmente não previstas no momento de sua celebração.

A segunda causa apontada pelo autor são as restrições institucionais e políticas aplicadas ao ente regulador como alterações de sua competência, ampliando ou reduzindo sua eficácia de ação e também as alterações legislativas ao longo de vigência do contrato, como exemplo as leis que disciplinavam os contratos no setor elétrico brasileiro no momento da assinatura destes e as alterações surgidas em razão de filosofias políticas entre outros.

Contudo, os contratos de concessão possuem prazos longos, que justificam por si só o instituto em estudo, e períodos mais curtos, além de incompatíveis com a finalidade destes contratos, reduziriam o interesse das empresas na concessão.

Todavia, a opção do Poder Concedente será discricionária, e poderá inclusive extinguir a concessão, a qualquer tempo, e caberá então ao concessionário, em caso de não prorrogação, exigir a prévia indenização, pois a prorrogação é fato futuro e incerto, sempre a critério do Poder Concedente.

¹²⁶ SANTANA JÚNIOR, 2004, p. 72-73

3.3 Exame atual ao tema das prorrogações das concessões no setor elétrico brasileiro e o posicionamento de alguns agentes setoriais

Por se tratar de um tema polêmico na busca de uma solução jurídico-legal para assegurar a possibilidade de prorrogação das concessões de energia elétrica, vários debates tem se firmado entre os agentes do setor e suas associações em simpósios jurídicos do setor, com a participação da própria ANEEL, além de alguns doutrinadores posicionando-se entre as alternativas de outorga com disputa para essas concessões com licitação, ou prorrogá-las, sem licitação, ao atual concessionário.

Do ponto de vista econômico, essa indefinição na possibilidade das prorrogações das concessões em debate implica em enormes impactos nas decisões sobre os investimentos na área e também na situação econômica e financeira das empresas conectadas ao problema, além da possibilidade de afetar o crescimento necessário no setor.

Devido às incertezas quanto à prorrogação das concessões e os receios de que esta combinação, aliada à forte descontração que deve ocorrer no mercado de energia elétrica entre 2012 e 2015, teme-se uma dificuldade na recontração desta energia uma vez que não haveria segurança jurídica de que tais contratos serão preservados pela nova concessionária.

Pelo fato de alguns doutrinadores e agentes não pacificarem do mesmo entendimento sobre o assunto, será abordado a seguir alguns posicionamentos relevantes.

Para Justen Filho¹²⁷ a cláusula inserida no contrato que permite a prorrogação findo o prazo contratual não é compatível com o sistema constitucional e os princípios gerais que norteiam o direito. Nessa visão, o autor assevera que mesmo que se busque o reequilíbrio

¹²⁷ JUSTEN FILHO, 2003, p. 228-270

financeiro, a imposição de novas obrigações ao concessionário em compensação a prorrogação não supera a questão do interesse público, em que novo concessionário poderia formular proposta mais vantajosa. Entretanto, admite a possibilidade de prorrogação excepcionalmente na hipótese do Poder Concedente não dispor ou por opção não satisfazer a indenização ao término do prazo da concessão ao concessionário.

Entretanto, cabe discordar em parte desse posicionamento, embora lhe assista parcela de razão ao analisar friamente o texto normativo e não a realidade à aplicação da lei. Fato é que antes do novo modelo de regulamentação setorial, inúmeras empresas estatais foram criadas para desempenharem alguma atividade que a lei lhe atribuiu, e lhes subtrair a prestação de determinado serviço público para licitá-lo, seria o mesmo que extrair o objeto pela qual foram criadas, o que levaria a sua extinção, que somente poderá ser feita por meio de lei, e nenhuma lei neste sentido foi elaborada. Corrobora deste entendimento Elena Landau¹²⁸, afirmando que na situação atual, na hipótese de abrir-se nova licitação, pode ocorrer de uma empresa estatal perder todas as concessões, permanecendo com as dívidas, com os empregados e toda sua estrutura administrativa, com a possibilidade deste ônus recair sobre o contribuinte.

Sendo assim, não se vislumbra razão nesta análise objetiva da lei (art. 175, CF), pois o fato é que estas empresas desempenhavam até a publicação das Leis 8.987/95 e 9.074/95, determinados serviços públicos de energia elétrica, e não se tratavam de concessionárias, como já se frisou, pois os serviços lhes foram outorgados por atos ou decretos, lhes possibilitando executar determinadas atividades por prazos indeterminados, que se diferem da concessão, a qual possui termo final.

¹²⁸ LANDAU, 2009, *In*: Entrevista concedida à Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica (ABCD). Disponível em: <http://www.abce.locaweb.com.br/entrevista_mes.php?>. Acesso em 03 set. 2009

Há quem sustente a necessidade de uma emenda constitucional aliada a uma mudança na lei ordinária para se promover a prorrogação, eis que na opinião do procurador da Agência Nacional de Energia Elétrica, Ricardo Brandão¹²⁹, que em entrevista à Agência CanalEnergia expôs que “Há quem defenda que seria necessário apenas a lei ordinária, mas entendo que a emenda constitucional é que dá o arcabouço legal para se realizar a prorrogação das concessões”, mas salienta que essa visão a respeito do tema é de cunho pessoal, e não corresponde necessariamente a uma posição institucional da ANEEL.

Distinta abordagem é promovida por Floriano de Azevedo Marques Neto¹³⁰, que parte da análise de que os contratos de concessão de energia elétrica “foram inaugurados pela repactuação de suas condições, advinda da reestruturação regulatória do setor, a partir do ano de 1995” e desta forma não poderia se falar que uma prorrogação anterior inviabilizaria uma real prorrogação quando findo o prazo contratual. O autor também defende a legalidade das cláusulas existentes nos contratos que possibilitam a prorrogação das concessões ao seu término, pois estas cláusulas são consideradas essenciais e obrigatórias, de acordo com a disposição do artigo 23, inciso XII da Lei 8.987/95 e também por estar em consonância à regra do artigo 27 da Lei 9.427/96, vigente à época de assinatura dos referidos contratos, que se constitui, portanto, num ato jurídico perfeito.

Desse entendimento Marques Neto conclui não haver necessidade de qualquer alteração legislativa para implementar-se as prorrogações das concessões de energia elétrica que foram contratadas na remodelação do novo marco regulatório, a partir de 1995, e que o ato de prorrogação teria natureza jurídica vinculada.

Outra solução é apresentada por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro¹³¹,

¹²⁹ Disponível em: <<http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Busca.asp?id=71781>>. Acesso em 22 ago. 2009

¹³⁰ MARQUES NETO, 2008

¹³¹ LOUREIRO, 2009, p. 151-156

consubstanciado na interpretação do artigo 175 da Constituição Federal, o qual abre a possibilidade da exploração direta pela União dos serviços de energia elétrica, outorgando a empresas estatais federais após o advento do termo final das atuais concessões. Assim, não sealaria em regime de concessão e muito menos em prorrogação, enquadrando as empresas subsidiárias da Eletrobrás, estatais federais, para exercer estas atividades.

A Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica (ABRATE) sustenta a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão das empresas transmissoras, considerando esta dilatação legal, viável e conveniente.¹³² A questão da legalidade possui como fundamento o artigo 27 da Lei 9.427/96, que estava em vigor na época da celebração dos referidos contratos, e embora revogado pela Lei 10.848/04, esses contratos não foram afetados por revogação posterior, respeitando o ato jurídico perfeito e mais, a simples revogação não implica necessariamente comando proibitivo à prorrogação, pois não existe lei coibindo este procedimento. A questão da conveniência e viabilidade se resume a possibilidade de revisão dos contratos ao seu termo final, com a revisão tarifária tornando-as mais módicas aos consumidores.

Em opinião concedida ao Grupo CanalEnergia, empresa de comunicação integrada para o setor elétrico, Caldas¹³³ afirma que as prorrogações das concessões de transmissão de energia elétrica são juridicamente possíveis, mas sujeitas à avaliação pelo Poder Concedente do atendimento dos pré-requisitos estabelecidos nos seus respectivos contratos.

Caldas argumenta que é impróprio debater como prorrogações as outorgas de concessões de transmissão que foram objeto dos contratos firmados entre 1997 e 2001. Não obstante, não considera relevante a discussão quanto à possibilidade jurídica de prorrogação

¹³² PINTO, 2008, p. 1

¹³³ CALDAS, In: Opinião: Prorrogação das concessões de transmissão que expiram em 2015. Disponível em: <http://www.grupocanalenergia.com.br/transmissao/materias_opiniao.asp?id=68059>. Acesso em: 22 ago. 2009

destas concessões a partir de 2015, sob a ótica de que a legislação e os próprios contratos a admitem, a critério de avaliação técnica do Poder Concedente.

Também traz a tona de que nunca houve qualquer questionamento jurídico da validade destas cláusulas contratuais, não havendo sombra de vício de legalidade nestas disposições que possibilitam a prorrogação. Logo, segundo Caldas, não restam dúvidas de que a efetiva prorrogação é juridicamente possível e depende exclusivamente, pelo lado do concessionário requerer a prorrogação, e de outro lado, o Poder Concedente aceitar o requerimento, com base nos critérios estabelecidos, sendo o interesse público, a prestação adequada do serviço e a revisão das condições econômico-financeiras.

Em análise ao setor elétrico e o tema das prorrogações, Amorim¹³⁴ procura explicar que com o contexto regulatório somado a uma política de desestatização, aconteceram a partir de 1995 inúmeros leilões de privatização de concessionárias prestadoras do serviço público de energia elétrica. Os vencedores desses leilões além das concessionárias que não foram privatizados na ocasião, assinaram com o Poder Concedente contratos de concessão de prestação dos serviços de energia elétrica, e nesses contratos está expressamente prevista a possibilidade de prorrogação dos prazos de concessão. Essas concessões sejam de empresas privatizadas ou estatais vencerão em 2015, e as interpretações equivocadas dessas cláusulas contratuais e das legislações setoriais vem repercutindo intensa discussão sobre a possibilidade dos contratos serem prorrogados.

O autor faz uma análise das prorrogações confrontando as legislações, o contrato de concessão e o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a segurança jurídica e o interesse público. Em relação à Constituição Federal, esclarece que o artigo 175 foi regulamentado pela Lei 8.987/95, sendo derogadas tacitamente as normas anteriores que divergissem do

¹³⁴ AMORIM, 2009, p. 68-72.

seu conteúdo. Essa Lei também estabeleceu no artigo 23¹³⁵ a necessidade de inclusão de uma cláusula contratual que abordasse especificamente a questão da prorrogação da concessão, assim, essa cláusula passou a ser obrigatória em todo contrato de concessão.

Portanto, mesmo que a outorga dessas concessões seja anterior a edição da Lei 8.987/95, esta acabou por validá-las (artigo 42¹³⁶), sendo que com a sua readequação houve renúncia por parte dos concessionários que assinaram o referido contrato a eventuais direitos preexistentes que contrariem mencionada lei¹³⁷, o que demonstra ser passível de ocorrer a prorrogação, pois o intuito do legislador era adequar os contratos de concessão às previsões legais.

No entanto, Amorim considera que os contratos assinados após a Lei 9.074/95 não podem ser considerados como prorrogação de concessão, mas apenas uma repactuação, readequando as cláusulas a nova legislação do setor, pois julga ser um equívoco entender como prorrogação as outorgas firmadas entre metade da década passada e início desta em que os prazos retroagiram a 07/07/1995, data de entrada em vigor da mencionada lei.

Nessa linha entende ser possível prorrogar os contratos vincendo em 2015, pois seria a primeira oportunidade de prorrogação, em respeito às cláusulas contratuais e a legislação setorial, e que, embora a Lei 10.848/04 tenha revogado o artigo 27 da Lei 9.427/96, os efeitos dessa nova lei não incidem sobre os contratos de concessão celebrado anteriormente, pois esses contratos encontram respaldo no princípio da segurança jurídica, com respeito ao ato jurídico perfeito, que a Constituição Federal estabelece como inviolável, não podendo a lei prejudicá-lo.

¹³⁵ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XII - às condições para prorrogação do contrato;”

¹³⁶ “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 [...].”

¹³⁷ Disposição prevista no artigo 25 da Lei 9.074/95.

Em matéria de ato jurídico perfeito e direito adquirido, Amorim ainda assevera de que estes princípios devem ser respeitados, diante da necessária segurança jurídica, que é um dos princípios basilares e garantidores do estado democrático de direito, por refletir na certeza de que as regras vigentes na época da celebração do contrato não venham a ser modificadas posteriormente, alterando um direito previamente constituído. Impede-se assim a retroatividade das leis e o respeito à situação jurídica já consolidada.

Do contrário, o não respeito a estes princípios poderá resultar em instabilidade na ordem jurídica, demonstrando que em nosso país os contratos podem ser alterados a qualquer tempo.

Todavia há alguns doutrinadores que defendem a não prorrogação dos contratos de concessão por entenderem ser necessário uma nova licitação, atendendo de certo modo, os princípios da moralidade, isonomia, legalidade e o interesse público, não cabendo à Administração Pública escolher livremente o concessionário que por suposição melhor atenda seus interesses.

Divergindo dessa opinião Amorim sustenta que o interesse público é garantido quando o contrato de concessão é respeitado, repudiando as ingerências arbitrárias que prejudicam o setor e oneram os cofres públicos devido às indenizações que possam decorrer das extinções dessas concessões, para amortizar os investimentos dos concessionários. Além do mais, explica, uma nova licitação como saída para a continuidade dos serviços públicos não encontra respaldo nos princípios da eficiência e da razoabilidade, por não garantir que eventual licitação trará reais benefícios ao interesse público, pois a transferência de capital novo poderia ser utilizado na expansão setorial e em novos investimentos, não para aquisição de ativos existentes.

Por fim, Amorim¹³⁸ sustenta que o fato da possibilidade de prorrogação estar estabelecida em contrato e de acordo com as exigências legislativas, o ato de prorrogar subordina-se ao interesse público, em que o Poder Concedente fundamentadamente decidirá se favorável ou não, pois é o titular do serviço público.

3.4 Uma crítica às legislações do setor elétrico e o campo das concessões

Há uma opinião comum entre os agentes que ocupam o setor elétrico brasileiro, sejam eles entes institucionais, econômicos, doutrinadores entre outros, de que a base normativa deste setor é extensa e pouco orgânica, argumenta Luis Gustavo Kaercher Loureiro¹³⁹. No plano ordinário encontram-se leis e atos com edições em diversas épocas, sob diversos pressupostos constitucionais, econômicos e sociais, muitas vezes extensos e carecendo de ordem técnica e coordenação. Dessa forma, nascem as dificuldades na compreensão segura do marco jurídico que regula o setor elétrico, originando disputas, retraindo os investimentos necessários e torna o exercício das competências do Poder Público um tanto complexo, perdendo com isso o Estado e também a sociedade.

Até 1995 não existia regulação propriamente dita no setor elétrico brasileiro. O modelo estabelecido pelo governo anterior presumia a privatização de todo o setor elétrico, o que provavelmente traria uma uniformidade aos contratos de concessão. Como a privatização foi interrompida pelo atual governo, o setor apresenta uma grande diversidade de situações.

Uma lei ao ser analisada ou interpretada deve-se levar em consideração o contexto histórico-político da sua criação. Em 1995, a tendência era a desestatização do setor elétrico,

¹³⁸ AMORIM, 2009, p. 68-72

¹³⁹ LOUREIRO, 2007, p. 1

encaminhando-se, por opção política daquele momento, à privatização das empresas estatais à iniciativa privada.

Essa legislação foi criada com intuito de que os serviços públicos de energia elétrica seriam prestados pela iniciativa privada, era esse o plano político-econômico da época. Dessa forma, a lei não deu atenção devida ao fato de que estes serviços poderiam ser prestados ou continuariam a ser devolvidos pelo estado, por entidades suas, mesmo que de forma indireta, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. Criou-se assim uma legislação direcionada a atender os anseios da iniciativa privada, com a tendência da retirada do Estado do campo da prestação destes serviços públicos, pelo menos enquanto executor desta atividade.

Por que se faz esta afirmação? Ora, quando a lei exige licitação, é claro que a idéia é a concorrência de empresas privadas, pois se prestados diretamente pelo Estado, não há de se cogitar a licitação, pois incumbe ao Estado prestar os serviços diretamente, ou então mediante concessão, aí sim por meio de licitação.

Este modelo desestatizado pretendido pelo cenário político da época estava em processo de implantação quando eclodiu em nosso país a crise energética no ano de 2001, resultando na revisão de vários conceitos e no enfraquecimento de sua orientação estatizante, segundo Caldas¹⁴⁰, que com o advento da Lei 10.848/04, que consubstancia esta revisão, passa a oferecer maior ênfase ao papel de prestação de serviço público enquanto serviço público essencial à sociedade.

A partir de 1995, com início do marco regulatório, em razão do modelo político adotado naquele momento, houve uma desverticalização dos serviços de energia elétrica, com a separação dos ativos de geração, transmissão e distribuição, necessário para satisfazer os objetivos do processo de desestatização e privatização destes setores e a

¹⁴⁰ CALDAS, 2008, p. 260-261

participação da iniciativa privada nesses processos.

Então não havia nenhuma concessão destas linhas de transmissão até 1995. O que se percebe é que, de maneira equivocada, o Ministério de Minas e Energia (MME), por meio de portaria ministerial¹⁴¹, permitiu a prorrogação das concessões de transmissão de energia elétrica. Todavia convém a interrogação: prorrogar o que? Não existia nenhum contrato de concessão a ser prorrogado. Melhor seria, pela nova reestruturação do setor, que estes ativos passassem a ser contratados a partir da vigência da Lei 8.987/95 (lei concessões). Então se estaria diante de *um novo contrato* firmado com o Poder Concedente e não uma suposta prorrogação de um contrato que sequer existia. Quanto à licitação, o próprio ato do MME a supriu, pois foi a opção do Poder Concedente na época, já que possibilitou a prorrogação¹⁴² sem qualquer licitação.

Embora algumas críticas possam ser feitas a alguns dos seus dispositivos, a Lei 8.987/95, lei que marcou a construção do atual marco regulatório do setor, teve o grande mérito de cumprir o comando insculpido no parágrafo único do artigo 175 da nossa Constituição Federal, explica Caldas¹⁴³ pois as demais Constituições, desde 1934, previam a edição de lei para regulamentar o regime das concessões de serviço público, sem que esse comando fosse atendido até então.

É sensato que se necessita de um ajuste, além de regras mais claras nas legislações do setor elétrico brasileiro. Mais claras porque de modo diferente, não se estaria debatendo um tema tão polêmico no país atualmente, com vários posicionamentos dos diversos agentes setoriais. Quanto aos ajustes, estes devem ser feitos sem sombra de dúvidas, já que o momento histórico-político é outro, diferente daquele traçado em 1995. O atual governo

¹⁴¹ PRT MME 185 de 06.06.2001, D.O de 07.06.2001, seção 1, p. 96, v. 139, n. 110-E, grifo nosso

¹⁴² O que se entende é que não houve propriamente prorrogação, mas sim um novo contrato de concessão, obrigatório a partir de então, por disposição legal, Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95.

¹⁴³ CALDAS, 2008, p. 261-262

retirou as empresas estatais do Programa Nacional de Desestatização (Lei 10.848/04) e estas passaram a atuar em regime de competição com a iniciativa privada, mas com uma visão empresarial diferente da postura estatal das décadas passadas. Hoje estas empresas, toma-se como exemplo a Eletrosul, são extremamente competitivas e viáveis econômica e financeiramente. Essa é a regra de mercado num sistema capitalista. A sobrevivência empresarial depende da sua competência para atuar em determinado campo empresarial.

Por fim, o judiciário e os intérpretes do direito, ao apreciar a legislação, não podem esquecer-se de contemplar os fatos históricos e contextos que cercam determinada lei no momento de sua criação. Não se pode vedar os olhos, simplesmente analisando e aplicando o texto literal da norma ao casos atuais, sem ponderar que até 1995 não existia uma regulamentação propriamente dita e específica para o setor, e que as mudanças trazidas a partir desse novo marco regulatório se estabeleceram num momento em que a opção política do Estado era a desestatização e a privatização das empresas do setor elétrico, o que não ocorreu de forma plena, como pretendido, e muitas empresas, braço direito de atuação do Estado, pois é o próprio Estado atuando de forma indireta, estão vivenciando uma incerteza jurídica, que causa grande insegurança, em razão do contexto histórico-político da década de 1990, diferente do atual.

O Estado não deve colocar tudo a perder em razão de algumas vozes que julgam, consubstanciados em princípios constitucionais da livre iniciativa privada, quando o interesse público também se materializa sob preceitos constitucionais, e este deve prevalecer ao invés de favorecer a iniciativa privada, que visa apenas o lucro, o que não se coaduna com o conceito de serviço público, a quem incumbe o Estado prestar, sempre visando o interesse público.

CONCLUSÃO

Não obstante as alterações legislativas que ocorreram ao longo do tempo, os serviços de energia elétrica continuam sendo tradicionalmente classificados e considerados como típicos serviços públicos pela doutrina brasileira, como não poderia deixar de ser, pela relevante função que exerce na sociedade, traduzida na sua ampla utilidade e benefícios.

No campo das concessões, se constata que o instituto tem sofrido densas alterações, não apenas em razão de novas demandas e filosofias governamentais, mas também em decorrência de novas legislações que vem a disciplinar e instituir novas modalidades dentro desse campo, mostrando-se uma inegável diferenciação do modelo clássico de concessão vivido no país até então.

No que tange o instituto da concessão às empresas estatais, embora a doutrina persista em se posicionar no sentido de que não se trata de uma concessão propriamente dita, não se consubstanciando pela via contratual, mas sim por uma relação de outorga direta pelo Poder Concedente ao prestador do serviço, o que se tem, via de regra, é que as legislações do setor elétrico brasileiro passaram a considerar estas entidades como efetivas concessionárias deste serviço público, se processando a concessão pela via contratual, em submissão às regras do artigo 175 da Constituição Federal e ao regime dos contratos administrativos.

E sendo assim, o que se apura num primeiro plano é que as empresas estatais que desempenham alguma atividade classificada como serviço público no campo de energia elétrica se enquadram como concessionárias de serviço público, sujeitas então aos benefícios e rigores do contrato, que se tornou imprescindível após o advento do novo marco regulatório.

Dentre os benefícios está aquele que aventa a possibilidade de prorrogação, como sendo um direito potestativo do concessionário, não direito enquanto agente investido de poder, visto que este compete ao Poder Concedente que detém a titularidade do serviço, mas sim na condição de que cujo implemento depende da vontade manifestada pelo concessionário enquanto condição contratual amparada por lei, pois que as condições para a prorrogação do contrato estão entre as cláusulas consideradas essenciais dos contratos de concessão, com fundamentação e por expressa disposição legal (Constituição Federal, artigo 175, parágrafo 1º e artigo 23, inciso XII da Lei 8.987/95).

Ou seja, a lei das concessões, lei federal nº 8.987/95, regulamentadora do artigo 175 da Constituição Federal, ao passo em que exige que as condições para que se estabeleça a prorrogação constem no próprio contrato de concessão de serviço público, por considerar como cláusulas essenciais do instrumento, acabou por acolher a possibilidade de ampliação do termo contratual estabelecido entre o concessionário e o Poder Concedente originariamente. Portanto, cabe ao contrato, em subordinação a lei, disciplinar a matéria em termos de prorrogação, estabelecendo os critérios e as hipóteses em que poderá advir esta ampliação.

De fato, o que se percebe no confronto da legislação setorial e com as exposições expostas ao longo deste trabalho é que o arcabouço jurídico que fornece sustentação ao setor elétrico brasileiro indica o direito à prorrogação, tradição que vem se mantendo desde o

antigo Código de Águas, muito embora se reserve a qualidade discricionária ao Poder Concedente pela decisão de prorrogar ou lançar nova licitação.

Destarte, sendo legalmente possível a prorrogação e tendo o concessionário demonstrado o cumprimento das condições objetivas estipuladas no instrumento contratual, a efetiva prorrogação depende tão somente do seu interesse em requerer a prorrogação e de outro lado a aceitação por parte do Poder Concedente, até porque o ato administrativo que arbitrariamente não venha concedê-la necessita ser fundamentadamente motivado, com alicerces voltados ao interesse público, sob pena de vício e ilegalidade, por se tratar de matéria que se impõe como ação de proteção ao patrimônio público e ao interesse social.

Em análise ao contrato de concessão da Eletrosul, assinado junto ao Poder Concedente, se constata que foi constituído em respeito e sujeição às regras legais que regulamentavam o setor na ocasião, inaugurando uma nova fase no setor elétrico brasileiro, advinda da reestruturação deste setor a partir de 1995. Neste caso, apesar de haver uma portaria do Ministério de Minas e Energia¹⁴⁴ permitindo prorrogação das concessões para exploração do serviço público de transmissão de energia elétrica pelo prazo de vinte anos, contado a partir de 8 de julho de 1995, em consonância às leis setoriais, o que se tem, é a presença de um novo contrato com a repactuação de algumas condições e não mera prorrogação contratual, pois de certa forma não havia nenhum contrato de concessão anterior a assinatura deste ato.

Ante este episódio, somado ao fato do contrato de concessão em questão prever cláusula de prorrogação expressa, o que é forçoso novamente lembrar que esta cláusula deve fazer parte dos contratos por disposição legal e comando constitucional, amparado ainda pelo artigo 27 da Lei 9.427/96, em vigência na época da celebração do contrato, se

¹⁴⁴ PRT MME 185 de 06.06.2001, D.O de 07.06.2001, seção 1, p. 96, v. 139, n. 110-E.

conclui, em respeito ao ato jurídico perfeito e a segurança jurídica, princípios basilares e garantidores de um estado democrático de direito, que este contrato não pode ser afetado pela posterior revogação do referido artigo pela Lei 10.848/04, além do que a simples revogação por si só não configura um comando proibitivo à prorrogação.

Em sendo assim, entende-se que o contrato de concessão estabelecido entre a Eletrosul e o Poder Concedente, com termo final em 2015, é passível de prorrogação sem a necessidade de alteração na legislação existente, com base nas cláusulas contratuais existentes e tendo como condicionante para esta dilatação de prazo o cumprimento das metas estipuladas pela ANEEL e dos requisitos técnicos estabelecidos no próprio ato contratual e nas legislações pertinentes.

Ademais, o que se apura em concreto é que não existe nenhuma legislação com disposição proibitiva que impeça essa prorrogação, mas há efetivamente, nas principais legislações que regulamentam o setor, inclusive comando constitucional, dispositivos que determinam a obrigação de prever tais cláusulas nos contratos de concessão, o que corrobora com a tese de que há probabilidade jurídica para se prorrogar as concessões em questão, notadamente às concedidas à Eletrosul Centrais Elétricas SA, objeto principal da pesquisa. Dessa forma, se depreende que o setor já dispõe de legislação e regulamentação que garanta ser possível atender o pleito dos agentes que compõe o setor no que tange o interesse de se prorrogar os contratos de concessão em pauta.

Entretanto, não obstante se curve para a possibilidade de prorrogação, fica evidenciado que o ato de prorrogar fica adstrito ao Poder Concedente subordinado sempre ao interesse público. E neste quesito há de se frisar que tal interesse é garantido quando se respeita os atos contratuais perpetrados pelo próprio Estado além da segurança de que estes serviços públicos necessitam para a garantia da sua continuidade, da sua qualidade e da sua eficiência, porquanto uma nova licitação não parece se coadunar com estes princípios

norteadores do serviço público nem tampouco com a filosofia política adotada no novo modelo do setor.

Quanto ao campo de atuação da ANEEL, se entende que a Agência Reguladora é um órgão dotado de discricionariedade técnica e que tem o dever legal de gestão dos contratos de concessão de energia elétrica, cujos atos praticados devem estar vinculados às suas atribuições, insculpidas na lei que a instituiu (Lei 9.427/96), atuando como intermediária e auxiliar do Poder Concedente. Neste caso, a Agência Nacional de Energia Elétrica na questão que alude à viabilidade de prorrogação das concessões e estudo dos requerimentos dos agentes concessionários, deverá se restringir meramente à análise dos cumprimentos legais e técnicos, pois a competência e discricionariedade que envolve a matéria cabe ao Ministério de Minas e Energia.

Por fim, a segurança que deve ser proporcionada pelas legislações setoriais no campo das concessões de serviço público deve visar a toda coletividade inclusive às concessionários de serviços públicos, pois a existência de regras claras no momento da contratação permite a todos a certeza do planejamento e investimentos destinados ao setor, permitindo a tomada de decisões embasadas em projeções futuras confiáveis, sob a égide e segurança do poder normativo que se opera com vigor e plenitude nas relações estabelecidas em nosso país.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. SP: Saraiva, 2000.

BITTAR, William Seba Mallmann. **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995.

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de serviços públicos de energia elétrica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. V. II.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. RJ: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. SP: Atlas, 2007.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II – La defensa del usuario y

del administrado. 5. ed. Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GROTTI, Dinorá Musseti. **O serviço público e a Constituição**. SP: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Concessão de serviço público**. SP: Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. SP: Malheiros, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Qualidade prestacional – anotações à margem do modelo brasileiro de concessões e parcerias. **Direito administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões de serviços públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROLIM, Luiz Antonio. **A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5. ed. sist., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

WALD, Arnoldo. **Direito das concessões**. v. 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. (Série Grandes Pareceristas).