
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 46	p. 1-230	out./dez. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Deborah Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções

Gustavo Justino de Oliveira

Consultor, parecerista e professor nas áreas de Direito Administrativo, Constitucional e do Terceiro Setor. Sociofundador de Justino de Oliveira Advogados. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Bolsa Capes). Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Administrativo na Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, Governo Federal.

Danilo Leal Montes

Advogado e consultor na área de direito público, regulação e terceiro setor. Membro da equipe de Justino de Oliveira Advogados. Especializando em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (GVLAW).

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo enfrentar o tema da prorrogação das vigentes concessões de energia elétrica no cenário brasileiro, delimitando os principais problemas envolvidos, com a finalidade de apresentar um panorama com as possíveis soluções. Primeiramente contextualiza-se a regulação da energia elétrica sob os pontos de vistas social, histórico e político. Em seguida, evidenciam-se os principais aspectos da problemática envolvendo a prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico. Ao final, apresentando um panorama das possíveis soluções, identificam-se aquelas entendidas como as mais adequadas em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Serviço público. Concessões. Energia elétrica. Prorrogação.

Sumário: 1 Introdução – 2 O cenário pré-regulação – 3 A primeira onda regulatória: principais efeitos – 4 A problemática atual das prorrogações – 5 Possíveis soluções – 6 Conclusões

1 Introdução

A energia elétrica é a base da sociedade pós moderna. Nela se apoiam a produção de bens e serviços de praticamente todas as modalidades, assim como ocorre o desenvolvimento de todas as atividades do Estado.

Em razão da sua máxima e vital importância, o Estado brasileiro desenvolveu meios de intervenção e regulação do setor, como o controle e planejamento do desempenho das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Atualmente, utiliza-se o modelo de outorga via concessões, o qual foi estruturado por meio de um complexo sistema jurídico-normativo, composto de disposições de ordem constitucional, legal e infralegal.

Segundo esse sistema, as concessões são formalizadas por contratos de concessão e limitadas temporalmente, sendo possível prorrogá-las por outros períodos. Quando findo o período da concessão ou de sua prorrogação, é necessário promover certames para selecionar novos concessionários.¹

Contudo, existem razões de fato e de direito que abrem espaço para posicionamentos diversos, voltados para a renovação dos contratos em face de alterações legislativas, emendas à Constituição Federal e outros meios.

O interesse no tema justifica-se uma vez que, ao que consta, a partir de 2015, 30,7 mil megawatts (o que equivale a mais que o dobro da energia gerada por Itaipu em um ano), produzidos por 114 usinas hidroelétricas, podem passar para outras mãos, que não aquelas dos concessionários atuais.^{2 3}

A controvérsia surge, então, do confronto entre três possíveis encaminhamentos: (i) nada deve ser alterado no ordenamento jurídico, sendo assim, basta que as concessões sejam objeto de nova licitação; (ii) é possível alterar o ordenamento jurídico com vistas a permitir que as concessões sejam renovadas; e, por fim, (iii) o Estado pode passar a prestar diretamente os serviços, quando as concessões chegarem ao seu termo (reestatização).

Atualmente, sem que sejam feitas quaisquer alterações normativas, restam duas soluções para o poder concedente: promover novos certames ou aguardar que as concessões atualmente vigentes cheguem a termo para, posteriormente, substituir os concessionários na prestação dos serviços públicos.

2 O cenário pré-regulação

O relacionamento entre Estado, particulares e a energia elétrica advém de uma questão histórica. Desde os primeiros momentos nos quais a energia elétrica passou a ser gerada no Brasil, o Estado de alguma forma intervinha, tanto como prestador de serviços, como planejador e regulador da atividade.

¹ Lei nº 8.987/95, Lei nº 9.074/95 e Lei nº 9.472/96.

² BRASIL. Empresa Brasil de Comunicações. Governo estuda prorrogar contratos de concessão do setor elétrico. Brasília, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-05-11/governo-estuda-prorrogar-contratos-de-concessao-do-setor-eletrico>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

³ LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar?. Valor Econômico, São Paulo, 23 jan. 09. Disponível em: <<http://www.eagora.org.br/arquivo/concessoes-de-energia-eletrica-prorrogar-ou-licitar>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

A partir da segunda metade do século XX, a Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras), criada por Getúlio Vargas e implementada por Jânio Quadros, foi protagonista do desenvolvimento do setor, tendo, ao longo do tempo, sofrido diversas alterações em sua formatação.

Em paralelo, o setor foi regido pelo Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE),⁴ em conjunto com o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), cuja atuação se dava em uma perspectiva de normatização e de planejamento, ainda que de forma casuística e pontual.

Nos anos 1970, houve a celebração do Tratado de Itaipu, que deu origem à Itaipu Binacional, responsável por um grande avanço para o Brasil e para o setor.

De uma forma geral, antes da promulgação da Constituição de 1988 não havia um projeto de desenvolvimento energético que regesse a atuação do público e do privado.

Como afirma Maria Aparecida de A. P. Seabra Fagundes,⁵ o setor era pautado pela informalidade. As concessões eram outorgadas mediante decretos, o que, em certa medida, conferia um caráter de insegurança aos empresários e aos usuários dependentes dos serviços, uma vez que não foram poucas as reviravoltas políticas que o Brasil vivenciou ao longo dos últimos 100 anos.

Durante esse período, não eram bem definidas as relações concorrenciais entre os players⁶ do setor. Isso se dava por três razões principais: (i) a estruturação das regras e instituições de defesa da concorrência somente ocorreu a partir da segunda metade dos anos 1990;⁷ (ii) a forte presença estatal não permitia a existência de um mercado de geração, transmissão e distribuição independente; e (iii) a natureza física da energia elétrica é em si um desafio em termos de definição de mercado relevante.⁸

Os anos 1980 foram marcados por uma depressão econômica que em muito afetou as estatais que participavam do setor. Além do uso das

⁴ FAGUNDES, Maria Aparecida de A. P. Seabra. Evolução da regulação nos contratos de Energia Elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 10, p. 09-28, 2010. p. 11.

⁵ FAGUNDES, Maria Aparecida de A. P. Seabra. Evolução da regulação nos contratos de Energia Elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 10, p. 09-28, 2010. p. 12.

⁶ Por players entendemos empresas ou grupo de empresas.

⁷ FORGIONI, Paula A. Fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125 et seq.

⁸ A energia elétrica não pode ser estocada, uma vez que a partir do momento que é acionada a rede elétrica do consumidor, a energia elétrica passa a ser consumida em velocidade extremamente maior em relação à velocidade com que a informação sobre custos chega ao consumidor. Conforme PRADO, Mariana Mota. O setor da Energia Elétrica. In: SCHAPIRO, Mauro Gomes. Direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-34. (Série GVLaw).

tarifas como instrumento para contenção inflacionária, o desequilíbrio fiscal que afetou o país como um todo repercutiu no caixa das empresas públicas e privadas que atuavam no setor.

Além disso, os direitos dos usuários não estavam sistematizados e tampouco refletiam de maneira precisa os seus diferentes perfis do setor: o de grande, médio e pequeno porte.

Como resultado, no início dos anos 1990, o setor sofria com um serviço que pouco evoluiu na década anterior, com empresas predominantemente estatais endividadas e sem um programa energético alinhado com o projeto de desenvolvimento econômico-social para o Brasil.

3 A primeira onda regulatória: principais efeitos

A primeira onda regulatória teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e de suas primeiras emendas. Por meio da nova ordem constitucional, foram estabelecidas as principais balizas para uma forte reestruturação de diversos setores para além da energia elétrica, como as telecomunicações e o petróleo.

Na sequência, foi dado início ao movimento que culminou na alienação do controle acionário de empresas que eram detidas pelo Estado e a busca do desenvolvimento da competição.

A Constituição Federal de 1988 fixou de forma clara que os serviços públicos poderiam ser prestados materialmente por particulares, por meio dos institutos da concessão⁹ e permissão (art. 175), determinando que a informalidade fosse excluída do sistema jurídico-administrativo.

Além disso, a nova ordem constitucional enalteceu as preocupações com relação aos usuários e com o meio ambiente, trazendo tais direitos a uma robusta dimensão que se irradiou por todos os setores ligados ao tema, o que certamente influenciou no desempenho das atividades vinculadas à energia elétrica.

Nesse contexto, a Agência Nacional da Energia Elétrica (ANEEL)¹⁰ foi concebida como um instrumento de regulação especializada, voltada para o fomento da competição, o planejamento técnico do setor e a fiscalização das práticas de mercado em face do ordenamento jurídico posto.

⁹ Sobre o tema das concessões, sugerimos a obra de MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁰ A Agência Nacional de Energia Elétrica foi instituída por meio da Lei nº 9.427/96. Seu Regulamento Interno foi definido por meio do Decreto nº 2.335/97 e, por fim, seu Regimento Interno foi aprovado pela Portaria MME nº 349/97, tendo sofrido alterações posteriores.

O ingresso da regulação no ordenamento jurídico brasileiro foi fundamental para conferir dimensão social¹¹ às decisões e à prestação das atividades pelos particulares titulares das outorgas. Foi justamente o aparato regulatório que destinou tutela específica para o controle de tarifas, para a universalização dos serviços e para os direitos dos usuários.

Isso porque, antes de promover o crescimento do mercado de energia elétrica em seus três âmbitos, a regulação se destina a garantir o exercício de direitos fundamentais dos usuários.

No que se refere aos aspectos técnicos, as prioridades do novo sistema seriam, conforme Antônio Carlos Fraga Machado,¹² (i) assegurar a estabilidade regulatória; (ii) garantir a segurança do suprimento; (iii) promover a modicidade tarifária; e (iv) impulsionar a inserção social por meio da universalização.

As atividades de geração, transmissão e distribuição foram reciprocamente destacadas, e houve a fundação de toda uma nova lógica de mercado no setor, por meio do processo de contratualização a ser desenvolvido entre os players.

Justamente nesse momento teve início a problemática que vivenciamos hoje, em matéria de prorrogação¹³ dos contratos de concessão de energia elétrica.

Em face da falta de padronização (i) das concessões existentes antes do advento da Constituição Federal de 1988; (ii) daquelas outorgas conferidas no interregno compreendido entre 1988 e 1995; e (iii) das outorgas conferidas depois da reestruturação do setor, havia a necessidade de organizar os termos finais de cada concessão e suas condições para renovação.

Desta forma, leis buscaram organizar essa situação, por meio da criação de diversos regimes de prazos no âmbito da geração, transmissão e distribuição. Vejamos o quadro a seguir:¹⁴

¹¹ Como coloca Marçal Justen Filho “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 652).

¹² MACHADO, Antonio Carlos Fraga. Evolução da Comercialização de Energia Elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 6, p. 49, 2007.

¹³ Acompanhamos o entendimento de Marçal Justen Filho para entender que a prorrogação consiste em um prolongamento da sua vigência além do prazo inicial com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores. Esse conceito é diferente de “renovação”, que como leciona o autor, significa a inovação em todo ou em parte do ajuste, mantido, porém o seu objeto inicial (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 671).

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2010.

Atividade	Regime de prazos
Geração	<ul style="list-style-type: none"> - prazo de 35 anos, sem a possibilidade de prorrogação, para as concessões posteriores a 11.12.2003; - prazo de 35 anos, com possibilidade de prorrogação por até 20 anos, para as concessões outorgadas antes de 11.12.2003 (excetuados os demais casos seguintes); - prazo contratual, prorrogável por 20 anos, para as concessões outorgadas antes da vigência da Lei nº 8.987/1995, desde que não tenham sido concedidas sem licitação na vigência da Constituição de 1988; - contratos já prorrogados, vigência por 20 anos, para o caso das concessões que, quando da publicação da Lei nº 8.987/1995, estivessem em caráter precário ou com prazo vencido ou indeterminado; - contratos já prorrogados, vigência por até 35 anos, para as concessões cujas obras estivessem atrasadas ou paralisadas quando da publicação da Lei nº 8.987/1995; - possibilidade de prorrogação, vigência por até 35 anos, quando efetuada privatização de empresa de geração.
Transmissão	<ul style="list-style-type: none"> - prazo limitado a 30 anos, prorrogável por igual período, para aqueles celebrados após a Lei nº 9.074/1995; - prazo contratual, prorrogável por 20 anos, para as concessões outorgadas antes da vigência da Lei nº 8.987/1995; - contratos já prorrogados, vigência por 20 anos, para o caso das concessões que, quando da publicação da Lei nº 8.987/1995, se encontravam em caráter precário ou com prazo vencido ou indeterminado; - possibilidade de prorrogação, vigência por até 35 anos, quando efetuada privatização de concessionária de transmissão.
Distribuição	<ul style="list-style-type: none"> - prazo limitado a 30 anos, prorrogável por igual período, para aqueles celebrados após a Lei nº 9.074/1995; - prazo contratual, prorrogável por 20 anos, para as concessões outorgadas antes da vigência da Lei nº 8.987/1995; - contratos já prorrogados, vigência por 20 anos ou pelo maior prazo entre as concessões reagrupadas, para o caso das concessões que, quando da publicação da Lei nº 8.987/1995, encontravam-se em caráter precário ou com prazo vencido ou indeterminado; - possibilidade de prorrogação, vigência por até 35 anos, quando efetuada privatização de concessionária de distribuição.

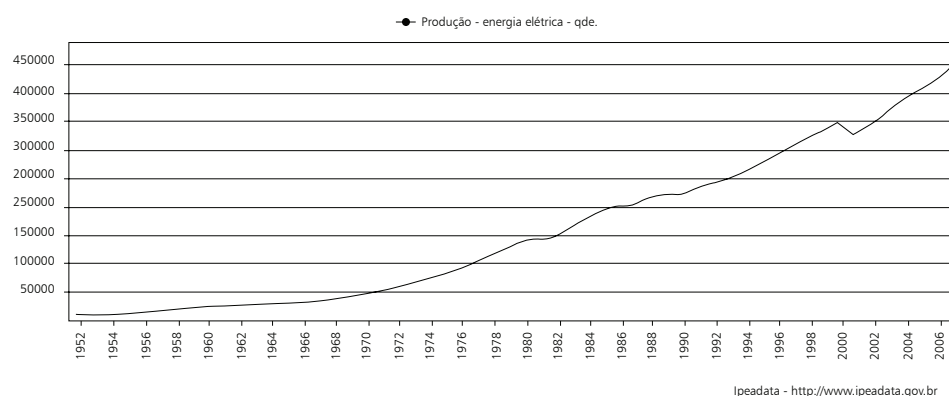
p. 8 et seq. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema16/2010_1265.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011.

Daí podemos identificar que houve uma organização legislativa pouco concatenada e até mesmo circunstancial e casuística, dado que, em um curto período, diversas prorrogações chegariam, como agora efetivamente estão a chegar, ao seu termo.

Com efeito, o que houve no setor foi um reflexo da inexperiência brasileira com temas imanentes à regulação, em face da nova democracia que fora instituída e da ideia de planejamento sistêmico e perene. Afora isso, o mundo também passava por uma efervescência de transformações relacionadas com os movimentos de expansão econômica em face da globalização, do desenvolvimento tecnológico e com as transformações resultantes do fim da Guerra Fria.

No início dos anos 2000, período no qual ainda não se tinha um desenvolvimento satisfatório das relações entre regulador e regulado, diversos fatores resultaram em graves problemas de abastecimento de energia elétrica. Chamada de “apagão”, a crise energética impulsionou novas mudanças na compreensão da importância da energia elétrica e das relações mercadológicas envolvidas.

Eis o que ocorreu com a curva de crescimento da produção de energia elétrica no período da crise:^{15 16}



O que se sucedeu à crise instalada foi um racionamento que atingiu grande parte da população, com a retomada dos debates acerca da eficiência da regulação e a qualidade dos serviços prestados.¹⁷

¹⁵ BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atualização: 04 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/Default.aspx>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

¹⁶ Dados em GWh.

¹⁷ O racionamento de energia elétrica havido no Brasil no início dos anos 2000 levantou sérias discussões sobre a sua constitucionalidade e juridicidade. Não nos interessa, para fins desse artigo um aprofundamento nesse

Contudo, em que pese a crise ter desaguado em prejuízos para o Governo, para as concessionárias e para o consumidor, verificou-se o surgimento de uma “dimensão social da energia elétrica”, como podemos verificar do Plano Nacional de Energia 2030,¹⁸ elaborado pelo Ministério de Minas e Energia:

O encarecimento do insumo “energia” torna um país menos competitivo e menos social, visto que este bem tem o poder de interferir em todos os segmentos da economia e excluir determinados grupos de pessoas, com menor poder aquisitivo, da possibilidade de obter melhor qualidade de vida e melhorar suas atividades comerciais. (grifou-se)

Nesse meio tempo, houve sucessão presidencial e o novo governo, que teve início de 2003, entendeu que melhor seria restringir a quantidade de contratos, na busca de conferir menos espaço para as pressões de mercado, ao contrário do que se buscou no governo anterior.

Outra vez o setor se viu em meio a uma nova mudança de orientação, que, em certa medida, acompanhou os movimentos estatizantes havidos na América do Sul, conduzidos por Hugo Chávez¹⁹ (que estatizou universidades, canais de televisão, siderúrgicas) e por Evo Morales²⁰ (focado na estatização de empresas exploradoras de fontes de energia).

Seguindo essa linha, a Lei Federal nº 10.848/2004 excluiu do Programa Nacional de Desestatização (PND) a Eletrobras e suas controladas,²¹ de forma a garantir a presença estatal no mercado de geração, transmissão e distribuição.

Afora isso, a Lei Federal nº 3.890-A/61, que instituiu a Eletrobras,²² foi alterada posteriormente, por meio da Lei Federal nº 11.651/08, no

sentido. Para maiores detalhes: FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; PAJOTA, Desire Tamberlini Campiotti. O Poder Judiciário e o direito da energia elétrica: principais decisões. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 10, p. 77-100, 2010.

¹⁸ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Plano Nacional de Energia 2030. p. 133. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/pne_2030/11_EficienciaEnergetica.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.

¹⁹ Recentemente o Governo de Hugo Chávez se voltou para estatizar a exploração de ouro na Venezuela. BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicações. Chávez anuncia que vai nacionalizar a exploração de ouro na Venezuela. Brasília, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-08-17/chavez-anuncia-que-vai-nacionalizar-exploracao-de-ouro-na-venezuela>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

²⁰ BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicações. Morales nacionaliza quatro empresas de energia na Bolívia. Brasília, 1º maio 2010. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2010-05-01/morales-nacionaliza-quatro-empresas-de-energia-eletrica-na-bolivia>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

²¹ Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A – ELETROSUL e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE.

²² Recomendamos a leitura do histórico das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobras no texto de REGO, Lucas. Eletrobrás como Gestora do CCC. Revista do Direito da Energia – RDEn. São Paulo, n. 8, p. 94-121, 2008.

sentido de permitir que a empresa associasse-se a outros players, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção ou transmissão de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.

Como resultado da primeira onda de regulação no setor de energia elétrica, podemos destacar que houve, sem dúvida, uma melhora calcada no surgimento de planejamentos de longo prazo (sem que, contudo, fossem devidamente executados na sua totalidade) e de uma abertura, ainda que limitada, do mercado.

Os movimentos voltados para a universalização dos serviços tiveram certo sucesso em razão de uma conjugação de esforços entre programas do Governo Federal (Luz para Todos, por exemplo) e o cumprimento de metas pelos concessionários.

A questão da modicidade tarifária ainda é objeto de polêmicas, mas, no geral, pode-se entender que o objetivo tem sido buscado.

A Resenha Energética 2010²³ (dados de 2009) apontou que o Brasil é capaz de gerar, por si, aproximadamente 93,5% do total da energia que precisa, fato absolutamente positivo, porém ainda insuficiente. Segundo aponta reportagem do Valor Econômico,²⁴ por exemplo, para que se tenha energia elétrica suficiente para a Copa do Mundo de 2014, é necessário investir mais de R\$4,7 bilhões para que o evento possa ser realizado sem imprevistos.

Ademais disso, vale ressaltar que a matriz energética brasileira é expressivamente menos poluente em comparação com as matrizes norte-americana e até mesmo chinesa, uma vez que 45,3%²⁵ da energia brasileira é produzida por fontes renováveis.

²³ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Resenha Energética Brasileira 2010 (Preliminar), p. 7, maio de 2011. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²⁴ RITTNER, Daniel. País precisa gastar R\$ 4,7 bi para evitar blecaute na Copa. Valor Econômico, Brasília, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/990734/pais-precisa-gastar-r-47-bi-para-evitar-blecaute-na-copa?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=29082011&utm_term=Primeira%20p%C3%A1gina&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁵ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Resenha Energética Brasileira 2010 (Preliminar), p. 9, maio de 2011. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

Contudo, persistem problemas cuja solução ainda não foi alcançada. Exemplificando, o “fantasma do apagão” ainda não deixou de pairar. Como Vilson Daniel Chirstofari²⁶ apontou, “num país que passou algumas décadas sem investir adequadamente em sua infra-estrutura, a consequência esperável é que, vivendo uma nova era de crescimento econômico, possa ocorrer o aparecimento de uma série de gargalos”.

Tanto é assim que, durante a última década, em razão de vários fatores como falhas na fiscalização, falta de investimento na qualidade e segurança da prestação dos serviços, ocorreram episódios nos quais grandes populações ficaram no escuro (em 11.11.09, dez Estados sofreram com a interrupção abrupta de fornecimento de energia elétrica),²⁷ o que levanta questionamentos acerca da seriedade da fiscalização exercida sobre os concessionários e sobre o vulto dos investimentos realizados para evitar situações dessa natureza.²⁸

Além da segurança do sistema energético, vislumbram-se questões relativas à baixa diversificação da matriz energética, os impactos ambientais resultantes da preferência por usinas hidroelétricas e a efetivação de investimentos pelos concessionários nas redes.

4 A problemática atual das prorrogações

Face ao contexto apresentado, temos que grande parte das concessões de energia elétrica que já foram prorrogadas uma vez chegará ao seu termo em 2015.

Segundo estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP),²⁹ essas outorgas representam 28% da geração de energia do país, 82% da extensão da malha de transmissão existente e 40% do mercado de distribuição. Nos termos de reportagem publicada pela Folha de S.Paulo,³⁰ 96% do total de outorgas a vencer em 2015 estão na mãos de cinco empresas.

²⁶ CHRISTOFARI, Vilson Daniel. Segurança no abastecimento de energia elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 8, p. 33-51, 2008.

²⁷ APAGÃO no Brasil repercute em sites internacionais de notícias. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1374245-5598,00-APAGAO+NO+BRASIL+REPERCUTE+EM+SITES+INTERNACIONAIS+DE+NOTICIAS.html>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁸ APAGÕES no Brasil aumentaram nos últimos três anos. Veja, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/apagoes-no-brasil-aumentaram-nos-ultimos-tres-anos>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁹ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FIESP. Departamento de Infraestrutura – DEINFRA. São Paulo, 15 ago. 2011. Disponível em: <http://www.energiaaprecojusto.com.br/arquivos/Publicacao_energia.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2011. p. 10.

³⁰ SETOR elétrico é a nova disputa do Governo. Folha de S.Paulo, 04 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0409201105.htm>>. Acesso em: 04 set. 2011.

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 determina que o acesso às outorgas se dará sempre e exclusivamente mediante licitação. Segundo o parágrafo único desse artigo, a legislação deve dispor sobre o caráter especial da prorrogação.

A legislação tratou do tema, fixando os prazos das concessões entre 20 e 35 anos, dependendo do tipo de concessão e do conjunto da qual pertence, se de geração, transmissão ou distribuição.

Sendo assim, segundo o ordenamento jurídico vigente, findo o prazo da prorrogação ou o da concessão que não preveja prorrogação, uma das opções do Poder Concedente é a realização de certames para conceder novas concessões.

Evidentemente, a ideia de poder acessar as outorgas interessam players que não fazem parte do mercado. Grandes conglomerados que não se sagraram titulares de outorgas no momento das licitações dos anos 1990, certamente, estão interessados nessa nova oportunidade.

Apoiada nessa intenção, a FIESP lançou um movimento pela realização de novos certames. Chamado de “Energia a Preço Justo”, a mobilização estrutura-se em uma pesquisa elaborada pela instituição que revelou que o preço da energia cairia de R\$90,98/Mwh para R\$20,69/Mwh, caso as outorgas fossem objeto de licitação.³¹

Além disso, algumas vozes entendem que a licitação seria uma possibilidade de transferir aos usuários as vantagens da amortização dos investimentos já realizados.

Existem também aqueles que entendem que a regulação, por ser um instrumento de uma política social voltada para a efetivação de direitos fundamentais, deve se concentrar na redução de custos tarifários e no aumento da qualidade dos serviços. Esse entendimento parte da premissa de que o investimento já foi amortizado e existem outros particulares que podem prestar serviços de modo mais eficiente. Isso porque o interesse do usuário sempre prevalece em relação aos interesses do poder concedente e do concessionário.³²

Para essa corrente, melhor seria levar as outorgas à licitação.

Contudo, existe por parte do Governo Federal e de alguns concessionários o desejo de manter as concessões. Isso se dá por motivos e

³¹ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FIESP. Departamento de Infraestrutura – DEINFRA. São Paulo, p. 10, 15 ago. 2011. Disponível em: <http://www.energiaaprecojusto.com.br/arquivos/Publicacao_energia.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2011.

³² CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 69.

fatores de diversas ordens,^{33 34} que buscam a manutenção das concessões sob a titularidade dos concessionários atuais. Dentre os mais diversos argumentos, verificam-se aqueles que entendem que a prorrogação é um direito líquido e certo do concessionário.

Além disso, existem vozes que consideram que apenas a possibilidade de (re)licitação já é o suficiente para gerar insegurança jurídica. Segundo essa ideia, investidores, fornecedores e consumidores, estariam evitando a celebração de contratos com longos prazos de vigência, uma vez que a possibilidade da assunção da prestação de serviços por novos players poderia afetar a execução contratual.

Alguns concessionários afirmam que os investimentos realizados nas concessões que atualmente detêm ainda não teriam sido amortizados, de forma que manter as concessões seria mais proveitoso, comparativamente ao cenário de se iniciar um processo de indenização motivado pela reversão.

Já outros entendem que o atendimento do interesse público não depende exclusivamente da licitação. Bastaria que fosse operada a prorrogação das concessões mediante o estabelecimento de um conjunto de metas de qualidade e desempenho, ou, concomitante ou não, por meio de uma espécie de prorrogação onerosa, na qual o concessionário reverteria aos cofres públicos determinadas quantias.

Sem prejuízo da discussão, importa asseverar que nessa polêmica não está em jogo tão somente o direito de prestar um serviço público. Ocorre também grave desentendimento quanto aos bens públicos envolvidos no desempenho dessas atividades.

Existem aqueles que entendem que a licitação das concessões que pode ocorrer em 2015 é capaz de causar um caos institucional em razão da necessidade de reversibilidade dos bens, dado que o Estado e as empresas empregaram recursos na sua manutenção e no seu desenvolvimento.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, é perfeitamente legítima e vantajosa a existência de entendimentos que não sejam uníssomos. Entretanto, não se vislumbra uma assertiva estatal capaz de dirimir

³³ Apontaremos aqui somente aqueles que consideramos os mais relevantes.

³⁴ Para maiores detalhes: BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor elétrico (sem licitação): Verdades, Meias-Verdades e Pontos para Reflexão. Direito Regulatório da Energia Elétrica, Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Romario.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2011.

as dúvidas que, em razão do decurso do tempo já havido, efetivamente têm o efeito nefasto de reduzir a segurança jurídica das relações no setor.

As posições antagônicas estabeleceram uma celeuma que ainda não foi objeto de precisa definição: prorrogar ou licitar as concessões de energia elétrica?

5 Possíveis soluções

Posicionamentos diversos exigem, em igual medida, soluções diversas. Dessa maneira, a seguir analisaremos algumas possíveis soluções, sem qualquer pretensão de esgotar o debate no cenário ora enfrentado.

As soluções apresentadas dividem-se em três blocos principais: (i) a promoção de licitação; (ii) a manutenção das concessões por meio de alterações normativas no plano constitucional, legal e infralegal; e (iii) a retomada da prestação dos serviços pelo Estado, quando as concessões finalmente chegarem a termo.

5.1 Soluções voltadas para a licitação

Em primeiro lugar, podemos considerar que uma solução para a problemática das prorrogações seria dirimida justamente com a promoção de licitação, denominada no cenário atual como relicitação.

Sob essa hipótese, a ANEEL e o Ministério de Minas e Energia deveriam realizar um vasto trabalho, em duas direções principais: (i) de um lado, promover uma avaliação geral do desempenho dos concessionários atuais, um levantamento e estudo da situação dos bens públicos envolvidos durante a exploração das concessões e a quitação de obrigações relativamente aos concessionários, quando cabível; e (ii) de outro, levar a cabo competentes estudos técnicos para a fixação dos parâmetros das licitações vindouras, bem como o desenvolvimento do contrato de concessão e a realização de consultas públicas antes da conclusão dos trabalhos.

A realização dessas tarefas deveria estar calcada sobretudo em dois pressupostos básicos, de um lado, a preservação dos direitos e garantias daqueles concessionários que deixariam a prestação dos serviços e, de outro, a condução de um processo democrático, isonômico e transparente para que novos players pudessem acessar as outorgas.

Endossando essa corrente de ideias, vejamos que, ao julgar medida cautelar no âmbito da ADIn nº 1.582-6/DF,^{35 36} que buscava declaração de inconstitucionalidade de disposições da Lei nº 9.074/95, o Ministro Marco Aurélio Mello consignou o seguinte:

Atente-se para o objetivo visado pela norma constitucional, que outro não é senão, em certame no qual guardada absoluta equidistância, venha-se, em face à participação igualitária de terceiros, chegar-se à concessão ou permissão, afastando-se destarte, tratamento diferenciado e passível de contrariar interesses públicos.

Assim, optando-se pela (re)licitação, não seria necessário transformar a Constituição Federal de 1988 e tampouco a legislação do setor, mas empreender esforço técnico e regulatório para estabelecer novas e atuais regras para o setor e para os novos contratos de concessão.

5.2 Soluções voltadas para a subsistência das atuais concessões

No que se refere à manutenção das concessões, podemos considerar as seguintes hipóteses: a) emenda à Constituição Federal, sem o condão de reestruturação do setor, apenas com vistas a garantir a manutenção; b) reforma do setor por uma nova onda regulatória envolvendo uma reformulação constitucional, legal e infralegal; c) mudanças no plano legislativo, apenas para aumentar os prazos de prorrogação dos contratos de concessão.

Caso a coalizão política permita, uma solução pode surgir de uma emenda à Constituição Federal, a qual permita a prorrogação das concessões por mais de um período, ou organizando a sistemática das prorrogações por meio de nova atribuição ao Poder Concedente, de forma que a ideia de estender o período das concessões conviva com a necessidade de licitar no plano constitucional.

Evidentemente, a emenda necessitará ter conformidade sistêmica com os princípios da Constituição Federal de 1988, notadamente aqueles que regem administração pública, os serviços públicos e a ordem econômica.

³⁵ Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 27, incisos I e II, da Lei nº 9.074/95, fundada no argumento de que o leilão de cotas ou ações implica a transferência da concessão ou permissão de serviço público à empresa privada sem que seja dado cumprimento ao art. 175 da Constituição Federal de 1988, que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação prévia à transferência da concessão.

³⁶ Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1.582, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 07.08.02. DJ 06.09.02.

Essa possibilidade asseguraria a manutenção das concessões de maneira mais sólida, afastando, portanto, a possibilidade de questionamento judicial da constitucionalidade da medida.

Analizando a questão por outro viés, o momento histórico, social e econômico que vivemos e a possibilidade de intervenção do Estado na presente celeuma constitui uma oportunidade para que seja dado início a uma nova onda regulatória.

Nesse sentido, poderia ocorrer uma ampla reformulação no setor que ultrapasse a questão da prorrogação das concessões. Seria o caso da promoção de um debate plural, voltado para a extinção de práticas consideradas ultrapassadas que em tese fazem parte do cotidiano do setor, bem como a eliminação de distorções entre o plano jurídico-normativo e a realidade, com vistas a buscar uma conjunção mais precisa entre necessidades, realidade e o que se espera para o futuro.

A iniciativa de reestruturação poderia conversar com os estudos originados pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg)^{37 38} que busca justamente o aperfeiçoamento das técnicas de regulação por meio da criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de métodos que possibilitem medir o custo da regulação e a sua efetividade.³⁹

Sendo assim, poder-se-ia editar uma regulação pensada a partir da sua função e importância, mas também em face de seu custo e impacto.

Nesse contexto também seria possível pensar na utilização do contrato regulado,⁴⁰ por meio do qual as concessões poderiam ser prorrogadas por períodos sucessivos desde que atingidas metas de produtividade, desempenho e qualidade.^{41 42}

³⁷ O programa foi instituído pelo Decreto nº 6.062/07 e conta com financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

³⁸ Para maiores detalhes: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/>>.

³⁹ PROENÇA, Jair Dias; RODRIGO, Delia. Desafios para a implementação da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. Brasília: Pró-reg 2011. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/>>. Acesso em: 05 set. 2011. PRADO, Carlos Eduardo Resende; PROENÇA, Jair Dias (Org.). Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social. Brasília: Presidência da República, 2011.

⁴⁰ É necessária certa cautela ao tratar desse tema, uma vez que a utilização sem critérios desse instituto pode promover uma espécie de "contrato de concessão infinito".

⁴¹ No âmbito do setor de transportes rodoviários de pessoas no âmbito municipal e intermunicipal, é possível verificar as práticas nesse sentido, uma vez que nesse setor não existem disposições precisas quanto aos prazos das outorgas. Nesse sentido, alguns contratos são prorrogados até que o investimento realizado pelo titular da outorga seja amortizado.

⁴² Um contrato dessa natureza poderia constituir um retrocesso, dado que todo o sistema regulatório vem sendo arquitetado com base na competição. A competição se verifica ao longo da prestação dos serviços e durante o procedimento de acesso às outorgas.

Dentro de uma concepção mais ampla, o contrato regulado poderia se destinar a atender os usuários de maneira propositalmente desigual, uma vez que não se trata de uma massa indistinta que apenas serve de referencial teórico. Os usuários, de maneira muito singela, podem ser categorizados como pequenos, médios e grandes. Nesse sentido, há de se levar em conta as particularidades de cada uma dessas categorias no que se refere ao exercício de direitos, ao poder de negociação, e às necessidades de fornecimento.

Inclusive haveria possibilidade de lastrear a política energética brasileira a uma carga principiológica setorial atual, que irradiasse seus valores por todo o sistema do setor.

Seria também a oportunidade para colocar a matriz energética brasileira em perspectiva, abrindo espaço para investimentos em novas fontes de obtenção de energia elétrica sustentáveis, como a energia solar e a eólica.

Ademais, temas como a construção de empreendimentos de grande porte e impactos ambientais e sociais poderiam ser trabalhados de forma a compatibilizar o regime jurídico constitucional do meio ambiente com as questões de política energética.⁴³

Outra hipótese cabível para a manutenção das concessões poderia ser a aprovação de projeto de lei que alterasse a legislação vigente de forma a aumentar os prazos das concessões existentes. Segundo essa hipótese, não haveria transformações estruturais no setor.

Não obstante a mudança temporal, alguns ajustes poderiam ser propostos sem que se tivesse uma alteração significativa do marco legal e de todo o regime jurídico que o suporta. Basicamente, os atuais concessionários conseguiriam manter as outorgas das quais são titulares.

5.3 Soluções voltadas para a reestatização do setor

Outra hipótese que se desvela é justamente a retomada da execução dos serviços pelo Poder Concedente, quando do término das concessões (prorrogadas ou não).

Essa hipótese tem fundamento no art. 175 da Constituição Federal de 1988. O texto do caput deixa evidente que o Estado poderá prestar “diretamente” ou mediante concessão ou permissão os serviços públicos.

⁴³ Essa preocupação já foi inserida na Lei nº 8.666/93 por meio da Lei nº 12.349/2010, que prevê que a licitação também deve se prestar ao desenvolvimento sustentável do Brasil.

Paralelamente, a recente Lei nº 11.445/07⁴⁴ alterou o art. 42, §1º, da Lei nº 8.987/95, de forma que, in verbis: “Vencido o prazo mencionado 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”.

A partir daí, nasceu uma nova dissidência de entendimentos. Alguns entenderam que essa disposição não seria aplicável aos contratos celebrados antes da sua edição. Outros foram pela aplicabilidade da disposição legal a todos os contratos de concessão indistintamente. Ainda surgiram entendimentos no sentido de considerar que a lei não se aplicaria aos contratos de energia elétrica, dado que possuíam um regime diferenciado do regime geral das concessões.

Como adverte Cesar A. Guimarães,⁴⁵ o Tribunal de Contas da União analisou o caso sob a ótica dos serviços de transportes e entendeu que o mencionado dispositivo não tem aplicação limitada aos contratos de saneamento, se estendendo aos contratos de natureza diversa, respeitados os direitos dos atuais prestadores de serviços.

Não fica claro como a prestação direta poderia ser executada, mas, contudo, pode-se entender que a Eletrobras e suas subsidiárias poderiam, em tese, assumir a prestação dos serviços públicos. Aliás, atualmente a Eletrobras conta com uma importante faculdade: pode associar-se com outras empresas, no Brasil ou no exterior, para desempenhar a exploração de atividade econômica, mediante concessão ou autorização.

Para dar cabo a essa hipótese, o poder concedente executaria estudos técnicos para estabelecer os termos da transição, quitaria as obrigações e indenizações devidas às concessionárias. A Eletrobras ou outro órgão ou entidade do poder concedente daria início à transição e nenhuma licitação seria executada.

Nesse caso, contudo, ocorreria uma situação inusitada: regulado e regulador fariam parte do mesmo Poder.

6 Conclusões

Extrai-se do panorama acima explicitado que a problemática das concessões pode ser enfrentada com a promoção de licitações. Do ponto

⁴⁴ Diga-se que essa modificação consistiu em uma alteração legislativa no bojo de uma lei que tratava de assunto diverso. A Lei nº 11.445/07, concebida para cuidar de temas de saneamento básico, acabou por conter a mencionada alteração.

⁴⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O art. 42 da Lei 8.987/95 e o Tribunal de Contas da União. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 28, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=28&artigo=58&l=pt>>. Acesso em: 05 set. 2011.

de vista constitucional e legal, seria a hipótese mais acertada, caso não se opte por se promover um processo de reforma constitucional e legislativa, nos moldes apontados.

Contudo, caso se opte pela manutenção das concessões mediante emenda à Constituição e alterações legislativas, nos parece mais sábio que se promova um amplo debate social voltado para uma reformulação setorial. Nesse sentido, a participação da sociedade é absolutamente fundamental.⁴⁶

Entendemos que a prorrogação das concessões é uma matéria que deve ser compreendida e enfrentada a partir de uma perspectiva interdisciplinar e transversal, considerando a Constituição Federal de 1988, as necessidades e a realidade do setor, os direitos e necessidades dos usuários e concessionários, bem como o respeito ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável e outros setores relacionados.

Para tanto, naturalmente seria necessário convocar os interessados para a condução de um processo democrático que redundasse na fixação de novas premissas.

O entendimento pela execução de um pacote de mudanças legislativas que passe ao largo de uma revisão do modelo nos parece pouco vantajoso, até mesmo perverso, uma vez que não soa correto abrir precedentes para que a Constituição Federal e o ordenamento jurídico infraconstitucional sejam alterados com vistas a atender benefícios de índole fortemente unilateral.

Atuar dessa maneira seria incidir nos mesmos erros que acometeram o setor no passado. Independentemente da decisão que for tomada, há de se trabalhar o quanto antes, para melhor executar estudos, para permitir que a sociedade se organize e consiga se manifestar e que os concessionários possam acompanhar o passo a passo de cada tomada de decisão, sempre opinando, como a nossa democracia exige.

Afora isso, considerar que o Estado ainda não se posicionou com relação às prorrogações com vistas a absorver a prestação dos serviços concedidos parece pouco factível, uma vez que o Estado de Direito brasileiro tem empreendido enormes esforços nos últimos 25 anos no sentido de promover mercados competitivos sob o seu planejamento e fiscalização.⁴⁷

⁴⁶ Já traçamos considerações sobre o Estado Democrático de Direito e sobre a Administração Pública Democrática em nosso *Direito administrativo democrático* (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010).

⁴⁷ A tendência da Administração Pública, ao nosso ver, é justamente a administração via contratos. Maiores detalhes em OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração consensual como a nova face da administração*

Por fim, pode-se perceber que a problemática da prorrogação das concessões merece uma resposta célere em razão da seriedade do tema. Decidir no afogadilho e na véspera do termo final de prazos é algo que não deve acontecer, sob pena da ocorrência da consolidação de situações não necessariamente mais acertadas e, por isso, contrárias aos interesses da população brasileira como um todo.

Extension of Electrical Energy Concessions: Problems and Solutions

Abstract: This text seeks to expound on the extension of current electrical energy concessions in Brazil, laying out the main problems involved in the process in order to offer an overview of possible solutions. The text will first present the context of electrical energy regulation within social, historical and political points of view, followed by the most problematic aspects of the process to extend concessions. In conclusion, an overview of possible solutions will be offered, as well as recommendations of the most appropriate solutions within the Brazilian Constitution, Laws and Administrative acts.

Key words: Public service. Concessions. Electrical energy. Extension.

Referências

APAGÃO no Brasil repercute em sites internacionais de notícias. Portal G1 de Notícias, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1374245-5598,00-APAGAO+NO+BRASIL+REPERCUTE+EM+SITES+INTERNACIONAIS+DE+NOTICIAS.html>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

APAGÕES no Brasil aumentaram nos últimos três anos. Veja, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/apagoes-no-brasil-aumentaram-nos-ultimos-tres-anos>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no setor elétrico (sem licitação): verdades, meias-verdades e pontos para reflexão. Direito Regulatório da Energia Elétrica. Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Romario.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2010. p. 8 et seq. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema16/2010_1265.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Empresa Brasil de Comunicações. Governo estuda prorrogar contratos de concessão do setor elétrico. Brasília, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-05-11/governo-estuda-prorrogar-contratos-de-concessao-do-setor-eletrico>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211-232.

BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicações. Chávez anuncia que vai nacionalizar a exploração de ouro na Venezuela. Brasília, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-08-17/chavez-anuncia-que-vai-nacionalizar-exploracao-de-ouro-na-venezuela>> Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atualização: 04.08.2009. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/Default.aspx>> Acesso em: 28 ago. 2011.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Resenha Energética Brasileira 2010 (Preliminar), p. 7, maio de 2011. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Resenha Energética Brasileira 2010 (Preliminar), p. 9, maio de 2011. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf> Acesso em: 28 ago. 2011.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Plano Nacional de Energia 2030. p. 133. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/pne_2030/11_EficienciaEnergetica.pdf>. Acesso em 26 ago. 2011.

CHRISTOFARI, Vilson Daniel. Segurança no abastecimento de energia elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 8, p. 33-51, 2008.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 69.

FAGUNDES, Maria Aparecida de A. P. Seabra. Evolução da regulação nos contratos de energia elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 10, p. 09-28, 2010. p. 11-12.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FIESP. Departamento de Infraestrutura – DEINFRA. São Paulo, 15 ago. 2011. p. 10. Disponível em: <http://www.energiaaprecojusto.com.br/arquivos/Publicacao_energia.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2011.

FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; PAJOTA, Desire Tamberlini Campiotti. O Poder Judiciário e o direito da energia elétrica: principais decisões. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 10, p. 77-100, 2010.

FORGIONI, Paula A. Fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125 et seq.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 671.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 652.

MACHADO, Antonio Carlos Fraga. Evolução da comercialização de energia elétrica. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 6, p. 49, 2007.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211-232.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PRADO, Carlos Eduardo Resende; PROENÇA, Jair Dias (Org.). Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social. Brasília: Presidência da República, 2011.

PRADO, Mariana Mota. O setor da energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mauro Gomes. Direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-34. (Série GVLaw).

PROENÇA, Jair Dias; RODRIGO, Delia. Desafios para a implementação da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. Brasília: Pró-reg 2011. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/>>. Acesso em: 05 set. 2011.

REGO, Lucas. Eletrobrás como Gestora do CCC. Revista do Direito da Energia – RDEn, São Paulo, n. 8, p. 94-121, 2008.

RITTNER, Daniel. País precisa gastar R\$ 4,7 bi para evitar blecaute na Copa. Valor Econômico, Brasília, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/990734/pais-precisa-gastar-r-47-bi-para-evitar-blecaute-na-copa?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=29082011&utm_term=Primeira%20p%C3%A1gina&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 29 ago. 2011.

SETOR elétrico é a nova disputa do Governo. Folha de S.Paulo, 04 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0409201105.htm>>. Acesso em: 04 set. 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 75-95, out./dez. 2011.

Recebido em: 13.09.11

Aprovado em: 15.12.11