

# **DEBATE SOBRE UMA SEGUNDA PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO (SEM LICITAÇÃO): Verdades, Meias-Verdades e Pontos para Reflexão**

**Romário de Oliveira Batista**

**Orientadora: Joísa Campanher Dutra Saraiva**

## **Resumo**

Para além de retratar as principais questões do amplo debate ora em desenvolvimento acerca de uma nova prorrogação de prazo das concessões dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, a partir de 2015, como alternativa à licitação das respectivas outorgas de concessão, o presente trabalho objetiva contribuir com avaliações quanto aos fundamentos e análises de mérito das propostas em discussão nos diversos fóruns, bem assim oferecer sugestões complementares e/ou levantar pontos para reflexão por parte do Poder Concedente e dos demais responsáveis pela formulação da política setorial.

Palavras-chave: Setor elétrico; concessão de serviço público; prorrogação de prazo; energia elétrica.

## **Sumário**

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 LICITAÇÃO <i>VERSUS</i> NOVA PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES ( <i>EX LEGIS</i> ) .....	6
2.1 <i>O Art. 175 da Constituição segundo a Doutrina e a Jurisprudência</i> .....	7
2.2 <i>Interpretação de Dispositivos Legais Aplicáveis à Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico</i> .....	11
3. BREVE PANORAMA SOBRE AS PRINCIPAIS PROPOSTAS E ALTERNATIVAS EM CONSIDERAÇÃO .....	20
3.1 <i>Propostas das Associações de Concessionários e Autorizados para Nova Prorrogação – Consensos Mínimos</i> .....	20
3.2 <i>Projeto de Lei sobre Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico</i> .....	26
3.3 <i>Contribuições e Subsídios do Grupo de Trabalho/CNPE – Possíveis Soluções em Aberto</i> .....	26
4 AVALIAÇÃO PRELIMINAR DAS PROPOSTAS EM DISCUSSÃO E SUGESTÕES COMPLEMENTARES VOLTADAS À AMPLIAÇÃO DO DEBATE.....	29
5 CONCLUSÕES.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	37

## 1 Introdução

Poucos temas na história recente do setor elétrico brasileiro, como a renovação de concessões, têm justificado tamanha mobilização e agenda tão intensa por parte dos agentes de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica e de suas entidades representativas, seja na organização de eventos e/ou no desenvolvimento de estudos específicos, bem como e principalmente por parte do órgão responsável pela formulação da política energética nacional (CNPE)<sup>1</sup>, que criou Grupo de Trabalho<sup>2</sup> com o objetivo de elaborar estudos, propor condições e sugerir critérios destinados a subsidiar definições competentes acerca da situação futura das Centrais Hidrelétricas e das instalações de Transmissão integrantes da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional – SIN e de Distribuição de energia elétrica, amortizadas ou depreciadas.

Com efeito, os debates e a apresentação de estudos e propostas em painéis setoriais<sup>3</sup> são bons exemplos da ativa participação dos agentes da área de energia, por intermédio de suas entidades representativas, na busca do oferecimento de contribuições e alternativas para a tomada de decisão sobre tão relevante tema. Nesse sentido, de acordo com a estratégia traçada pelo Ministério de Minas e Energia - MME, as principais associações de concessionárias estão sendo recebidas em audiência para apresentação de seus estudos e/ou propostas.

Por seu turno, o Grupo de Trabalho instituído no âmbito do CNPE, conforme noticiado pela imprensa<sup>4</sup>, está ultimando as análises e subsídios, tanto jurídicos quanto de caráter econômico-financeiro, voltados à definição de critérios e procedimentos para a prorrogação ou nova outorga de concessões do setor elétrico com ativos depreciados ou amortizados, com a indicação das soluções possíveis e dos aspectos favoráveis e contrários de cada alternativa.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Por meio da Resolução CNPE nº 4, de 13/05/08, posteriormente complementada pela Resolução CNPE nº 7, de 22/07/08.

<sup>3</sup> Dentre os principais eventos promovidos pelas associações de concessionários e autorizados do setor elétrico, nos quais o tema da prorrogação de concessões foi debatido, mencionam-se: (i) XIII e XIV Simpósios Jurídicos da Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica – ABCE, realizados em set/08 e set/09; (ii) Fórum “Impactos e Riscos do Processo de Renovação das Concessões no Setor Elétrico”, realizado pelo Grupo de Estudos do Setor Elétrico – GESEL, do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, em nov/08; (iii) *Energy Summit 2008*, realizado pelo *International Business Center – IBC*, em ago/08.

<sup>4</sup> POLITO, Rodrigo. MME debate concessões. *Energia Hoje*, Rio de Janeiro, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.energiahoje.com/pops/materia.php?id=373666>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

Dado que o assunto encontra-se na fase interna de avaliações e processamento no seio do Governo Federal, com vistas a sua apreciação e deliberação pelo CNPE ainda no primeiro semestre de 2009<sup>5</sup>, reputa-se imperdível a oportunidade de contribuir com análises e pontos de vista complementares na atual e histórica discussão sobre uma segunda prorrogação de concessões no setor elétrico brasileiro.

Cumprе ressaltar que o presente estudo dará ênfase à avaliação dos fundamentos apresentados e à análise de mérito das principais propostas ora em consideração para viabilizar uma nova prorrogação de prazo das concessões de serviços públicos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica existentes em 08/07/95, que já foram prorrogadas com base nos arts. 17 (§§ 4º e 5º), 19, 20, 21, 22 e 24 da Lei 9.074/95<sup>6</sup> e cujos termos finais ocorrerão a partir de 2015. Para tais concessões, como restará evidenciado, não há, no ordenamento jurídico atual, permissivo para a sua

<sup>5</sup> COUTO, Fábio. *Relatório final sobre concessões antigas deve ser apresentado na primeira reunião do CNPE de 2009*. Disponível em: <<http://www.abraget.com.br/zpublisher/materias/Noticias.asp?id=16723>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>6</sup> Lei nº 9.074/95:

“Art. 17 (...)

§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. (...)”

“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. (...)”

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

I - plano de conclusão aprovado pelo poder concedente;

II - compromisso de participação superior a um terço de investimentos privados nos recursos necessários à conclusão da obra e à colocação das unidades em operação.

Parágrafo único. Os titulares de concessão que não procederem de conformidade com os termos deste artigo terão suas concessões declaradas extintas, por ato do poder concedente, de acordo com o autorizado no parágrafo único do art. 44 da Lei nº 8.987, de 1995.

“Art. 21. É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos consórcios empresariais formados ou cuja formação se encontra em curso na data de publicação desta Lei, desde que já manifestada ao poder concedente pelos interessados, devendo as concessões ser revistas para adaptá-las ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, observado o disposto no art. 20, inciso II e no art. 25 desta Lei.”

“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.(...)”

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

implementação (muito embora os respectivos contratos de concessão contenham cláusula de renovação, que são tidas por não escritas)<sup>7, 8</sup>.

Relativamente a esse importante conjunto de concessões<sup>9</sup>, parte-se da premissa de que as disposições constitucionais e legais vigentes exigem a realização de licitações para a outorga das referidas concessões, restando definir, se for o caso, o cronograma de realização dessas alienações e os critérios de indenização dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

Na medida em que a licitação de outorga dessas concessões já prorrogadas é solução ao alcance do Poder Concedente, por imposição do ordenamento vigente (art. 175 da Constituição Federal e parágrafo único do art. 42 da Lei 8.987/95), o presente artigo não se ocupará do exame desta alternativa. Como já referido, limitar-se-á a avaliar as justificativas e a analisar as propostas de alterações legais ou mesmo constitucionais que objetivam viabilizar nova prorrogação de prazo de concessões no setor elétrico nacional, sem qualquer processo de disputa, dado o enorme interesse político e econômico dos seus atuais titulares (União, Estados, Municípios e empresas privadas).

Também não serão objeto de aprofundamento deste artigo as concessões outorgadas com base nos arts. 27 a 30 da Lei 9.074/95 (privatização de empresas federais ou estaduais, que receberam nova concessão), bem como as concessões licitadas e contratadas, a partir de 08/07/95, e cujos contratos, celebrados com fundamento no art. 4º da mesma Lei (que trata das novas concessões outorgadas desde então), contenham cláusula de prorrogação. Quanto a essas concessões, predomina o entendimento de que há suporte legal para a sua prorrogação pelo Poder Concedente, nos termos das respectivas cláusulas contratuais<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Oportuno mencionar que as permissões de serviço público de distribuição, recentemente contratadas com as cooperativas de eletrificação rural regularizadas por força do art. 23 da Lei 9.074/95, com prazo de 20 anos contado da assinatura dos respectivos contratos e previsão de prorrogação por igual período, também se encontram na mesma situação das concessionárias de distribuição cujas concessões foram renovadas até 2015.

<sup>8</sup> Excetuam-se os contratos de concessão de geração destinada a serviço público, com concessões anteriores a 08/07/95, firmados após o advento da Lei 10.848/05, os quais não admitem nova prorrogação de prazo.

<sup>9</sup> Segundo dados apresentados nos painéis setoriais referidos na nota de rodapé 3, este conjunto de concessões envolve (i) na geração, cerca de 20% (21.792 MW) da capacidade instalada do País; (ii) na transmissão, aproximadamente 82% da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional – SIN (73.000 km); e (III) na distribuição, 37 concessionárias, representando algo em torno de 33% da energia comercializada no ambiente de contratação regulada - ACR.

<sup>10</sup> No julgamento da ADI nº 1.582-6-DF proposta pelo Conselho Federal da OAB, em face do art. 27 e incisos I e II da Lei 9.074/95, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos referidos

Tampouco se aterá este trabalho às concessões de geração licitadas e contratadas no período compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei 8.987/95<sup>11</sup>, pois se considera que a cláusula de prorrogação constante dos aludidos contratos tem amparo direto no art. 175, parágrafo único, inciso I, da Carta Magna.

Convém ainda esclarecer que o presente estudo não tratará das concessões de serviço público de energia elétrica existentes em 08/07/95 e ainda passíveis de prorrogação nos termos dos arts. 17, 19 e 22 da Lei 9.074/95, especialmente as de geração (art. 19). Tampouco adentrará no exame da legalidade e/ou constitucionalidade dessas regras de transição para o setor elétrico, que têm sido alvo de importante divergência doutrinária, conforme será comentado adiante.

Abstráido esse aspecto, considera-se que, para tal universo de concessões, continuam válidas e aplicáveis as disposições do Decreto 1.717/95 e da Portaria DNAEE 91/96, as quais – é preciso reconhecer - carecem de algum nível de atualização e aperfeiçoamento, principalmente quanto à inclusão de novos critérios e requisitos objetivos de avaliação do interesse público da prorrogação, mas não são requeridas alterações legislativas para o seu deferimento pelo Poder Concedente.

No desenvolvimento deste artigo, examinam-se, na seção 2, as grandes questões jurídicas presentes no debate sobre as alternativas de licitação das concessões de serviços públicos de energia elétrica já renovadas ou de nova prorrogação de prazo

---

dispositivos, nos termos da Ementa e trecho do Voto do Relator, Ministro Carlos Velloso (citando o Ministro Nelson Jobim), “in verbis”:

“**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. PRIVATIZAÇÃO. VENDA DE AÇÕES. LEILÃO. LEI 9.074/95, art. 27, I e II. CF, art. 175. Lei 8.666/93, arts. 3º e 22.

I – Constitucionalidade do art. 27, I e II, da Lei 9.074, de 7-7-95, por isso que a Constituição Federal estabelece, no art. 175, que a concessão e a permissão para a prestação de serviços públicos serão precedidas de licitação e o conceito e as modalidades da licitação estão na lei ordinária, Lei 8.666/93, artigos 3º e 22, certo que o leilão é modalidade de licitação (Lei 8.666/93, art. 22).

II – Ação Direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

#### VOTO

“Quando o Supremo Tribunal Federal, unanimemente, indeferiu a cautelar, os eminentes Ministros Marco Aurélio, então relator, e Nelson Jobim, acentuaram:

O Ministro Nelson Jobim.

*‘O problema citado, examinado e enfrentado pela Lei 9.074, especificamente pelo art. 27 e seus incisos, diz respeito à privatização de pessoa jurídica sob controle direto ou indireto da União, que presta serviço público, cujo valor de mercado da empresa tenha como elemento integrante os próprios serviços públicos prestados. A solução dada pela Lei foi exatamente uma licitação, de acordo com a linha do art. 175 da Constituição, que envolva, simultaneamente, o controle da empresa e a outorga ou prorrogação de concessão. É a única forma de uma empresa pública, exploradora de serviço público, ser privatizada. Uma vez respeitado o processo de licitação para outorga de serviço público, evidentemente só há o caminho do leilão ou da concorrência.’ (ADI 1.582, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 07/08/02, DJ de 06/09/02).*

<sup>11</sup> Concessões de serviço público discriminadas na nota de rodapé 33.

dessas concessões, a partir de 2015<sup>12, 13</sup> tendo com pano de fundo a interpretação do art. 175 da Constituição Federal.

Ainda nessa seção, aprofunda-se a análise dos dispositivos legais aplicáveis à prorrogação de concessões no setor elétrico, em face da doutrina e jurisprudência dominantes. Atenção especial é dispensada à refutação de teses nebulosas e/ou de pouca consistência, as quais têm sido avalizadas até por alguns respeitáveis operadores do Direito, na defesa de interesses específicos.

Na sequência, é delineado, na seção 3, um breve panorama acerca das principais propostas em consideração no debate em curso sobre a possível prorrogação de concessões de energia elétrica, especialmente as formuladas pelas entidades representativas dos agentes de geração, transmissão e distribuição, e as constantes de Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional. Ademais, comentam-se os estudos e análises do Grupo de Trabalho/CNPE, com vistas a subsidiar uma decisão política a respeito do futuro desses ativos com concessões vincendas em 2015.

Já a seção 4 ocupa-se da avaliação preliminar das propostas referidas na seção 3, destacando as linhas gerais de convergência e as dissensões mais relevantes. Ênfase é dada a algumas questões não abordadas nas discussões do tema, que se considera oportuno resgatar e/ou trazer à reflexão, no intuito de enriquecer o processo decisório correspondente.

Finalizando, busca-se, na seção 5, apresentar algumas conclusões quanto à viabilidade de nova(s) prorrogação(ões) de prazo de concessões no setor elétrico, com seus eventuais condicionantes e medidas conducentes à mitigação dos potenciais riscos de questionamento.

## **2 Licitação *versus* Nova Prorrogação de Concessões (*ex legis*)**

Frente ao expressivo movimento que se desenvolve na busca de solução jurídico-legal para, resguardado o interesse público, assegurar condições de nova prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica<sup>14</sup>, é importante situar o debate em curso, à luz da melhor doutrina e jurisprudência, sobre as alternativas

---

<sup>12</sup> Prorrogação condicionada das concessões, ou seja, com a imposição de novas obrigações aos atuais concessionários.

<sup>13</sup> Ao longo deste artigo, as expressões “prorrogação condicionada” e “renovação” são consideradas equivalentes.

(i) de licitação de concessões já prorrogadas, com disputa por sua outorga, ou (ii) de nova prorrogação (condicionada, mas sem licitação) ao atual concessionário.

Nesse sentido, comenta-se a seguir a aplicação do núcleo constitucional que trata da prestação de serviços públicos, bem como da legislação ordinária que versa sobre a outorga e a prorrogação de concessões, novas e existentes, particularmente no setor elétrico.

## 2.1 O Art. 175 da Constituição segundo a Doutrina e a Jurisprudência

Preliminarmente, cumpre salientar que da interpretação do art. 175<sup>15</sup> da Constituição Federal, que trata da prestação de serviços públicos, emergem basicamente três correntes: (a) a primeira, representada por Justen Filho<sup>16</sup>, não admite prorrogação do prazo de concessão de serviço público (este seria fixado estritamente pelo período necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica contratual), em face da expressão constante do *caput* do referido artigo, “*sempre através de licitação*”; (b) a segunda<sup>17, 18</sup>, majoritária, vislumbra a possibilidade de prorrogação, se prevista em lei, desde que a concessão resulte de licitação, vedando-se a prorrogação de concessões não licitadas; (c) a terceira<sup>19,20</sup>, que considera possível a prorrogação, em qualquer hipótese, inclusive de concessões não licitadas, desde que a prorrogação esteja prevista em lei.

---

<sup>14</sup> CONCESSÕES do setor elétrico são renovadas no piloto automático. *Relatório reservado: negócios & finanças*, Rio de Janeiro, 06 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.relatorioreservado.com.br>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>15</sup> CF/1988:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis n°s 8.987 e 9.074*, de 1995. São Paulo: Dialética. 1997. p. 270-271, 401-406.

<sup>17</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 60-61.

<sup>18</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88-89.

<sup>19</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prorrogação das concessões. In: SIMPÓSIO JURÍDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília.

<sup>20</sup> Parecer emitido pelo escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia em 06 ago. 2007.

Para Justen Filho, a introdução de cláusulas assegurando que a concessão poderá ser prorrogada ao final do prazo contratual, a critério exclusivo do poder concedente, se tal atender ao interesse público, é incompatível com o sistema constitucional e com princípios gerais de direito. Na visão desse autor, “*esses desvios não são eliminados pela onerosidade da prorrogação*”, pois, mesmo que destinada a reequilibrar a equação econômico-financeira, a imposição de novos deveres ao concessionário como contrapartida da prorrogação não supera uma questão fundamental, qual seja, a de definir se um terceiro não seria capaz de formular proposta mais vantajosa para obter a concessão.

Em obra mais recente<sup>21</sup>, Justen Filho mantém “*a interpretação anterior, no sentido da inconstitucionalidade da previsão genérica e abstrata, introduzida aprioristicamente no edital, propiciando a prorrogação do prazo da concessão*”. Todavia, admite, excepcionalmente, a possibilidade de prorrogação na hipótese de o Poder Concedente, ao final do prazo da concessão, não dispor ou optar por não realizar a indenização ao concessionário, como uma “*espécie de contrapartida pela redução de vantagens originalmente asseguradas ao particular*”.

Já para a segunda corrente, o *caput* do art. 175 exige a licitação, estando a prorrogação a que alude o seu parágrafo único, inciso I, condicionada àquele requisito. Por essa razão, não se poderia prorrogar uma concessão ou permissão que não decorresse de licitação, sob pena de infringirem-se os princípios da legalidade e isonomia. Conforme este entendimento, seria necessária uma Emenda à Constituição para possibilitar nova prorrogação de concessões não licitadas, como é o caso das relativas aos serviços públicos de energia elétrica, que, excepcionalmente, foram objeto de uma regra de transição.

Uma variante dessa interpretação é sustentada por Loureiro<sup>22</sup>, para quem o requisito básico da outorga, segundo o art. 175 da CF/88, é indiscutivelmente a licitação, ou seja, deve ser disputado o acesso à concessão de serviço público; porém, não necessariamente “redisputado”. Com as ressalvas em relação ao tratamento isonômico entre potenciais contratantes, o autor conclui que, uma vez licitada a outorga da concessão, “*o interesse público poderia, em tese, ser atendido sempre pelo mesmo*

---

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 228-270.

<sup>22</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Considerações acerca do tema “prorrogação de concessões”*: o caso dos serviços públicos de geração de energia elétrica. Apresentado no Curso de Direito Regulatório da Energia Elétrica, DF, UnB, 2007/2008.

*sujeito, já que o concedente pode alterar o serviço quando tal se fizer necessário ('enquanto bem servir')*". Esse seria o caso das concessões de rádio e televisão, de direitos minerários e de petróleo.

Por sua vez, os adeptos da terceira interpretação acreditam na possibilidade de uma nova prorrogação de prazo de concessões não licitadas, sem necessidade de alteração constitucional. Para tanto, seria suficiente a previsão, em lei ordinária, de uma prorrogação específica dessas concessões. Como base desse entendimento, menciona-se que a Lei 9.074/95 contém diversas hipóteses de prorrogação já aplicadas a concessões não licitadas, sem que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha declarado a inconstitucionalidade desses dispositivos<sup>23, 24</sup>.

Diferente abordagem nesse campo é trazida por Marques<sup>25, 26</sup>, o qual parte da premissa de que os contratos de concessão *“foram inaugurados pela repactuação de*

<sup>23</sup> Tais hipóteses de prorrogação de concessões de serviços públicos de energia elétrica, consubstanciadas nos arts. 17, 19, 20, 22 e 24 da Lei 9.074/95, não sofreram, até aqui, arguição de constitucionalidade perante o STF.

<sup>24</sup> A propósito do controle de constitucionalidade de disposições relativas à renovação de concessões, Loureiro tece comentários acerca de importantes casos examinados pelo STF e que se relacionam, diretamente, com a questão da prorrogabilidade de concessões que não passaram, no momento de sua outorga, por processos de licitação. Confirmam-se alguns excertos:

“O mais recente caso apreciado pela Corte ocorreu em 2006 (ADIn 3.521-5-PR). Envolveu (novamente) a constitucionalidade de norma do Estado do Paraná que pretendia prorrogar certas concessões de serviço público no bojo de Lei que criava uma agência estadual de transportes. Eis os dispositivos:

“Art. 42.....  
Art. 43 As empresas que, na data da instalação da Agência, detentoras de outorgas vencidas e/ou com caráter precário ou que estiver em vigor com prazo indeterminado, terão as mesmas mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo previsto no art. 98 do Decreto Federal n. 2.521, de 20 de março de 1988, em atendimento ao disposto no art. 42, par. 2º da Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e adaptados aos princípios norteadores da Agência”.

Por unanimidade o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 43 da referida Lei, por afronta ao art. 175 da Constituição (...)

Quanto ao art. 43, destaca-se do voto do Ministro relator Eros Grau o seguinte trecho:

‘O texto da Constituição do Brasil é claro: “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” (art. 175, caput). Não obstante, a Lei paranaense permite que o vínculo que relaciona as empresas que atualmente prestam serviços públicos com a Administração estadual seja mantido, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares. As permissões ou autorizações exauridas devem ser extintas e as irregulares revogadas. Poder-se-ia dizer que o preceito busca garantir a segurança jurídica e a continuidade do serviço público. Mas não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Não é para tanto que ela se presta’.

Para o Ministro Grau sequer impressionou a referência ao art. 42, par. 2º da Lei 8.987. Não sendo objeto do julgamento a constitucionalidade deste dispositivo, o Ministro limitou-se a trazer à colação a doutrina de Marçal Justen Filho, que o tinha por inconstitucional”. In: LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Anotações sobre alguns julgados do supremo tribunal federal em tema de prorrogação de concessões de serviço público. *Informativo Eletrônico* do Setor Elétrico do GESEL-UFRJ, n.º 2.364, 9 out. 2008. Disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/forum/loureiro4.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>25</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prorrogação das concessões. In: SIMPÓSIO JURÍDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília.

*suas condições, advinda da reestruturação regulatória do setor, a partir do ano de 1995*". Por isso, não se poderia "falar na ocorrência de prorrogação anterior que consumiria ou inviabilizaria uma prorrogação quando do termo do prazo contratual". Ademais, o autor defende a legalidade das cláusulas contratuais que preveem a prorrogação de prazo de concessões (i) por considerá-las obrigatórias (essenciais), a teor do disposto no art. 23, inciso XII, da Lei 8.987/1995<sup>27</sup> e (ii) porque teriam sido confirmadas pela regra do art. 27 da Lei 9.427/96 vigente à época das referidas contratações, constituindo, portanto, ato jurídico perfeito.

Nessa linha de entendimento, Marques conclui não ser necessária qualquer alteração constitucional ou mesmo legal para implementar-se a prorrogação das concessões "contratadas a partir de 1995". Ademais, considera que o ato de prorrogação teria natureza vinculada, não gozando o Poder Concedente de discricionariedade quando de sua deliberação.

Outra alternativa, considerada em aberto por Loureiro<sup>28</sup>, na interpretação do art. 175 da Carta Magna, diz respeito à possibilidade da exploração direta pela União dos serviços públicos, em particular os de energia elétrica, por intermédio de sua outorga a empresas federais após o advento do termo final das concessões atuais. Nessas condições, não haveria que se falar em regime de concessão e, tampouco, em prorrogação, caso em que poderiam se enquadrar as subsidiárias da ELETROBRÁS, bem como as distribuidoras sob controle da União (federalizadas).

Ainda nessa linha, Landau<sup>29</sup> menciona que o art. 42 da Lei 8.987/95, que determinava a licitação ao fim do prazo da concessão, foi modificado pela Lei 11.445/07, a qual estabeleceu diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico. De acordo com a atual redação do §1º desse artigo, vencido o prazo fixado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do Poder Concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. Assim, avalia Landau que, aparentemente, criou-se uma opção à licitação.

---

<sup>26</sup> Parecer emitido pelo escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia em 06 ago. 2007. p. 18-19, 23, 27, 42-43.

<sup>27</sup> Lei nº 8.987/95:

"Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:  
XII – às condições para prorrogação do contrato..."

<sup>28</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009. p. 151-156.

<sup>29</sup> LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? *Valor Econômico*, São Paulo, 23 jan. 2009. Caderno A, Opinião, p. 14.

Por fim, a discussão sobre as alternativas de licitação ou prorrogação de concessões também se coloca nos planos econômico e político, conforme será visto na seção 4.

## 2.2 Interpretação de Dispositivos Legais Aplicáveis à Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico

Numa análise sistemática do texto original das Leis 9.074/95 e 8.987/95, resta claro que o art. 4º da primeira aplica-se, com exclusividade, às novas concessões, permissões e autorizações de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como de uso de bem público para geração, nos regimes de autoprodução ou de produção independente de energia. Isso porque os arts. 19, 20, 21, 22, 24 e 25 (integrantes do Capítulo II, Seção V – Da Prorrogação das Concessões Atuais) da Lei 9.074/95 disciplinam – *desde então, sem qualquer alteração redacional* – as condições e procedimentos para prorrogação das concessões de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica existentes em 08/07/95 (tanto as abrangidas pelo *caput* do art. 42, quanto as alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44, da Lei 8.987/95, exceto aquelas cujos empreendimentos não tivessem sido iniciados até a edição dessa Lei).

Entretanto, com o advento da Lei 10.848/04, foi alterada a redação do §2º e acrescentado o §9º ao art. 4º da Lei 9.074/95<sup>30</sup>, o que tem dado ensejo a interpretações aparentemente controvertidas quanto ao tratamento a ser dado às concessões de serviço público de energia elétrica, quer às existentes em julho/95, quer às novas (outorgadas a partir de então).

Mesmo sem primar pelo rigor técnico, vítima, talvez, do que Loureiro (2009) chama de “*emprego, no direito positivo, de termos com desleixo*”<sup>31</sup>, a redação (tanto a original quanto a atual) do art. 4º e parágrafos da Lei 9.074/95, notadamente quanto à expressão “*contratadas a partir desta Lei*”, não autoriza a interpretação de que este dispositivo aplicar-se-ia também às concessões de serviço público de geração,

<sup>30</sup> Nova redação do art. 4º da Lei 9.074/95, dada pela Lei 10.848/04:

‘§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 anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos’.

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

<sup>31</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009. p. 131.

transmissão e distribuição de energia elétrica existentes em julho/95 e cujos contratos de concessão tenham sido assinados na vigência das Leis 8.987/95 e 9.074/95<sup>32</sup>.

Ora, firmados após esse novo marco legal foram todos os contratos de concessão (de serviço público ou de uso de bem público)<sup>33</sup>, sejam (i) os decorrentes de prorrogação (cujos atos respectivos, consubstanciados em Portarias do MME, impunham a celebração do respectivo instrumento, como condição de eficácia); (ii) os resultantes de processos de desestatização de concessionárias (com outorga de nova concessão ou manutenção do prazo remanescente da concessão então em vigor, nos termos dos arts. 27 a 30 da Lei 9.074/95); ou (iii) os decorrentes de licitação para outorga de concessão nova para implantação e exploração de serviços ou instalações de energia elétrica, 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.

Ademais, é de registrar que todas as concessões de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, existentes em julho de 1995, foram ou ainda poderão ser (no caso de concessões individualizadas a vencer, especialmente de geração) prorrogadas e contratadas com fundamento na Seção V do Capítulo II da Lei 9.074/95 ou, no caso de privatização, outorgadas e contratadas com base nos arts. 27 a 30 da mesma Lei.

Especificamente com relação à nova redação dada ao §2º do art. 4º da Lei 9.074/95, que trata de concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 (data da edição da Medida Provisória 144/03), muitos agentes de geração, entre estes as empresas federais subsidiárias da ELETROBRÁS, tentaram – e não lograram êxito perante a ANEEL<sup>34,35</sup> – conferir ao dispositivo legal interpretação

---

<sup>32</sup> Consoante tem sido sustentado, em nebulosa e literal interpretação, por alguns agentes setoriais e/ou pareceristas por estes contratados para a defesa de seus interesses.

<sup>33</sup> Com exceção daqueles contratados pelo antigo DNAEE nos exercícios de 1992 e 1993, mediante licitação, no regime de serviço público, para implantação e exploração de empreendimentos de geração de energia elétrica, a saber: Contratos de Concessão nº 01/1992 (UHE Cachoeira do Jatoribe – MT – 7,2 MW), nº 01/1993 (UHE Salto Barúito – MT – 4,6 MW), nº 02/1993 (UHE Alta Floresta – RO – 4,9 MW), nº 04/1993 (UHE Ribeirão Galheiro – MT – 2,61 MW), nº 05/1993 (UHE Salto Belo – MT – 3 MW), nº 06/1993 (UHE Rondon II – RO – 27 MW) e nº 07/1993 (UHE Cachoeira – RO – 6,7 MW).

<sup>34</sup> Como exemplo, menciona-se o processo nº 48500.001096/09-04, no âmbito do qual foi indeferida solicitação da ELETRONORTE para que o prazo de concessão da UHE Tucuruí fosse estendido para 35 anos a partir da assinatura do contrato (em novembro/04), além da possibilidade de prorrogação por mais 20 anos, com fundamento no §2º do art. 4º da Lei 9.074/95, com redação dada pela Lei 10.848/04. Parecer nº 296/2006-PF/ANEEL, de 08/08/06, da lavra do Procurador Federal Maxiliano D'Ávila Cândido de Souza.

(literal) para nele se enquadrarem, de modo a se beneficiarem de um prazo de concessão de 35 anos, “*contado da data de assinatura do imprescindível contrato*” (no caso de FURNAS, CHESF e ELETRONORTE, os respectivos contratos de concessão de serviço público de geração foram firmados ao final de 2004, portanto, após a Lei 10.848, de 15/03/04).

Como anteriormente demonstrado, as concessões de serviço público de geração existentes em 08/07/95 enquadram-se no art. 19 da Lei 9.074/95, cujo prazo de prorrogação limita-se a 20 anos, contado do termo final do respectivo ato de outorga da concessão.

Dessa forma, conforme consagrado no âmbito da ANEEL<sup>36, 37</sup>, do MME e do Grupo de Trabalho/CNPE<sup>38</sup>, assim como corroborado por Lustosa<sup>39</sup>, a interpretação sistemática da atual redação do §2º do art. 4º da Lei 9.074/95 leva às seguintes conclusões:

- ✓ As concessões de serviço público ou de uso de bem público para geração de energia, outorgadas entre 08/07/95 e 10/12/03 (novas concessões, nos termos da Lei 9.074/95), poderão ser prorrogadas por até 20 anos, contados do término de vigência dos respectivos contratos.
- ✓ As concessões de geração para uso exclusivo do concessionário (autoprodução) outorgadas antes de 11/12/03<sup>40</sup>, a qualquer tempo, poderão

---

<sup>35</sup> Processo nº 48500.008831/2000-99 – fls. 436 a 456 - Voto condutor da decisão consubstanciada no Despacho DG/ANEEL nº 2.059, de 03/07/07, proferido pela Diretora Joísa Campanher Dutra Saraiva, itens 15 a 17 (Pleito de prorrogação da concessão da UHE Santo Antônio do Jarí).

<sup>36</sup> Processo nº 48500.004705/00-92 e outros – fls. 992 a 1.017 - Voto condutor da decisão consubstanciada no Despacho DG/ANEEL nº 2.384, de 03/10/07, proferido pela Diretora Joísa Campanher Dutra Saraiva, que, em seu item 3, às fls. 2 e 3, acolhe a interpretação constante do trabalho intitulado “Visão Geral sobre o Processo de Prorrogação de Concessões de Geração no Setor Elétrico”, de autoria do Assessor Romário de Oliveira Batista.

<sup>37</sup> GIRARDI, Cláudio. Prorrogação das concessões. In: SIMPÓSIO JURÍDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília. Disponível em: <[http://www.metodoeventos.com.br/xivsimposio/downloads/claudio\\_girardi.pdf](http://www.metodoeventos.com.br/xivsimposio/downloads/claudio_girardi.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>38</sup> Parecer CONJUR/MME nº 297/2008, de 22/07/08, que trata da “*interpretação de dispositivos legais acerca da prorrogação de concessões no âmbito do setor elétrico, de modo a subsidiar estudos a serem efetuados pelo Grupo de Trabalho criado pela Resolução CNPE nº 04/2008*”, itens 10 a 14 e 16 a 17.

<sup>39</sup> LUSTOSA, Isabel. O judiciário e a carga tributária no setor elétrico. In: SIMPÓSIO JURÍDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília. Disponível em: <[http://www.metodoeventos.com.br/xiiisimposio/downloads/21-08-07/isabel\\_lustosa.pdf](http://www.metodoeventos.com.br/xiiisimposio/downloads/21-08-07/isabel_lustosa.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>40</sup> Vide Portaria MME nº 69, de 18/05/04, que, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.074/95, com redação dada pela Lei 10.848/04, prorrogou por 20 anos o prazo de concessão da UHE Itupararanga, Município de Votorantim/SP, outorgada à Companhia Brasileira de Alumínio pelo Decreto nº 73.682, de 19/02/74, para uso exclusivo do concessionário.

ser prorrogadas por até 20 anos, a partir do vencimento do prazo de outorga.

Outro ponto de destaque nessa discussão sobre interpretação de dispositivos legais aplicáveis à prorrogação de concessões refere-se às consequências jurídicas da revogação, pela Lei 10.848/04, do art. 27 da Lei 9.427/96, a seguir transcrito:

*“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”.*

O entendimento majoritariamente prevalecente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é no sentido de que, tratando-se de cláusula regulamentar<sup>41</sup>, as disposições contratuais estabelecidas com base em dispositivo legal posteriormente revogado - como é o caso dos contratos decorrentes de prorrogação, sem licitação, a teor dos arts. 17, 19, 20 e 22 da Lei 9.074/95, são insubsistentes e tidas por não escritas.

Não há que se falar, pois, de direito adquirido à referida cláusula de prorrogação<sup>42</sup>, constante de contratos de concessão de serviço público de geração,

---

<sup>41</sup> O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto ao tema, tendo considerado as cláusulas que estipulam prazos como meramente regulamentares, in verbis:

TRANSPORTES COLETIVOS GRANDE LONDRINA LTDA ADVOGADO : MOACYR CORRÊA FILHO E OUTROS AGRAVADO : MUNICÍPIO DE LONDRINA ADVOGADO : ANA LÚCIA BOHMANN E OUTROS AGRAVADO : COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E URBANIZAÇÃO - CMTU- LD ADVOGADO : IVO MARCOS DE O TAUIL E OUTROS AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ DECISÃO Vistos, etc.

(...) A prorrogação do contrato administrativo somente é possível quando previsto no edital e desde que em conformidade com a legislação vigente.

(...) Além disso, deve-se asseverar que em se tratando de contrato administrativo, tem o Poder Público o direito de alterar e até mesmo extinguir o contrato antes de seu termo final. Como se extrai dos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, que diz: “36. Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo quê o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade - portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário - extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, de direito, aspira e o resguardo de sua pretensão econômica. Isto posto, nego provimento ao presente agravo de instrumento. Intimações, necessárias. Publique-se Brasília (DF), 20 de março de 2003. MINISTRO JOSÉ DELGADO Relator (Ministro JOSÉ DELGADO, 31.03.2003)

<sup>42</sup> “O regime da Lei nº 9.427 se mantém para os contratos celebrados entre 1995 e 2004? Não, pois se trata de cláusula regulamentar. Não confundir direito à prorrogação (direito formativo que se perfectibiliza quando e se o sujeito preenche as condições) com direito à cláusula de prorrogação (que não existe, sendo ela elemento regulamentar)”. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher.

transmissão e distribuição de energia elétrica firmados em decorrência de prorrogações amparadas pela Lei 9.074/95, como insistem agentes e parte de suas entidades representativas<sup>43</sup>, assim como vozes isoladas de alguns operadores do Direito, por mais prestígio que gozem suas reputações<sup>44, 45</sup>. Nem se alegue que, nos termos do art. 23, XII, da Lei 8.987/95, a cláusula de prorrogação seria obrigatória, posto que, para ficar num exemplo, o §9º do art. 4º da Lei 9.074/95, incluído pela Lei 10.848/04, estabelece hipótese que não admite prorrogação de concessões de geração contratadas a partir de 11/12/03.

A propósito ainda dessa questão, não procedem as afirmações<sup>46</sup> de que as cláusulas de prorrogação, constantes de contratos cujas concessões hajam sido prorrogadas com base na Lei 9.074/95, nunca foram questionadas pela ANEEL ou pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Para tanto, é bastante mencionar que no âmbito do órgão regulador dos serviços de energia elétrica foram emitidos pareceres jurídicos que tratam do exame de cláusulas de prorrogação contidas em contratos de concessão de transmissão e distribuição, os

*Considerações acerca do tema “prorrogação de concessões”:* o caso dos serviços públicos de geração de energia elétrica. Apresentado no Curso de Direito Regulatório de Energia Elétrica, DF, UnB, 2007/2008.

<sup>43</sup> Posições defendidas pela Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica - ABRATE e Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADDEE no Fórum GESEL/UFRJ realizado em 13/11/08.

<sup>44</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Opinião. *Especial Canal Energia*: transmissão. Rio de Janeiro, 05 nov. 2008. Disponível em: <[http://www.grupocanalenergia.com.br/transmissao/materias\\_opinio.asp?id=68059](http://www.grupocanalenergia.com.br/transmissao/materias_opinio.asp?id=68059)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>45</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Prorrogação das Concessões. In: SIMPÓSIO JURÍDICO DA ABCE, 14, 2008, Brasília.

<sup>46</sup> Afirmações do Presidente da ABRATE, do Consultor Geraldo Pereira Caldas e a constante de Parecer emitido pelo escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia, indicadas ou reproduzidas a seguir:

“PINTO, César de Barros. Soluções alternativas para a renovação das concessões das transmissoras. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em:

<[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

“Não há sombra de vício de legalidade nas disposições destes contratos que possibilitam a prorrogação e tanto é assim que nunca houve alegação quanto a isto pelas instâncias administrativas que os originaram, nem pelo Tribunal de Contas da União. Nunca houve questionamentos da validade das citadas cláusulas e nem sequer foram afastadas quando da transferência de controle societário por meio do leilão no caso da CTEEP”. (Ibid.)

“Assim é que essas cláusulas de prorrogação nunca foram inquinadas de nulidade por contrariar qualquer das leis aplicáveis. Ao contrário, há que se consignar que esses contratos de concessão de distribuição foram por diversas vezes examinados sob o ângulo da legalidade, tanto pelas instâncias administrativas internas à Administração que o originou como também – e principalmente – pelo Tribunal de Contas da União, que não retirou validade ou eficácia a nenhuma de suas disposições. Conclui-se assim, a *contrario sensu*, que suas cláusulas são consentâneas com o ordenamento jurídico e, por isso, são válidas e eficazes” (Parecer de 06 ago. 2007, p. 28).

quais concluem que, em face da revogação do art. 27 da Lei 9.427/96, tais cláusulas não mais subsistem e devem ser tidas como inexistentes<sup>47</sup>.

Também o TCU, em processo de apuração de denúncia acerca de suposta irregularidade de cláusulas incluídas no Contrato de Concessão nº 59/2001-ANEEL/CTEEP, especialmente da que prevê a prorrogação da concessão pelo prazo de até 20 anos, a partir de 8 de julho de 2015, emitiu o Acórdão nº 1.913/2008-TCU-Plenário, de 03/09/2008, de cujo Relatório do Ministro-Relator se extrai o seguinte excerto:

*“4. Quanto à suposta ilegalidade da Cláusula Décima Segunda do Contrato nº 059/2001-ANEEL/CTEEP, após a realização de diligência à ANEEL (Ofício nº 371/2005, de 21/12/2005 – fls. 20), atendida às fls. 29/46, entendeu a Unidade Técnica, na mesma linha sustentada pela aludida Agência, que a cláusula referida, amparada à época da assinatura do contrato pelo art. 27 da Lei 9.427/96, perdeu a validade e a possibilidade de concretizar-se em virtude da expressa revogação desse dispositivo pelo art. 32 da Lei 10.848/2004. Dessa forma, conclui a SEFID pela improcedência da denúncia também quanto a esse tópico”.*

Na instrução do aludido processo de apuração de denúncia junto ao TCU, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, em Relatório datado de 12/05/06, amplia o escopo da sua análise, ao examinar a resposta da ANEEL no Parecer nº 014/2006-PF, e aventa a possibilidade de ser irregular a previsão, nos contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica, de uma segunda prorrogação da concessão ainda no período de vigência da norma do art. 27 da Lei 9.427/96. Em razão dessa compreensão da matéria, entende a Unidade Técnica que as referidas cláusulas contratuais devem ser declaradas nulas.

Conquanto não tenha essa proposta adicional da SEFID sido acolhida pelo Relator do processo, Ministro Raimundo Carreiro, o qual, no particular, endossou o Parecer do Ministério Público junto ao TCU<sup>48</sup>, considera-se importante o aprofundamento da análise quanto ao aspecto levantado pela Unidade Técnica daquele Tribunal, em face de novos elementos e argumentos que este estudo pretende trazer, na perspectiva

---

<sup>47</sup> Pareceres nº 014/2006-PF/ANEEL, de 17/01/06 (Contrato de Concessão de Transmissão CTEEP), nº 374/2007-PF/ANEEL, de 26/07/07 (Contratos de Concessão de Transmissão ESCELSA, LIGHT e COELBA), e nº 701/2008-PF/ANEEL, de 10/11/08 (Contrato de Concessão de Distribuição CEB).

<sup>48</sup> Parecer da lavra da Procuradora Federal Cristina Machado da Costa e Silva, de 13 set. 2006.

de reforço à conclusão “*de que as cláusulas contidas do contrato de concessão que possuam esteio no art. 27 da Lei 9.427/96 não mais subsistem*”<sup>49</sup>.

No Voto condutor do Acórdão nº 1.913/2008-TCU-Plenário, o Ministro Relator diverge da SEFID e acolhe o Parecer do Ministério Público junto àquela Corte, para quem havia fundamento legal para que os contratos de concessão de *distribuição* contivessem cláusula de prorrogação, no período de vigência do art. 27 da Lei 9.427/96.

O cerne do argumento do MP/TCU é que teria passado “*despercebida da Unidade Técnica a disposição do art. 24 da Lei 9.074/95, a qual, remetendo-se às normas dos arts. 19, §§ 1º a 4º, e 22 da mesma Lei, permitiu que as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei 8.987/95 fossem prorrogadas, atendidas as condições ali estabelecidas*”.

Com todo o respeito que merece o MP/TCU, vislumbra-se em seu pronunciamento um problema de tautologia que resulta numa indesejável inversão lógica. Senão vejamos.

O art. 27 da Lei 9.427/96 fazia expressa referência ao art. 19 da Lei 9.074/95 (que permite a prorrogação de concessões de serviço público de geração, existentes na data de promulgação dessa Lei, por até 20 anos), mas não mencionava os arts. 17, 22 ou 24 desta última Lei, que tratam da prorrogação das concessões de serviço público de transmissão e distribuição (também existentes em 08/07/95).

Ora, o fato do art. 24 (que, para Marçal<sup>50</sup>, traduz técnica legislativa inadequada, pois suas regras deveriam constar dos arts. 22 e 19, respectivamente) estabelecer que “*o disposto nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 19 aplica-se às concessões referidas no art. 22*” (concessões de serviço público de distribuição existentes em julho/95) não implica que a menção ao art. 19 possa remetê-la ao art. 24 (e deste ao art. 22) e tampouco ao §5º do art. 17, todos da Lei 9.074/95, eis que o sentido da remissão é exatamente o inverso.

Para que a simples menção ao art. 19 da Lei 9.074/95 pudesse englobar, além dos serviços públicos de geração ali tratados, os de transmissão e distribuição, seria necessário que o referido artigo (e não o contrário, como entendido pelo MP/TCU) fizesse expressa remissão aos arts. 17 (serviços públicos de transmissão) e 22 (serviços públicos de distribuição).

<sup>49</sup> Parecer nº 701/2008-PF/ANEEL, de 10 dez. 2008, item 6, fl. 4.

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários as leis nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 443.

Particularmente em relação às concessões existentes de transmissão, considerou a SEFID/TCU que a aplicação do art. 19 da Lei 9.074/95 teria sido indireta, talvez por entender que as concessões de transmissão estariam associadas às de geração. Porém, isso não ocorre, já que os contratos de concessão são distintos, ainda que tais serviços sejam prestados por uma mesma empresa, a exemplo do que ocorre com as subsidiárias da ELETROBRÁS.

Desse modo, é de concluir-se que, mesmo antes da revogação do art. 27 da Lei 9.427/96, as cláusulas contratuais de prorrogação de prazo das concessões de serviço público de transmissão e distribuição, existentes em 08/07/95, padeciam de suporte legal, já que não previstas naquele dispositivo. Nem se argumente, por outro lado, como pretende a ABRADDEE<sup>51</sup>, que a menção expressa, no aludido dispositivo revogado, ao art. 4º da Lei 9.074/95 daria esse embasamento, posto que, conforme amplamente demonstrado, o citado art. 4º alcançava, à época da celebração dos contratos de concessão, apenas as novas concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica outorgadas e contratadas a partir de julho/95.

Outra importante questão a examinar, relaciona-se à alternativa da exploração direta pela União dos serviços públicos de energia elétrica, conforme as diferentes abordagens suscitadas por Loureiro<sup>52</sup> e Landau<sup>53</sup>.

Na linha de Loureiro – que aventa a possibilidade da outorga direta de serviços públicos de energia elétrica a empresas federais, envolvendo os ativos de geração e transmissão existentes em julho/95, em substituição ao regime de concessão – não se vislumbram condições de exequibilidade dessa proposição, a uma porque as subsidiárias da ELETROBRÁS, como sociedades de economia mista, só podem atuar como concessionárias de serviço público<sup>54</sup> e a duas porquanto eventual tratamento

---

<sup>51</sup> GUIMARÃES, Luís Carlos. Uma avaliação do problema e a solução via renovação automática das concessões. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>52</sup> Idem ao comentário constante da nota de rodapé 28.

<sup>53</sup> Idem ao comentário constante da nota de rodapé 29.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 17ª Ed., 2004. p. 186. Confira-se:

“Portanto, para retratar o quadro referido, distinguindo entre empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, pode-se dizer o seguinte: dentre as empresas públicas, não serão concessionárias as formadas por capital exclusivamente da União ou por capital dela em conjugação com o de pessoas de sua Administração indireta. Pelo contrário, sê-lo-ão se a empresa pública formada pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades da esfera estadual, distrital ou municipal.

legislativo nesse sentido distorceria completamente os fundamentos de competitividade ínsitos ao novo modelo setorial implantado a partir de 1995, como bem retratados por Mello<sup>55</sup>.

Já segundo Landau, a atual redação do §1º do art. 42 da Lei 8.987/95 (dada pela Lei 11.445/07), poderia permitir a prestação de serviços públicos por órgão ou entidade do poder concedente, ao final do prazo do contrato ou ato de outorga.

Quanto a esse ponto, cabe inicialmente esclarecer que, no âmbito do processo legislativo de que resultou a citada alteração, não se identificou a motivação e/ou justificativa dessa mudança redacional, o que poderia contribuir para melhor delimitação do seu alcance e extensão<sup>56</sup>.

Por outro lado, ao analisar-se a situação das concessões de serviço público no setor elétrico, constata-se que, aparentemente, o citado dispositivo legal a elas não se aplica, pelas seguintes razões:

- a) a disciplina específica de tratamento às concessões abrangidas pelo *caput* do art. 42 da Lei Geral de Concessões (8.987/95) consta do Capítulo II, Seção V, da Lei 9.074/95 (Da Prorrogação das Concessões Atuais), já implementada nos segmentos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, inclusive com a assinatura dos respectivos contratos de concessão, que contêm cláusula expressa de renúncia, pelo concessionário, a direitos preexistentes incompatíveis com a Lei 8.987/95;
- b) a hipótese tratada no §1º do art. 42 da Lei 8.987/95, com a redação dada pela Lei 11.445/07, tem natureza transitória, conforme atesta a sua inserção no Capítulo XII (Disposições Finais e Transitórias). Tendo-se já operado essa transição em

---

Já as *sociedades de economia mista* em que haja, deveras – e não apenas simbolicamente -, capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental serão sempre concessionárias de serviço público”.

<sup>55</sup> MELLO, op. cit. p. 656-657. Trecho a seguir transcrito:

“Em despeito de falhas, sobretudo técnicas – e às vezes graves -, que lhes possam ser apontadas, tanto a Lei 8.987 quanto a Lei 9.074 traduzem, em sua concepção fundamental, virtudes inequívocas, merecedoras dos mais assinalados encômios. Assim, em atitude inovadora, colocam o concessionário na posição de quem se obriga a proceder de maneira efetivamente empresarial, assujeitado, salvo quando impossível, a um regime de competição, forçando-o a assumir os riscos inerentes a qualquer empreendedor e incitando-o, sob pena de malogro, aos mesmos empenhos de eficiência e produtividade inerentes à disputa corrente da atividade econômica”.

<sup>56</sup> As modificações procedidas no art. 42 da Lei 8.987/95 já constavam da redação original do art. 58 do Projeto de Lei do Senado nº 219, de 2006 (a qual sofreu alterações pontuais na Comissão Parlamentar Mista Especial destinada a sistematizar os projetos sobre saneamento em tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional, tendo por Relator o Deputado Júlio Lopes). No entanto, na Justificação do PL 219-Senado, não consta a motivação para a alteração do art. 42 da Lei 8.987/95.

todos os segmentos do setor elétrico, não se justificaria a aplicação a este do mencionado dispositivo;

- c) outrossim, soa improcedente um possível argumento no sentido de que a nova redação do §1º do art. 42 da Lei 8.987/95, ao referir-se ao vencimento “*do prazo mencionado no contrato ou ato de outorga*”, poderia, em princípio, ser entendido como aplicável às empresas federais, como prestadoras “diretas” dos serviços públicos de energia elétrica, após o vencimento dos prazos contratualmente estabelecidos em decorrência dos atos de prorrogação das respectivas concessões. Para tanto, é bastante observar que o *caput* do citado artigo também se utiliza da mesma expressão, significando que as concessões de serviço público outorgadas antes da Lei 8.987/95 são aquelas cujos prazos, constantes de contrato ou ato de outorga, ainda sejam válidas. Como já comentado, no setor elétrico, até então, não havia contratos de concessão formalizados, mas simples outorgas.

### **3. Breve Panorama sobre as Principais Propostas e Alternativas em Consideração**

Dentro das limitações de informação, adiante assinaladas, apresenta-se nesta seção uma visão panorâmica acerca das principais proposições voltadas a viabilizar uma nova prorrogação das concessões do setor elétrico a vencer em 2015, bem como de outras alternativas de encaminhamento quanto ao futuro desses ativos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, atualmente detidos por estatais federais, estaduais e municipais, e empresas privadas.

#### **3.1 Propostas das Associações de Concessionários e Autorizados para Nova Prorrogação – Consensos Mínimos**

Mesmo sem dispor dos estudos até aqui desenvolvidos pelas associações com atuação no setor elétrico, os quais, segundo noticiado pela imprensa, estariam sendo entregues em audiências mantidas junto ao Secretário-Executivo do Ministério de Minas e Energia, Márcio Zimmerman, passa-se, na sequência, a destacar as principais propostas defendidas pelas referidas associações nos diversos fóruns setoriais ou simplesmente através da mídia.

a) ABCE – Associação Brasileira das Concessionárias de Energia Elétrica

A ABCE tem propugnado pela segunda prorrogação das concessões a vencer em 2015, sem licitação, mediante alterações legais mínimas, com diferenciação de tratamento dos agentes de geração em relação aos de transmissão e distribuição<sup>57, 58</sup>.

A referida entidade optou por trabalhar com a premissa de que a prorrogação não é direito líquido e certo, devido à falta de consenso doutrinário.

Outra premissa fundamental adotada pela ABCE é a de que a prorrogação será onerosa, notadamente nas atividades de geração<sup>59</sup>, como forma de transmitir ao usuário do serviço os benefícios da amortização de grande parte dos investimentos já realizados, em observância ao princípio da modicidade tarifária.

Especificamente com relação aos serviços de geração, a ABCE propõe a criação de um encargo (Encargo para a Modicidade Tarifária) – que já foi cunhado de “*encargo bom*”<sup>60</sup> -, a ser cobrado da concessionária titular de concessão prorrogada, cujo valor será deduzido dos preços resultantes de leilões de energia de que venha a participar o correspondente empreendimento.

Já para os segmentos da transmissão e distribuição de energia elétrica, que possuem natureza de serviço público, a ABCE propõe a restauração da norma do art. 27 da Lei 9.427/96, de modo a conferir a necessária autorização ao Poder Concedente para prorrogar as respectivas concessões “*enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor*”. Isso porque os mecanismos de revisão tarifária periódica já possibilitariam a transferência, aos consumidores, dos benefícios da depreciação de ativos.

---

<sup>57</sup> LANDAU, Elena. A visão das concessionárias de energia sobre o problema. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>58</sup> COUTO, Fábio. ABCE avalia que renovação de concessões deverá demandar poucas mudanças legislativas. *Canal Energia*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008. Disponível em: <[http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado\\_Livre.asp?id=68223](http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado_Livre.asp?id=68223)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>59</sup> LANDAU, op. cit.

<sup>60</sup> COUTO, Fábio. Renovação de concessões: Apine defende soluções que garantam a existência do mercado livre. *Canal Energia*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Busca.asp?id=68224>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

A associação defende ainda a uniformização dos regimes de geração (serviço público, produção independente e autoprodução), na linha proposta por Girardi<sup>61</sup>, por entender que esta atividade, à luz do marco regulatório vigente, torna-se incompatível com a modalidade de serviço público.

Por fim, considera fundamental a definição da metodologia de cálculo para a reversão de ativos, de modo a que “a discussão sobre a prorrogação de concessões possa transcorrer de forma mais tranqüila”<sup>62</sup>.

#### b) ABRATE – Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica

A ABRATE sustenta que “a prorrogação dos contratos de concessão das Transmissoras é legal, viável e conveniente”<sup>63</sup>.

No tocante à legalidade, entende que, à época da celebração dos contratos de transmissão com termo final em 2015, estava a vigorar o art. 27 da Lei 9.427/96, não afetando a sua revogação posterior o ato jurídico perfeito. Adicionalmente, considera a ABRATE que a simples revogação não implica comando proibitivo (para prorrogação).

Alega ainda essa associação que tais contratos contêm cláusula padrão estabelecendo a possibilidade de prorrogação de prazo das respectivas concessões, em relação às quais nunca teria havido questionamento de sua legalidade.

Quanto à viabilidade e conveniência da prorrogação dessas concessões, a ABRATE, entre outras considerações, admite a revisão das condições contratuais no advento do termo final, para sujeitar à revisão tarifária periódica as parcelas de receitas atualmente “blindadas”.

Segundo César de Barros Pinto, apesar da entidade avaliar que a renovação das concessões tem garantia contratual, “uma eventual decisão pela não prorrogação e pela

---

<sup>61</sup> GIRARDI, Cláudio, ex-Procurador Geral da ANEEL, que em 2008 encaminhou à Diretoria da Autarquia anteprojeto de Lei, propondo a criação da figura do Concessionário de Produção de Energia, para unificar os regimes de geração hoje existentes.

<sup>62</sup> GAGLIANO, Matheus. Decisão sobre concessões tem de sair em 2009. *Setorial News*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.setorialnews.com.br/materias/conteudo.asp?codigo=200811131464>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>63</sup> PINTO, César de Barros. Soluções alternativas para a renovação das concessões das transmissoras. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

*relicitação dos ativos deve ser tomada com antecedência, já que a legislação determina comunicação com 36 meses antes do final do prazo. Além disso, (...) um dos pré-requisitos para a prorrogação que terá que ser regulamentada pelo governo são os critérios e parâmetros para avaliação dos ativos”<sup>64</sup>.*

### c) ABRADDEE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica

A ABRADDEE também parte da premissa de que a revogação do art. 27 da Lei 9.427/96 não atinge os contratos de concessão assinados antes de 2004, para dar eficácia aos atos de prorrogação efetivados com base nas regras de transição trazidas pela Lei 9.074/95. Expressa ainda entendimento no sentido de que o art. 23, XII, da Lei 8.987/95 admite a possibilidade de prorrogação de concessões, sem se limitar a uma única renovação.<sup>65</sup>

Ressalta a possibilidade de revisão dos contratos no advento do seu termo final, incluindo a reorganização de áreas, tendo como garantia da modicidade das tarifas, nesse segmento, a continuidade da aplicação da empresa de referência.

Numa abordagem mais geral, a ABRADDEE considera que (i) não existe renda a ser apropriada nas atividades de distribuição, mercê das revisões tarifárias a cada quatro anos; (ii) nos segmentos de geração e transmissão, haveria renda a ser capturada, dado que, no primeiro, boa parte dos ativos já estaria amortizada, e, no segundo, parcela da receita – correspondente aos ativos existentes antes da assinatura dos contratos de concessão (RBSE) – acha-se “blindada” nos processos de revisão tarifária.

Ainda com relação às atividades de transmissão, pleiteia a transferência dos ativos das DITs (Demais Instalações de Transmissão), ressaltando que “*o momento da prorrogação de concessões é apropriado para a correção da distorção representada pelas Demais Instalações de Transmissão, deixando as transmissoras apenas com os ativos da Rede Básica*”.

---

<sup>64</sup> COUTO, Fábio. ABRATE avalia que contratos de transmissão permitem prorrogação de prazo de concessão. *Canal Energia*, Rio de Janeiro, 14 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Noticiario.asp?id=68246>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>65</sup> GUIMARÃES, Luiz Carlos. Uma avaliação do problema e a solução via renovação automática das concessões. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE

d) APINE – Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica

A APINE examina as alternativas de uma segunda prorrogação das concessões de geração vincendas em 2015 *vis-à-vis* a sua reversão e nova outorga mediante licitação, segundo os critérios de segurança jurídica, economia de dispositivos, poder de mercado, isonomia setorial, segmentação da oferta, modicidade tarifária, sustentabilidade do mercado livre, simetria do mercado e alocação da renda<sup>66</sup>.

Tendo como uma de suas premissas a necessidade de mudança de lei para garantir uma nova prorrogação de prazo, a aludida associação considera aceitáveis as opções de prorrogação onerosa, outorga por maior UBP (encargo pelo Uso de Bem Público) ou outorga por menor preço.

Afasta a alternativa de prorrogação não onerosa, por considerar que, a despeito de favorecer a modicidade tarifária, haveria distorção nos sinais de preço e o estabelecimento de condições não isonômicas (vantagem competitiva daqueles que obtêm a prorrogação em relação aos demais geradores).

Ressalta ainda que a solução para o tratamento das concessões de geração vincendas deve necessariamente assegurar a continuidade do Ambiente de Contratação Livre - ACL, fundamental para a sustentação dos produtores independentes e dos consumidores livres.

e) ABIAPE – Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia Elétrica

A ABIAPE apoia a proposta de prorrogação onerosa das concessões de geração com vencimento em 2015, avaliando como baixo o seu impacto sobre os autoprodutores de energia<sup>67</sup>.

Segundo o Presidente da entidade, Mário Menel, para quem “*o governo vai decidir em favor da renovação onerosa*”<sup>68, 69</sup>, a implementação dessa proposta deveria

---

CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>66</sup> SILVA, Edson Luiz da. Tratamento das concessões vincendas: condições de contorno para assegurar a sustentabilidade do atual modelo setorial. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>67</sup> MENEL, Mário. Os efeitos para autogeração e o custo futuro da energia. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008.

efetivar-se mediante “a criação de um encargo com uma parcela dos recursos com destino específico, como por exemplo a baixa renda”. Nesse sentido, propõe que as geradoras forneçam “gratuitamente” a energia consumida pela classe baixa renda, a título de contrapartida à renovação dos seus contratos de concessão, como forma desse benefício ir direto para esse segmento de consumo.

f) ABRAGE – Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica

A ABRAGE salienta que em 2015 haverá um acúmulo de cerca de 18.000 MW de concessões de seus associados vencendo (49 usinas), o que faz aumentar a preocupação a respeito da indefinição sobre o futuro dessas concessões de geração<sup>70</sup>.

A referida entidade entende que as concessões de geração devem ser prorrogadas, permanecendo com seus atuais detentores, e que qualquer critério que venha a ser adotado pelo Poder Concedente para essas renovações deverá observar princípios consagrados no modelo setorial vigente.

g) ABRACEEL – Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica

A ABRACEEL deixa claro que não se posicionará quanto ao tratamento a ser dado às concessões vincendas em 2015, entendendo que esta decisão cabe ao governo<sup>71</sup>.

Não obstante, apresenta diversas contribuições ao debate do tema, na linha da isonomia de tratamento aos mercados regulado e livre e do reconhecimento da diferença entre concessões de geração, transmissão e distribuição.

Rio de Janeiro. Disponível em:

<[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>68</sup> COUTO, Fábio. ABIAPÉ sugere que eventual adoção da renovação onerosa seja destinada para setor. *Canal Energia*, Rio de Janeiro, 14 nov. 2008. Disponível em: <

<http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Noticiario.asp?id=68235>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>69</sup> Geradores oferecem contrapartida para renovar contratos sem ônus. *Monitor Mercantil Digital*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008. Disponível em:

<<http://www.monitormercantil.com.br/mostranoticia.php?id=55389>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>70</sup> SOARES, Maurício de Abreu. Riscos, contratos e soluções para as geradoras. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em:

<[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>71</sup> PEDROSA, Paulo. Ameaças e oportunidades para o mercado livre de energia elétrica. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR

#### h) ABRACE – Associação Brasileira dos Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres

A ABRACE é favorável à prorrogação do prazo das concessões de geração, condicionada à definição, desde já, das regras e procedimentos para os futuros Leilões de Energia Existente, e de forma concomitante com a regra de renovação<sup>72</sup>.

Propõe que, no cálculo do custo de produção de energia, seja estimado um custo caixa “referencial” para ativos de geração de “energia velha” e considerada uma remuneração necessária para garantir capacidade de investimento.

### **3.2 Projeto de Lei sobre Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico**

Encontra-se em tramitação na Câmara Federal o Projeto de Lei 4.154/08, de autoria do Deputado Eduardo Valverde, que prorroga os prazos das concessões de geração e distribuição de energia elétrica, por mais 15 anos e 10 anos, respectivamente<sup>73</sup>, mediante a inclusão, na Lei 9.074/95, dos arts. 19-A e 22-A.

Em sua Justificativa, o autor do PL 4.154/08 ressalta que até 2015 estatais como CESP, COPEL, CEMIG e as integrantes do Grupo ELETROBRÁS passarão por novo (sic) processo de licitação para a exploração de serviço público, estando até aquele ano vencido o prazo estabelecido no art. 19 da Lei 9.074/95. De acordo com o Parlamentar, a prorrogação dos prazos das concessões é matéria que se impõe como ação de proteção ao patrimônio público e ao interesse social.

### **3.3 Contribuições e Subsídios do Grupo de Trabalho/CNPE – Possíveis Soluções em Aberto**

Apesar do ceticismo inicial em relação aos resultados concretos dos estudos do Grupo de Trabalho, especialmente por parte dos titulares das concessões abrangidas pelas Resoluções CNPE 4 e 7, a estrutura (de coordenação e sub-grupos), a ampla mobilização de profissionais/especialistas para apoio às atividades do GT e, sobretudo,

---

ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em:

<[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>72</sup> LIMA, Ricardo. Prorrogação das concessões de perspectiva dos grandes consumidores de energia elétrica. In: FÓRUM IMPACTOS E RISCOS DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DE CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO, 1, 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P\\_2008.11.03\\_ForumGESEL.zip](http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/P_2008.11.03_ForumGESEL.zip)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>73</sup> MEDEIROS, Carolina. Projeto de Lei prorroga concessões para áreas de distribuição e geração. *Canal Energia*, Rio de Janeiro, 12 jan. 2009. Disponível em:

um desafiador, porém factível cronograma de desenvolvimento dos trabalhos, lograram permitir a elaboração, já no final de 2008, conforme noticiado na imprensa<sup>74</sup>, de um Relatório Preliminar para subsidiar as competentes definições acerca do futuro desses vultosos ativos do setor elétrico.

Malgrado a indisponibilidade desses estudos, avaliações e proposições do GT/CNPE, tem-se, com base em matérias divulgadas pela mídia ou ainda em depoimentos e/u informes de integrantes de sua estrutura, algumas indicações e contornos quanto às conclusões e aos encaminhamentos sugeridos, conforme descrito a seguir.

Primeiramente, cabe sublinhar que, a despeito de lastrear-se em análises jurídica e econômico-financeira, com indicação das soluções possíveis e dos aspectos favoráveis e contrários de cada alternativa, incluindo a avaliação dos riscos envolvidos, o Relatório Preliminar do GT não se fixa em uma ou outra linha de encaminhamento (licitar ou prorrogar as concessões a vencer em 2015), considerando ambas viáveis. Nessas condições, caberia uma decisão política a respeito do assunto, que poderia ser diferente para cada segmento do setor elétrico em função de suas características (monopólios naturais na transmissão e distribuição, e atividades industriais na geração).

À luz do atual panorama constitucional, considera a licitação, ao final do prazo das concessões já prorrogadas, a solução de menor risco jurídico, pois, a um só tempo, garante a isonomia na disputa pelos interessados na nova outorga e assegura a modicidade tarifária. No entanto, não deixa de apontar os riscos – inclusive políticos - de questionamentos a essa possível opção do Poder Concedente, dentre os quais os relativos à ofensa ao pacto federativo, à violação de ato jurídico perfeito e aos critérios e valores de indenização de bens reversíveis.

Uma variante na linha da licitação de nova outorga de concessões, especificamente para as atividades de geração, foi aventada por um dos membros do Grupo de Trabalho/CNPE, o então Diretor-Geral Jerson Kelman, em entrevista à imprensa<sup>75</sup>, cujo trecho se transcreve a seguir:

*“No caso da geração, renovar pura e simplesmente as concessões não é algo razoável. Sugiro que se faça uma licitação inspirada na Lei do Inquilinato: quando o proprietário*

---

<[http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado\\_Livre.asp?id=69146](http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado_Livre.asp?id=69146)>. Acesso em: 30 jan. 2009.

<sup>74</sup> POLITO, Rodrigo. MME debate concessões. *Energia Hoje*, Rio de Janeiro, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.energiahoje.com/pops/materia.php?id=373666>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

*de um imóvel quer vendê-lo, tem direito de preferência o atual inquilino. A lógica é diminuir os custos de transação. Os dois lados podem sair ganhando e evitar as despesas com a mudança. Isso pode evitar uma grande tragédia: que grandes concessionárias de geração se tornem empresas ocas. Com prédios, engenheiros, secretárias e datilógrafos – mas sem usinas”.*

Já na vertente de uma nova prorrogação, o mencionado Relatório Preliminar entende possível a sua viabilização, mediante alteração do texto constitucional (conservadoramente) e/ou de lei ordinária.

Entretanto, considerando os riscos jurídicos de questionamento dessa nova dilação de prazo, sem licitação, praticamente descarta a possibilidade de uma prorrogação simples (modalidade na qual não se imponham ao concessionário encargos adicionais aos existentes), por manifesto desatendimento à modicidade tarifária. Avalia, então, como mais robusta a alternativa de prorrogação condicionada – que mais se assemelha a uma renovação ou repactuação – mediante a inserção de novas obrigações contratuais ao concessionário, aptas a proporcionarem a redução tarifária. Mesmo essa possível opção, no entender do GT, apresenta risco de demandas com base em ofensa à modicidade tarifária, vez que, em tese, a licitação para nova outorga é a solução que tende à obtenção de menores tarifas. Por isso, com vistas a minimizar questionamentos quanto a sua constitucionalidade, alguns de seus integrantes defendem a necessidade da promulgação de uma Emenda Constitucional específica.

Por outro lado, considera o Relatório que a eficiência e a eficácia das condições para a prorrogação das concessões são distintas nas atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, o que poderia justificar tratamentos diferenciados em termos de prazo e número de renovações para cada segmento<sup>76, 77</sup>.

---

<sup>75</sup> RITTNER, Daniel; GOULART, Josette. Para Kelman, país correu risco. *Valor Econômico*, São Paulo, 09 jan. 2009. Caderno A, p. 10.

<sup>76</sup> Entendimento nessa mesma linha (tratamento diferenciado para concessões de distribuição) fora anteriormente aventado pelo então Diretor-Geral da ANEEL, Jerson Kelman, durante a fase de discussão do emblemático processo de prorrogação de prazo de concessões de geração da CEMIG, na reunião da Diretoria realizada no dia 3 de outubro de 2006 (vídeo disponível no *site* da ANEEL). No particular, o citado Diretor apresentou Voto pela licitação da outorga dessas centrais geradoras, até então não beneficiadas pela prorrogação prevista no art. 19 da Lei 9.074/95, incluindo as UHE's Emborcação e Nova Ponte (processo nº 48500.0044705/00-92, referido na nota de rodapé 36).

<sup>77</sup> Corroborar também essa avaliação a matéria veiculada no Canal Energia do dia 12/01.09, assinada por Fábio Couto e intitulada “*Kelman defende concessão sem vencimento para distribuição*” (disponível em: <[http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado\\_Livre.asp?id=69189](http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Mercado_Livre.asp?id=69189)>. Acesso em: 30 jan. 2009), a seguir reproduzida:.

*“O diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, Jerson Kelman, defendeu a concessão sem prazo de vencimento para empresas de distribuição, em meio ao debate sobre a renovação das concessões de ativos do setor com vencimento na próxima década. Em entrevista (...), Kelman*

#### 4 Avaliação Preliminar das Propostas em Consideração e Sugestões Complementares Voltadas à Ampliação do Debate

Conforme o panorama apresentado na seção 3, as expectativas e propostas dos agentes do setor elétrico e de suas entidades representativas são pela renovação das concessões<sup>78</sup>, com pequenas variações entre as mesmas, mercê de seus interesses específicos.

Dentre os consensos mínimos obtidos, cabe destacar:

a) quanto às normas legais para a sua implementação

- ❖ a quase totalidade das associações de concessionárias e autorizadas do setor elétrico, partindo da premissa de que não existe comando legal que permita uma segunda prorrogação das concessões, sem licitação, considera necessária uma mudança na legislação ordinária. Apenas a ABRATE e a ABRADDEE insistem na interpretação de que as cláusulas contratuais que preveem a prorrogação de concessões nos segmentos de transmissão e distribuição são válidas e eficazes, mesmo após a revogação do art. 27 da Lei 9.427/96.

b) quanto à extensão de prazo (ou número) das prorrogações

- ❖ concordam as entidades em que uma eventual restauração do art. 27 da Lei 9.427/96 (explicitamente defendida pela ABCE) para permitir sucessivas prorrogações, “*enquanto bem servir*”, se restrinja às atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, que são

---

*explicou que a distribuição é um setor altamente regulado e em tese equilibrado, em função dos processos de revisão tarifária periódica.*

*‘Conceitualmente, não há razão econômica para se ter prazo de concessão para [empresas de] distribuição, ele poderia ser infinito’, afirma. No entanto, avalia, a relicitação de ativos de distribuição só se justificaria caso as autoridades do setor quisessem testar a eficácia da regulação atual, tornando o serviço contestável. ‘Algum competidor externo diz que presta o mesmo serviço, indenizando o concessionário antigo pelo ativo não depreciado, continua a prestar o mesmo serviço com uma tarifa mais baixa. Aí, pode-se conceber uma verificação, saber se a regulação está eficaz’, considera.*

Já no caso da geração, na visão de Kelman, as características são diferentes, porque demandam grandes investimentos iniciais – em especial no caso da hidreletricidade – de modo que o preço (ou tarifa) da energia está embutido no fluxo financeiro, para fins de amortização. ‘Aí sim, tem sentido cláusulas de reversão, como existe em outros países’, aponta. Para Kelman, nesses casos, o fundamental é garantir que a diferença entre o custo marginal da energia e o custo de uma usina já depreciada seja apropriada para beneficiar o consumidor”.

<sup>78</sup> Ressalvada a ABRACEEL, que prefere não se posicionar sobre o encaminhamento a ser dado ao assunto, entendendo-o de responsabilidade do governo federal. Não obstante, apresenta diversas contribuições ao debate, todas alinhadas com as demais associações do setor.

monopólios naturais e estão sujeitas ao mecanismo da revisão tarifária periódica - RTP.

- c) quanto à onerosidade ou não das prorrogações e à forma de operacionalização
- ❖ para o segmento de geração, há unanimidade das associações no sentido de atribuir-se caráter oneroso à segunda prorrogação de concessões, em face do princípio da modicidade tarifária e dos possíveis questionamentos do MP e do TCU. É também uma percepção geral dessas entidades de que existem rendas a serem capturadas pelo Poder Concedente e repassadas aos usuários dos serviços, sem distinção entre consumidores cativos e livres;
  - ❖ são variadas as formas de operacionalização dessa onerosidade, já prevista no §1º do art. 4º da Lei 9.074/95: (i) a ABCE propõe um “*Encargo para a Modicidade Tarifária*”, a ser pago pelo agente titular da concessão prorrogada e deduzido dos preços resultantes de leilões de que participe o respectivo empreendimento; (ii) a ABIAPE sugere a criação de encargo com uma parcela dos recursos destinada especificamente à classe de consumidores de baixa renda; (iii) a APINE não especifica um mecanismo, mas considera aceitável a prorrogação onerosa se o valor e natureza do ônus preservarem a isonomia setorial e a simetria de mercado; (iv) a ABRACEEL também apoia a cobrança de valores aos geradores para a prorrogação de suas concessões e o seu abatimento dos encargos setoriais custeados tanto pelos consumidores cativos quanto pelos livres;
  - ❖ no entanto, ainda quanto à forma de oneração das concessões de geração, é importante não perder de vista a análise (sob o enfoque econômico) e as ponderações feitas pelo Diretor da ANEEL, Edvaldo Santana, no Voto<sup>79</sup> por ele proferido no processo de prorrogação de

---

<sup>79</sup> Confirmam-se alguns trechos do referido Voto (processo nº 48500.004705/00-92 e outros, às fls. 1.018 a 1.023): “21. Só como ilustração, quando da privatização da antiga GERASUL, em 1998, quase todas as suas usinas já tinham prazo de concessão acima de 20 anos, mas nem por isso o valor mínimo de venda deixou levar em conta a capacidade dessas usinas de gerar receitas. O valor mínimo de venda foi calculado como o valor presente líquido das receitas da nova empresa, sendo essas receitas valoradas pelos preços esperados diante de um novo modelo, e não pelos custos históricos das usinas. Ainda

concessões da CEMIG, com relação às distorções verificadas no confronto entre o valor econômico (capacidade de gerar receitas) e o valor contábil de várias centrais geradoras com ativos depreciados ou amortizados;

- ❖ para os serviços de distribuição, observa-se também uma convergência entre as associações do setor elétrico, na compreensão de que a RTP a que estão submetidas as distribuidoras assegura aos consumidores os benefícios da modicidade tarifária. Reconhecendo, por outro lado, que o Poder Concedente dispõe da prerrogativa de estabelecer novas obrigações ao concessionário quando da renovação do prazo de concessão, respeitado o equilíbrio econômico contratual, concordam os agentes em que este pode ser um procedimento válido e eficaz para o condicionamento da prorrogação, incluindo-se a eventual reorganização de áreas de concessão, conforme sugerido pela ABRADDEE;
- ❖ já para o segmento de transmissão – em relação ao qual igualmente se verifica a noção geral de um serviço fortemente regulado e também submetido ao mecanismo da RTP -, há percepções diferenciadas sobre o grau e a extensão das rendas ainda passíveis de serem capturadas em prol da modicidade tarifária. Com efeito, para além da sujeição à revisão periódica das parcelas de receita atualmente “blindadas” - condição admitida pela própria ABRATE -, a ABRADDEE propõe adicionalmente a transferência das DITs às distribuidoras, deixando com as transmissoras apenas os ativos da Rede Básica, de forma a corrigir-se uma distorção no modelo setorial.

---

assim, não é rara a acusação de que o governo “entregou a empresa por valor reconhecidamente aviltado”, com freqüente ameaça de CPIs e outras coisas.

22. Obviamente o preço de uma usina antiga deve ser (no caso geral) menor do que o de uma nova usina. Esse fato, porém, não tem muito a ver com a reversão ou com a depreciação. O menor custo é explicado pela não existência de custo e riscos de construção, custos de financiamento e outros. Os ativos, mesmo depois de depreciados contabilmente, têm valor correspondentes à capacidade desses ativos de produzirem receitas ao longo do tempo. Em outras palavras, o valor de tais ativos, grosso modo, corresponde ao valor presente líquido das receitas que esses podem gerar ao longo de um período que provavelmente será menor do que aquele original de uma concessão de hidrelétricas. Tais receitas, por seu turno, devem ser valoradas a um custo oportunidade”.

Ainda que, em linhas gerais, o Projeto de Lei do Deputado Eduardo Valverde aponte na direção da prorrogação de concessões do setor elétrico, este destoa do atual debate sobre o tema<sup>80</sup>.

Por outro lado, relativamente aos estudos e subsídios preliminares do Grupo de Trabalho/CNPE, no que respeita à alternativa da prorrogação (condicionada) das concessões de serviços públicos de energia elétrica com vencimento em 2015, verifica-se uma forte aderência e compatibilidade de suas conclusões com as propostas minimamente consensadas pelos agentes e associações do setor elétrico. Ressalve-se, talvez, a forma de implementação, já que no aludido GT alguns entendem pela necessidade de uma alteração constitucional, via emenda específica.

A par das avaliações até aqui desenvolvidas, vislumbram-se algumas questões e/ou aspectos complementares, não levantados no debate sobre nova(s) prorrogação(ões) de concessões na área de energia elétrica, que se considera oportuno trazer à reflexão dos atores envolvidos, especialmente do Poder Concedente e dos demais responsáveis pela formulação da política setorial.

Preliminarmente, constata-se que o modelo institucional do setor elétrico brasileiro, no tocante à desverticalização de suas atividades, mediante a separação jurídica de empresas, ainda não se completou, posto que remanescem nas empresas estatais (federais e estaduais, à exceção da CESP), todas com concessões a vencer em 2015, os serviços de geração e transmissão de energia elétrica.

No momento em que se busca viabilizar uma alternativa política/jurídica/legal para nova prorrogação (condicionada) das concessões de serviço público de energia elétrica, que implica a revisão das condições contratuais no advento do termo final,

---

<sup>80</sup> As razões pelas quais o referido Projeto de Lei acha-se em dissintonia com a discussão em curso sobre a prorrogação de concessões no setor de energia elétrica são as seguintes:

- (i) não abrange as concessões de transmissão que expiram em 2015, as quais representam cerca de 82% da Rede Básica;
- (ii) estabelece que a União prorrogará as concessões de geração e distribuição por prazo fixo de mais 15 anos e 10 anos, respectivamente, ao que parece de forma não onerosa (por falta de expressa previsão nesse sentido), sem apresentar, na justificação do PL, a motivação para tal tratamento;
- (iii) limita-se o referido Parlamentar, no tocante às concessões, a propor a inclusão, na Lei 9.074/95, de dois artigos para determinar a prorrogação de prazo, não reconhecendo, no entanto, a necessidade e a oportunidade de contribuir com proposições voltadas (a) ao estabelecimento de critérios objetivos e complementares para aferição da garantia da “*qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados*” (*caput* do art. 19 da mesma Lei); (b) à definição da metodologia de cálculo para a indenização de bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, ao menos para o segmento de transmissão, cujas concessões, segundo se conclui do seu Projeto, não seriam beneficiadas com nova prorrogação.

conforme amplamente reconhecido, nada mais oportuno do que recolocar essa questão para a devida avaliação.

Nesse sentido, cumpre registrar que a motivação para não exigir-se a separação das atividades de G e T em empresas distintas foi a de que “*a formação de preços para o ‘pool’, relacionada unicamente com as atividades de geração e transmissão, feita a partir de licitações e leilões, de forma competitiva, minimiza a questão de transferência de custos de uma atividade para outra*”<sup>81</sup>.

Mesmo que não expressado no Modelo Institucional, alguns profissionais que participaram da sua elaboração aduzem, informalmente, que a principal razão para a não “desverticalização” das atividades de G e T, à época, teria sido a de evitar-se a criação de mais uma diretoria em cada uma das subsidiárias da ELETROBRÁS e os indesejáveis desdobramentos políticos no provimento desses novos cargos.

Ora, tanto numa quanto noutra direção, os argumentos não parecem suficientes para sobrepujar as vantagens e os benefícios que a efetiva separação das atividades de G e T pode propiciar aos consumidores de energia elétrica, pela via da revisão tarifária das transmissoras estatais (segmento regulado), sem contaminação de custos por atividades competitivas<sup>82</sup>, assim como pela minimização do uso abusivo de poder de mercado de uma empresa com ativos de geração e transmissão em submercados com preços diferenciados<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Conforme item 8 (Desverticalização) do Modelo Institucional do Setor Elétrico aprovado pela Resolução CNPE nº 9, de 10 dez. 2003, p. 43-44.

<sup>82</sup> No caso do mercado regulado de transmissão, a desverticalização reduziria a assimetria de informação entre a ANEEL (regulador) e as empresas transmissoras verticalizadas (reguladas). Como benefício, o regulador teria condições de aperfeiçoar seu controle sobre as concessionárias, que, em última instância deveria resultar em: (a) maior garantia na continuidade dos serviços, pela avaliação mais acurada do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; (b) extração de receitas indevidas do regulado em prol do consumidor. Não se desconhece, por óbvio, que a exigência da desverticalização das atividades de G e T envolve custos de implementação, devendo este aspecto ser naturalmente aprofundado nas análises pertinentes.

<sup>83</sup> Exemplo: Um gerador é detentor de outorga de uma usina termelétrica (UTE) no submercado “A” e também titular da concessão da linha de transmissão (LT) na interligação entre o submercado “A” e o submercado “B”.

Eventualmente, poderia o gerador reduzir a disponibilidade da LT, fazendo com que se elevasse o valor do preço *spot* no submercado “A” e, nesse caso, se a UTE tiver contratos no submercado “B” teria ganhos em função da diferença de preços entre os submercados.

Em uma análise puramente sob o ponto de vista da defesa da concorrência, ter-se-ia um caso clássico de utilização do poder de mercado para auferir rendas extraordinárias, que em última instância seriam pagas pelo consumidor da energia, ou seja, o gerador/transmissor teria poder de mercado.

Entretanto, nesse caso não se pode esquecer que o segmento de transmissão é fortemente regulado pela ANEEL, cuja competência de atuação leva o gerador/transmissor a fazer um *trade-off* entre a penalidade a que está sujeito pela indisponibilidade da LT e os ganhos comerciais decorrentes, podendo ainda ensejar mudanças de aspectos regulatórios visando coibir tais comportamentos, a exemplo da majoração da multa a ponto de tornar inviável economicamente tais atitudes.

Outro ponto, a justificar uma avaliação mais aprofundada, relaciona-se à possibilidade de, no bojo de um amplo acordo político que venha a viabilizar a prorrogação condicionada das concessões no setor elétrico, impor-se a antecipação da “desblindagem” dos ativos de transmissão atualmente não sujeitos à RTP, já para o processo revisional com vigência a partir de julho/2009, mediante o expreso compromisso das transmissoras de celebração de aditivo contratual nesse sentido, como forma de ampliar a transferência de ganhos de produtividade aos consumidores e, conseqüentemente, atenuar resistências de eventuais oponentes ao encaminhamento da proposta de renovação das concessões.

Por último, em face da aparente concordância da ABCE com a aplicação de critérios de onerosidade também às concessões de geração de serviço público cujas outorgas se deram antes da Carta de 1988 e ainda não vencidas (primeira prorrogação, sem licitação), entende-se, diferentemente do posicionamento constante do estudo denominado “*Visão Geral sobre o Processo de Prorrogação das Concessões de Geração no Setor Elétrico*”<sup>84</sup>, ser necessária alteração legal para a sua viabilização, posto que o §2º do art. 4º da Lei 9.074/95 aplica-se tão somente às novas concessões e autorizações outorgadas e contratadas após a Lei 8.987/95 e às concessões de geração de energia elétrica destinadas ao uso exclusivo do concessionário (autoprodução) anteriores a 11 de dezembro de 2003.

## 5 Conclusões

Conforme assinalado na introdução, este artigo busca, ainda que preliminarmente, avaliar os fundamentos e analisar o mérito das principais propostas voltadas a uma nova prorrogação das concessões no setor elétrico (ou mais de uma, como defendem alguns, especialmente para os serviços de transmissão e distribuição), que têm sido suscitadas no debate sobre o futuro dos ativos cujas concessões vencem a partir de 2015. Não examina, pois, a alternativa de licitação para outorga de nova concessão, que se entende abrangida no ordenamento jurídico vigente e à disposição do Poder Concedente para, se e quando for o caso, dela se utilizar no devido tempo<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> BATISTA, Romário de Oliveira. Visão Geral sobre o Processo de Prorrogação de Concessões de Geração no Setor Elétrico. ANEEL. Processo nº 48500.004705/00-92 e outros, fls. 877 a 901.

<sup>85</sup> Muito embora se reconheça a necessidade de algumas complementações no marco legal vigente, a exemplo das condições e critérios para a reversão de ativos e para os certames licitatórios associados às novas outorgas de concessão nos segmentos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Não obstante essa delimitação de escopo, impõe-se reconhecer<sup>86</sup> que, em face do atual quadro constitucional, a realização de licitações ao final do prazo das concessões já prorrogadas no setor elétrico constitui solução de menor risco jurídico, pois garante a isonomia na disputa por suas outorgas e assegura a modicidade tarifária<sup>87</sup>, ainda que envolvendo considerável risco político (pressão contrária por parte das estatais federais e estaduais, através de seus controladores e de outros atores políticos).

Cabe sublinhar ainda que a teoria dos leilões<sup>88</sup> divisa situações em que a inclusão de margens de preferência garante alocações eficientes do ponto de vista econômico (o que significa atribuir o objeto ao agente/competidor que maior valor a este confira ou que apresente vantagens relativas de custos de produção). Nesse sentido, uma alternativa possível<sup>89</sup> seria garantir preferência ao concessionário incumbente em uma eventual disputa da outorga mediante licitação, o que certamente contribuiria para a redução do mencionado risco político.

De outro lado, como uma das principais conclusões do presente estudo, considera-se que, sob qualquer avaliação, não há obstáculos intransponíveis para nova(s) prorrogação(ões) de concessões nas atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, já que, no pior cenário, poder-se-ia trabalhar na perspectiva de uma Emenda à Constituição para alterar o art. 175 (diretamente ou mediante a excepcionalização de sua aplicação ao setor elétrico no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

Com efeito, do mesmo modo que, em 1995, criaram-se regras de transição específicas para as concessões do setor elétrico existentes à época<sup>90</sup>, após amplo acordo político envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo Federal, e Governos Estaduais e Municipais controladores de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica<sup>91</sup>,

---

<sup>86</sup> Em consonância com as avaliações do Grupo de Trabalho criado no âmbito do CNPE.

<sup>87</sup> Em tese, a licitação para nova outorga de concessão é a alternativa que tende à obtenção de menores tarifas.

<sup>88</sup> MILGROM, Paul. *Putting Auction Theory to Work*. Cambridge University Press. 2004, p. 234-242.

<sup>89</sup> Conforme também levantado por Kelman, em matéria referida na nota de rodapé 76.

<sup>90</sup> Tais regras, consubstanciadas na Lei nº 9.074/95, alargaram o alcance dos art. 42 e 43 da Lei nº 8.987/95 e permitiram a prorrogação (sem licitação) de concessões existentes por mais 20 anos e daquelas cujos empreendimentos encontravam-se, à época, atrasados ou paralisados, por até 35 anos.

<sup>91</sup> BATISTA, Romário de Oliveira. *Visão Geral sobre o Processo de Prorrogação de Concessões de Geração no Setor Elétrico*. ANEEL. Processo nº 48500.004705/00-92 e outros, fls. 877 a 901. “51. Nesse sentido, parece oportuno assinalar que tais questões têm estado presentes na agenda dos formuladores de políticas setoriais, seja em função da importante e relativamente recente decisão do legislador de por fim às “concessões eternas”, até então admitidas pelo art. 27 da Lei nº 9.427/96 (revogado pela Lei nº 10.848/04), seja pela manutenção, no novíssimo modelo setorial, das disposições do art. 19 da Lei nº 9.074/95, pelas quais “os contratos de concessão de usinas hidrelétricas existentes poderão ter renovação com prazo máximo de 20 anos, sempre a critério do Poder Concedente”,

avalia-se como possível a reedição dessa empreitada – agora fortificada pela participação e maiúscula representatividade das associações com atuação nesse setor - sem descurar da necessidade de apresentar sólidas respostas a eventuais questionamentos e demandas da parte de instituições como o Ministério Público e o TCU.

Legitimada por um acordo político-institucional dessa natureza e amplitude, no âmbito do qual sejam explicitados todos os benefícios para o necessário equilíbrio entre incentivos à expansão da oferta de energia elétrica e modicidade tarifária a que estariam condicionadas as renovações de concessões, nos diversos segmentos, a eventual decisão política nessa direção – que muitos consideram provável e esperam para o primeiro semestre de 2009, até porque, repita-se, a União tem interesse direto no equacionamento dessa questão, por ser controladora de empresas federais detentoras da maioria dos ativos de geração e transmissão com concessões expirando em 2015 -, seria sequenciada pelo encaminhamento das medidas legislativas necessárias às alterações constitucionais e/ou legais requeridas.

Nesse contexto, partindo de um prévio e firme entendimento com os atores envolvidos, entre estes o Parlamento Federal, parece relativizada a diferença, em termos de processamento legislativo, para aprovação de uma Emenda à Constituição ou de uma Lei Ordinária<sup>92</sup>, razão por que, em face dos indiscutíveis ganhos em segurança jurídica<sup>93</sup>, recomenda-se a via constitucional para a implementação das mudanças que viabilizem uma nova prorrogação (agora condicionada) das concessões no setor de energia elétrica.

---

*respeitando-se, desse modo, o amplo acordo político estabelecido entre o Governo Federal, os Governos Estaduais e o Congresso Nacional, no início de 1995, que possibilitou a promulgação da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) simultaneamente à edição da Medida Provisória nº 890, de 13/02/95 (de que resultou a Lei nº 9.074/95), a qual trouxe disciplina específica sobre a prorrogação das concessões existentes no setor elétrico nacional. Em outras palavras: sem a MP nº 890/1995 (convertida, repita-se, na Lei nº 9.074/95 – Lei de Concessões do Setor Elétrico) não haveria Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos e, conseqüentemente, não estaria regulamentado o art. 175 da Constituição Federal.”*

<sup>92</sup> O estudo não descarta de todo a viabilidade da renovação de concessões no setor elétrico mediante alterações na legislação infraconstitucional, mas alerta para os riscos de eventual questionamento quanto à sua constitucionalidade.

<sup>93</sup> Vide comentário constante da nota de rodapé 24.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88-89.

BATISTA, Romário de Oliveira. *Visão Geral sobre o Processo de Prorrogação de Concessões de Geração no Setor Elétrico*. ANEEL. Processo nº 48500.004705/00-92 e outros. p. 877 a 901.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Modelo Institucional do Setor Elétrico*. 11/12/2003. Aprovado pela Resolução CNPE nº 9, de 10 dez. 2003. p. 43-44.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 270-271, 401-406 e 443.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 228-270.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009. p. 131, 151-156.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre alguns julgados do supremo tribunal federal em tema de prorrogação de concessões de serviço público. *Informativo Eletrônico do Setor Elétrico do GESEL-UFRJ*, n.º 2.364, 9 out. 2008. Disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/forum/loureiro4.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 17ª Ed., 2004. p. 186, 656-657.

MILGROM, Paul. *Putting Auction Theory to Work*. Cambridge. University Press. 2004, p. 234-242.

ROCHA, Cáarmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 60-61.