

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E A POSSIBILIDADE DE
ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO CONTRATO PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

THE CONSTITUTIONALITY OF THE EXTENSION THE CONCESSION OF
ELECTRICITY AND THE POSSIBILITY OF CHANGING THE TERMS OF THE
CONTRACT BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

ANA PAULA CORDEIRO DUARTE

Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pós Graduada em Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Advogada.

RESUMO

O presente resumo tem por objetivo analisar a questão da constitucionalidade da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que prorrogou os contratos de concessão de energia elétrica. Avaliar a forma como a Constituição Federal Brasileira trata da questão das prorrogações dos contratos de concessão de energia elétrica, bem como se o meio normativo utilizado está de acordo com as condições nela previstas e se as condições adotadas pelo Governo quando da instituição da referida lei e com a consequente possibilidade de prorrogação dos referidos contratos, observou os ditames estabelecidos pelo Direito Administrativo no que diz respeito aos termos dos contratos de concessão e a possível alteração dos seus termos de forma unilateral.

PALAVRAS-CHAVE: Prorrogação; Concessão; e Energia.

ABSTRACT

This summary aims to analyze the question of constitutionality of law nº 12,783, January 11, 2013, which extended the concession contracts of electrical energy. Assess how the Brazilian Federal Constitution addresses the issue of extensions of the concession contracts of electricity, as well as whether the legislative means used is according to the conditions contained therein and whether the policies adopted by the Government when the institution of the Act and with the consequent possibility of

prolongation of the said contracts, observed the dictates established by administrative law with regard to the terms of the concession agreement and the possible amendment its terms unilaterally.

KEYWORDS: Extension; Concession; and Energy.

1. Introdução

A prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica é um assunto que vem sendo tratado constantemente pelos especialistas do setor elétrico, pesquisadores da área de Direito Administrativo e de Direito Econômico, razão pela qual se objetivou por meio do presente trabalho científico analisar e ponderar algumas questões relacionadas ao tema.

Como é de conhecimento de alguns, muitas concessões de energia elétrica teriam o seu contrato vencido no ano de 2015¹, ocasião em que não restava alternativa à Administração Pública se não a prorrogação desses contratos ou o início de um processo licitatório permitindo, assim, a participação de novos investidores e interessados nesse mercado.

O Poder Público, no entanto, entendeu por bem prorrogar os contratos das concessões hoje vigentes, sob alegação de que essa seria a única forma de redução real das tarifas em prol dos consumidores finais.²

Dessa forma, considerando a opção realizada pelo Poder Público, analisaremos sob ponto de vista constitucional se a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013 (“Lei nº 12.783/2013”) observou os ditames estabelecidos pela Constituição Federal Brasileira, bem como se as condições estabelecidas pelo governo às concessionárias observam o estabelecido à Administração Pública.

II – Da Lei nº 12.783/2013 e dos Contratos de Concessão de Energia Elétrica

¹ (i) 20% da capacidade instalada de geração de energia elétrica; (ii) 82% das concessões de linhas de transmissão existentes, que compõem a Rede Básica do Sistema Interligado Nacional; e (iii) 38 concessionárias de distribuição de energia, que representam 30% do mercado de distribuição, terão seus contratos extintos em 2015. (BONINI, Mario Roque. Setor Elétrico Brasileiro: o problema do prazo das concessões. Disponível em:

[http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201_Setor_Eletrico_Brasileiro.pdf] p.5. Acesso em 15/06/2012.)

² Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante cerimônia de anúncio de redução do custo de energia, Brasília – DF: 11/09/2012. Disponível em [<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-anuncio-de-reducao-do-custo-de-energia-brasilia-df>] Acesso em 15/10/2012.

Fazendo um breve relato histórico, a concessão de serviço público no Brasil ganhou forças a partir de 1930, ocasião em que houve a descentralização de serviço público e o Estado transferiu a terceiros a prestação de serviços públicos essenciais, principalmente no que diz respeito ao desenvolvimento de infraestrutura com a criação e expansão de estradas de ferro, portos, saneamento básico de água e energia.³

No âmbito da Constituição Federal Brasileira de 1988, seu artigo 175, estabelece que:

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;

Assim, conforme se verifica do referido dispositivo Constitucional, incumbe ao Poder Público de forma direta ou indireta sob regime de concessão ou permissão a prestação de serviço público, sendo que caso o Poder Público opte pela concessão ou permissão será necessária a realização de licitação.

A Constituição estabelece, ainda, que mediante lei o Poder Público poderá prorrogar os contratos de concessão, sem, no entanto, fixar um limite a essas prorrogações.

Em relação ao procedimento adotado pelo Poder Executivo para a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica, houve a publicação da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012 (“MP 579/2012”), que foi devidamente convertida na Lei nº 12.783/2013.

Em análise ao dispositivo constitucional, seria possível considerar que a prorrogação dos contratos de concessão por meio da Lei nº 12.783/2013 observou os ditames estabelecidos e por meio de lei prorrogou os contratos de concessão de energia elétrica.

No entanto, cumpre mencionar que as “atuais” concessões foram delegadas por meio de Decreto antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo

³ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público a equação econômico-financeira dos contratos. Editora Verbatim. São Paulo: 2011. p.15.

que na segunda metade dos anos 90, as concessionárias tiveram seus contratos prorrogados por mais 20 anos, adaptando-se, assim, à base legal do novo modelo.⁴

Entretanto, apesar das atuais concessionárias prestarem tais serviços por décadas e décadas e a Lei 12.783/2013 possibilitar a prorrogação da prestação desses serviços por mais 30 anos, isso não indica necessariamente uma ofensa ao dispositivo constitucional, já que como mencionado acima não há um limite para o número de prorrogações, pelo contrário a Constituição permite a prorrogação desses contratos.

Dessa forma, entende-se que o procedimento adotado observou sim o previsto na Constituição Federal do Brasil.

Em relação aos contratos de concessão de serviço público, assim como estabelece o Código Civil de que o contrato é um acordo de duas ou mais vontades, na concessão também há a necessidade de manifestação de vontade das partes.⁵

Apesar de o contrato de concessão retratar a vontade das partes, a Lei nº 8.987/95 impõe diversos poderes-deveres ao concedente, dentre eles a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, inclusive em relação às tarifas a serem cobradas.⁶

No entanto essa prerrogativa do Poder Público deve ser utilizado com razoabilidade, de forma que ônus não fica apenas a cargo do concessionário, ocasionando um ônus ou até mesmo um desequilíbrio econômico do contrato, ocasião em que se faz necessária a motivação por parte do Poder Público.⁷

Em relação à prorrogação estabelecida pela Lei nº 12.783/2013, seu artigo 1º estabelece que ficará a critério do poder concedente a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica, sendo que para tanto, deverá haver a concordância expressa quanto às tarifas fixadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”).

⁴ BONINI, Mario Roque. op.cit.

⁵ “Não há concessão se faltar a manifestação de vontade das partes. A manifestação da vontade do particular se opera com a apresentação de sua proposta, nos termos das estipulações constantes do edital. De outro lado, as estipulações constantes do edital são formuladas de maneira unilateral pela Administração Pública e só produzem efeito se houver apresentação de proposta pelo particular.” (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. op. cit., pp.27 e 30.)

⁶ “Tais poderes são conhecidos como cláusula exorbitantes, por conferirem, à Administração Pública, prerrogativas que o particular não possui. Elas não encontram correspondência no âmbito do direito privado, em que a igualdade e a autonomia das partes são pressupostas. O poder de alteração unilateral das cláusulas contratuais é uma das cláusulas exorbitantes, conferida à Administração pelo ordenamento jurídico, em razão da cura do interesse público que é a finalidade última da atividade administrativa.” *Ibidem.* p.35.

⁷ *Ibidem.* p.36.

Nesse sentido, verifica-se que haverá uma alteração quanto ao contrato anteriormente assinado pelas concessionárias no passado, sendo que para que a prorrogação de fato se efetive, será necessária a aceitação expressa das concessionárias.

No caso em questão, a prorrogação do contrato de concessão dos serviços de energia elétrica está vinculada à aceitação por parte das concessionárias das condições pré-estabelecidas pelo Poder Concedente.

A razão dessa alteração está motivada levando em consideração o interesse público e coletivo, vez que o objetivo da prorrogação dos contratos é a redução das tarifas ao consumidor final.

Resta saber se as concessionárias concordarão com essas condições e prorrogarão os referidos contratos e as consequências caso não aconteça a prorrogação, sendo tal análise objeto de pesquisa posterior.

III. Considerações Finais

Diante do acima exposto, verifica-se que o Poder Público observou o estabelecido pela Constituição Federal, prorrogando os contratos por meio da Lei nº 12.873/2013, bem como que a Constituição Federal não estabelece um limite de prorrogação dos contratos de concessão de serviço Público.

Observou-se, ainda, que a Administração Pública pode alterar unilateralmente as condições dos contratos de concessão, desde que de forma motivada e que isso não ofereça um desequilíbrio econômico ao contrato.

IV. Bibliografia

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público a equação econômico-financeira dos contratos. Editora Verbatim. São Paulo: 2011.

BONINI, Mario Roque. Setor Elétrico Brasileiro: o problema do prazo das concessões. Disponível em:

[http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201_Setor_Eletrico_Brasileiro.pdf] Acesso em 15/06/2012.

Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante cerimônia de anúncio de redução do custo de energia, Brasília – DF: 11/09/2012. Disponível em [<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-anuncio-de-reducao-do-custo-de-energia-brasilia-df>] Acesso em 15/10/2012