

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2012 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
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Daniel Starling
Pablo Gobira
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

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 Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem 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)	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)
José Eduardo Martins Cardozo (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 de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica

Márcio Alceu Pazeto

Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), e em Administração pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (FCSF). Advogado da Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

Resumo: O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público tem relevante função na garantia dos direitos do concessionário e na preservação do serviço público adequado. O concessionário assume os riscos ordinários da atividade objeto da concessão. Incorrendo em qualquer uma das hipóteses de álea extraordinária e uma vez comprovado o desequilíbrio da relação outrora pactuada com o Poder Concedente, nasce para o concessionário o direito à recomposição da equação econômico-financeira abalada. O mesmo raciocínio vale para a concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica, atividade esta que pode ser considerada serviço público em face da relevância e do papel que assume hodiernamente. Uma das alternativas de reequilíbrio consiste na prorrogação do prazo do contrato de concessão, de modo a recompensar o concessionário pelas perdas experimentadas. Contudo, é preciso reconhecer que há um tratamento excepcional a tal medida, além de manifesta preocupação com eventual burla ao princípio da licitação. No caso específico da concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica a prorrogação do prazo não implica, por si só, receita adicional ao concessionário, se não vier acompanhada da exploração comercial da energia elétrica.

Palavras-chave: Equilíbrio econômico-financeiro. Concessão de uso de bem público. Geração de energia elétrica. Prorrogação de prazo.

Sumário: 1 Introdução – 2 Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público – 3 O serviço público de energia elétrica e o contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica – 4 Prorrogação de prazo como meio de reequilíbrio econômico-financeiro – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

O extenso prazo dos contratos de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica, cujos contornos e premissas vigoram com base na Lei nº 9.074/95 e em normas posteriores, expõe o concessionário a riscos não esperados ou extraordinários, não decorrentes de ação ou omissão no exercício da exploração do bem público.

Tais riscos podem abalar o contrato de concessão, frustrar a finalidade a que se destina a atividade de geração de energia elétrica e comprometer a continuidade do serviço público. Com efeito, a concessão, que em sua gênese pressupõe a participação da iniciativa privada como parceira do Estado na concretização dos serviços públicos, não cumpriria com a sua finalidade. Ligada que é à noção de serviço público, a atividade de geração dá início ao ciclo de produção da eletricidade que se termina no consumo diário pela coletividade. Daí, em linhas gerais, a importância de tal atividade e a predominante dimensão coletiva que lhe é inerente.

Para contornar tais situações em que, de um lado o concessionário fica suscetível a prejuízos na sua atividade e, de outro lado, a prestação do serviço público fica comprometida, fim não desejado pelo Estado, existe um instituto que possibilita o equilíbrio de interesses. Trata-se do denominado equilíbrio econômico-financeiro.

O direito, que não pode ficar indiferente a essas situações de instabilidade, concebeu alternativas para levar a efeito o equilíbrio econômico-financeiro, dentre elas a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão.

Assim, é objetivo da pesquisa analisar a viabilidade jurídica da prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica.

Em primeiro lugar, são explorados aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público. É importante que, desde o início, se conheçam as bases teóricas e os fundamentos jurídicos de tal instituto. Em seguida, faz-se menção ao serviço público de energia elétrica e ao contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia. O intuito é destacar a relevância do serviço público de energia e aproximar o instituto da concessão de serviço público com o da concessão de uso de bem público. Por último, trata-se precisamente da prorrogação de prazo como meio de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica.

2 Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público

Tratado como um *direito fundamental* por Marcel Waline,¹ como *norma fundamental da teoria dos contratos administrativos* por De Soto,² como *primeiro direito original do cocontratante da Administração* por Péquignot³ e como *elemento determinante do contrato* por Laubadère,⁴ o equilíbrio econômico-financeiro não é um fim em si mesmo. Tem por objetivo resguardar a relação entre remuneração e encargos do contrato, corolário da comutatividade ou da equivalência das prestações. Sua preservação durante toda vigência do contrato inspira boa fé e segurança jurídica. Constitui o equilíbrio econômico-financeiro, pela natureza, essencialidade e aderência aos instrumentos normativos regentes da concessão um direito adquirido do concessionário.⁵

Arnoldo Wald, em parecer dedicado ao tema, lembra que o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão não é recente. Em 1910, na França, constatou-se a aplicação de tal instituto no caso que envolveu a *Cie. Générale Française des Tramways*. Na ocasião, em prol da continuidade do serviço público, admitiu-se a revisão do contrato de modo a reequilibrar a equação econômico-financeira, evitando com isso a paralisação do serviço.⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua equilíbrio econômico-financeiro:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a *relação de igualdade* formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.⁷ (grifos nossos)

A Constituição Federal, ao tratar da licitação pública, estabeleceu que as cláusulas devem assegurar a manutenção das condições efetivas da proposta:

¹ WALINE. *Droit administratif*, p. 574, citado por TÁCITO. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO. *Temas de direito público: estudos e pareceres*, p. 201.

² DE SOTO. *Recueil Dalloz*, v. 3, citado por TÁCITO, *op. cit.*

³ PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, p. 430, citado por TÁCITO, *op. cit.*

⁴ LAUBADÈRE. *Contrats administratifs*, v. 2, p. 34, citado por TÁCITO, *op. cit.*

⁵ WALD; GAENSLY. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, p. 24.

⁶ WALD. Do direito à contratada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, em virtude da superveniência de fatos imprevisíveis à época da contratação. *Revista dos Tribunais*, p. 104.

⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 635.

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Com a regulamentação de tal dispositivo, por meio da Lei nº 8.666/93, ficaram expressas as condições gerais para o equilíbrio econômico-financeiro.⁸

Pouco tempo depois, com o advento da Lei nº 8.987/95 estabeleceram-se as normas gerais para a concessão de serviços públicos. A relação entre o art. 37, XXI da Constituição Federal e as concessões é próxima e necessária. Além de receber do art. 37, XXI da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/93 os influxos que subsidiam e orientam a aplicação do instituto do equilíbrio econômico-financeiro, também na doutrina e na jurisprudência identificam-se contundentes laços entre a garantia de manutenção das condições efetivas da proposta e o art. 175 da Constituição Federal, este último orientado às concessões e permissões para a prestação de serviços públicos.⁹

Muito antes da Lei nº 8.987/95 a evoluída legislação brasileira sobre serviços de produção (geração), transmissão e distribuição de energia de fonte hidrelétrica já preconizava o respeito à *estabilidade financeira da empresa* como indissociável elemento de fiscalização do Estado, ao lado do serviço público adequado e da razoabilidade das tarifas (modicidade tarifária). É assim que prescreve o art. 178 do Decreto nº 24.634, de 10.07.1934 – Código das Águas.

Mais notável e peculiar reveste-se a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro na concessão pela relevância e expressividade do investimento realizado. A estruturação do projeto financeiro em que se prevê a captação de

⁸ Trata-se do art. 65, II, "d" da Lei nº 8.666/93. Contudo, outros trechos da Lei nº 8.666/93 também fazem menção ao equilíbrio econômico-financeiro a exemplo do art. 57, §1º, do art. 58, §2º e do art. 65, §6º.

⁹ Nesse sentido, Arnaldo Wald, citando excerto de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: "Acompanhando este entendimento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão respaldado na doutrina unânime, identifica no art. 37, XXI, da Constituição de 1988, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, afirmando que 'o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo estatuto fundamental'" (WALD. Do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – direito da concessionária à recomposição tarifária em virtude de aumento do custo e insumo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, p. 364).

recursos de terceiros para investimento a curto prazo e amortização a longo prazo posiciona a instituição financiadora em direta interessada no resultado da exploração comercial da concessão; afinal, via de regra, será com essa receita que o concessionário devolverá, acrescido dos encargos contratuais e legais, o capital outrora emprestado. A inadimplência pode ensejar o acionamento do mecanismo de garantia que, igualmente, mira os direitos da concessão do empreendimento.¹⁰

O equilíbrio econômico-financeiro não é simplesmente um mecanismo que recompensa o concessionário por prejuízos que experimentou em decorrência de eventos extraordinários. É, sobretudo, um eficaz instrumento de gestão do contrato que assegura, falando especificamente das concessões, a continuidade do serviço público, além de prevenir ilícitos em desfavor quase sempre da Administração (a exemplo do enriquecimento sem causa). Contribui para o aperfeiçoamento dos princípios da moralidade, da legalidade e da eficiência da Administração Pública. Previne que o particular vislumbre no prazo de concessão um cenário de instabilidade que exija dele embutir na proposta de preços, além dos custos ordinários, também os extraordinários, de modo a tornar o serviço público mais caro à Administração e à coletividade desde o princípio.

O plexo de situações que ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos, explica Floriano de Azevedo Marques Neto, é maior do que no contrato administrativo da Lei nº 8.666/93:

Pode ele [o desequilíbrio] advir, entre outros fatores, da defasagem da tarifa cobrada, da imposição, direta ou indireta, de novos encargos para o concessionário, da alteração das condições de exploração do bem ou do serviço, ou de qualquer outro fator externo que afete as condições de realização do negócio, entendida aí a imbricação entre investimento, tempo de amortização, taxa de retorno, percentual de lucro, fluxo de caixa etc.¹¹

Os riscos assumidos pelo concessionário por força de relação pactuada com o Poder Concedente constituem a álea *ordinária* da concessão. Nela estão

¹⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto sintetiza no que denomina de *project finance* essa operação. Citando John Finnerty (*Project Finance*, p. 2), define *project finance* como “a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço e seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto” (Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 421).

¹¹ MARQUES NETO. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 419.

incutidas as flutuações e oscilações naturais e inerentes ao serviço explorado, muitas vezes, com reflexos no fluxo financeiro da concessão.

Nas concessões de serviço público de energia ou precisamente nas de exploração de uso de bem público para geração de energia elétrica semelhante raciocínio é adotado. É o caso do produtor independente de energia, que por definição legal — mais adiante ver-se-á — executa o negócio por sua *conta e risco*.¹²

O risco do concessionário, no entanto, é limitado. Daí o adjetivo *ordinário* do risco. A partir da legislação de regência não se pode superestimar o risco a ponto de inviabilizar a própria finalidade da concessão que, afinal, é a prestação de um serviço público. Tal raciocínio não garantiria a eficiência e a economicidade da concessão. Não atrairia para as próximas licitações particulares interessados; ou se atraísse, seria com preço mais elevado fruto da precaução do empreendedor em face da instabilidade deflagrada pelo próprio Poder Concedente, como já se disse alhures.

Diante de tais argumentos, que a toda evidência malferem o interesse público, é, sobretudo, essencial que os riscos oriundos de condições adversas, aqueles alheios à vontade do concessionário, tenham tratamento peculiar. Nessas situações reputadas adversas a álea é qualificada como *extraordinária*. Nesse sentido, ensina Caio Tácito:

Sempre, no entanto, que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes. [...]

Na ocorrência [...] de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços, cumpre ao Estado absorver ou partilhar dessa álea *extraordinária*, não somente por um princípio de equidade, como pelo interesse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário.¹³ (grifos no original)

Influenciado pelo direito francês e norte-americano,¹⁴ o direito brasileiro das concessões enumerou as causas que corporificam a álea *extraordinária*

¹² MONTEIRO. *Concessão*, p. 163-165. Vera Monteiro aponta divergência de entendimentos na interpretação da expressão “conta e risco” contida no art. 2º, II da Lei nº 8.987/95.

¹³ TÁCITO. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público *In: TÁCITO. Temas de direito público: estudos e pareceres*, p. 200.

¹⁴ TÁCITO citando BILAC PINTO (Parecer, *Revista Forense*, p. 130-145) ensina que: “até hoje os juristas brasileiros, salvo raras exceções, têm seguido, no estudo da matéria, unicamente o

da concessão, suficientes a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro.¹⁵ São elas: o fato do príncipe, a teoria da imprevisão,¹⁶ as modificações unilaterais por parte do Poder Concedente, as interferências não previstas, os fatos da Administração, o caso fortuito e a força maior.¹⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro possui uma classificação diferente. Para a autora a álea *extraordinária* é formada pela álea administrativa e pela álea econômica. A álea administrativa compreende as alterações unilaterais promovidas pela Administração, o fato do príncipe e o fato da Administração. A álea econômica, por seu turno, compreende as circunstâncias albergadas pela teoria da imprevisão.¹⁸

A prestação de serviço público exige o atendimento aos requisitos do art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95. Dentre tais requisitos está a adequação do serviço prestado. Pesa para um lado e para o outro a responsabilidade em assegurar o serviço público adequado. O desequilíbrio econômico-financeiro cujos efeitos recaiam para o concessionário pode ser considerado enriquecimento da Administração. Se não recomposto pelos meios legítimos, possibilitará à concessionária o manejo de ação de indenização, segundo o magistério de Ives Gandra da Silva Martins.¹⁹

rastru luminoso do direito francês. Acontece, porém, que a influência já não é exclusiva, embora tenha sido preponderante, podendo-se identificar ao lado dele, como fonte subsidiária do nosso direito administrativo, o direito norte-americano, principalmente no que concerne a certos tipos mais recentes de concessão" (TÁCITO. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público *In: TÁCITO. Temas de direito público: estudos e pareceres*, p. 235).

¹⁵ Egon Bockmann Moreira trata as hipóteses de álea extraordinária como variáveis exógenas da concessão: "[...] as *variáveis exógenas* dizem respeito àqueles itens em face dos quais o contrato de concessão não tem qualquer influência. Não há correlação imediata entre o que foi decidido na contratação — sua configuração estrutural — e o que se experimentalá no mundo dos fatos" (*Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*, p. 129, grifos nossos).

¹⁶ No magistério de Caio Tácito a álea deve ser anormal, imprevisível e intolerável. Além de extraordinária deve ser também extracontratual. "É mister que, sob o guante de circunstâncias anômalas e inconcebíveis, a estrutura financeira da concessão (como dos demais contratos que forem cogitados) se encontre gravemente ferida, de tal modo que se instaure uma *situação extracontratual*" (TÁCITO. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público *In: TÁCITO. Temas de direito público: estudos e pareceres*, p. 209-210, grifos no original).

¹⁷ BLANCHET. Concessões. *In: Concessão e permissão de serviço público*. p. 27.

¹⁸ "Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado" (DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 268, grifos nossos).

¹⁹ "Ora, se houver desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com a possibilidade de enriquecimento ilegítimo de uns à custa do empobrecimento de outros, por fatores inevitáveis, imprevisíveis e imponderáveis, à evidência, o serviço tornar-se-á inadequado, visto que as empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não poderão ser obrigadas a trabalhar com prejuízo, por imposição governamental. Terão direito de ingressar

Os fundamentos jurídicos que sustentam a necessidade de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão vão além da previsão em lei. Os princípios da colaboração, da confiança e da boa fé são igualmente aplicáveis.²⁰ Ao invocá-los espera-se atitude honesta e responsável da Administração e do concessionário.²¹ Para Celso Antonio Bandeira de Mello: “Pretende-se encarecer que se trata de vínculo — segundo doutrina dominante na atualidade — no qual o chamado contratante privado é havido como um colaborador da Administração.”²²

Ao lado dos meios mais comuns, a exemplo das revisões tarifárias ordinária e extraordinária, pretende-se mostrar adiante que também é possível, do ponto de vista jurídico, fazer uso da prorrogação do prazo do contrato de concessão como idôneo instrumento de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

3 O serviço público de energia elétrica e o contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica

Por um critério de essencialidade e de satisfação do interesse coletivo o serviço público é dotado de um regime jurídico próprio. A fruição do serviço público e a essencialidade que lhe é correspondente lembra um pouco da noção de *public utility* do direito norte-americano. Definir serviço público, todavia, não é tarefa simples e tem suscitado controvérsias.²³ Importa, aqui, é definir o serviço

com ações de indenização contra o Poder Público, que, por sua vez, poderá responsabilizar aqueles agentes que tenham provocado o prejuízo por dolo ou culpa [...]” (MARTINS. Concessão de serviços públicos de energia elétrica: teoria da imprevisão aplicável ao contrato entre geradoras e distribuidoras: fundamentos constitucionais. *Revista dos Tribunais*, p. 138).

²⁰ MARQUES NETO. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 419-420: “O caráter de inegável colaboração que está envolvido numa parceria, em geral, e nas concessões, em particular, torna ainda mais sensível a necessidade de equilíbrio.”

²¹ ARAGÃO. *Direito dos serviços públicos*, p. 646. Para Arnaldo Wald e Marina Gaensly: “[...] os princípios da boa-fé, da confiança e da lealdade devem reger quaisquer relações negociais, inclusive as de direito público. Embora tenham se desenvolvido no âmbito do direito privado, não há qualquer motivo para se supor que tais princípios não sejam aplicáveis também às ações e aos contratos celebrados com o Poder Público. Justamente ao contrário, por sua própria natureza, o Estado tem obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao próprio princípio da moralidade administrativa [...] Desse modo, há que se reconhecer que, no novo direito administrativo das concessões, há também outros princípios fundamentais que precisam ser ponderados, como o da boa-fé, da confiança, da lealdade e da moralidade” (Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, p. 17-18).

²² *Curso de direito administrativo*, p. 636.

²³ Maria João Rolim entende que melhor do que se falar em crise do serviço público é reconhecer que tal atividade de primordial relevância coletiva passa por uma transformação ainda útil a

público ou pelo menos ter a noção do que seja²⁴ e reconhecer o Estado como o seu legítimo titular, que o executa diretamente ou com o apoio da iniciativa privada conforme os mecanismos previstos pela Constituição Federal e pela legislação correlata.

justificar a adoção de um regime jurídico próprio, não necessariamente arraigado totalmente ao direito público, mas condizente com a ideia de essencialidade típica da razão pública que justifica a sua existência, manutenção e evolução. (*Direito econômico da energia elétrica*, p. 113). Em sede de serviço público destinado à satisfação coletiva sustenta-se que a intervenção estatal na economia, no decorrer dos anos, implicou por razões históricas, políticas, sociais e econômicas mudança radical no papel do Estado. O liberalismo cedeu espaço ao Estado Interventor ou Estado Social. Mas, a falta de planejamento e de foco do Estado diante de tantas atribuições que lhe foram imputadas num regime de estatização, somado à formação de blocos regionais e ao fenômeno da globalização colocaram em xeque o papel do Estado. Nos dizeres de Maria João Rolim, “caro e ineficiente” via-se um “[...] Estado avassalado pela crise financeira de caráter global” e “[...] incapaz de responder a essas críticas” (ROLIM. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 60). Lembra-se, a propósito, da crítica de Paulo Sá, escrita em 1959 e citada por Alberto Venâncio Filho sobre a descoordenada intervenção estatal: “É o Estado-educador, é o estado-armador naval, é o Estado-ferroviário, é o Estado-industrial, é o Estado que controla os bancos, que segura (e não paga) os empregados de toda espécie, que vende secos-e-molhados e que por toda parte mostra a sua enciclopédica incompetência para fazer aquilo que não é, e não foi jamais, função própria sua” (VENÂNCIO FILHO. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*, p. 16). Numa fase seguinte e mais aderente com o que se denomina *Constituição Econômica* o Estado é marcado “pela atuação direta paralela à regulamentação do domínio econômico” (ROLIM. *Direito econômico de energia elétrica*, p. 63). A Constituição de 1988, assim, estabeleceu como objetivo da República a garantia de desenvolvimento nacional, incorporando, além disso, à sua ordem jurídica a democracia social e econômica, esperando ver no Estado de hoje o digno propósito de “planejador e transformador da ordem econômica no sentido amplo de promover a justiça social” (ROLIM. *Direito econômico de energia elétrica*, p. 68). Sucessor da intervenção direta do Estado na prestação dos serviços públicos e na exploração das mais variadas atividades econômicas, o Estado Regulador foca mais a estratégia e menos a execução direta. “O Estado passou, portanto, a agir menos de forma piramidal e hierárquica, e mais em forma de rede, articulando o extenso conjunto de centros relativamente autônomos de poder que gravitam acima (entidades internacionais, supranacionais e redes de empresas transnacionais) e abaixo dele (comunidades locais e entidades da sociedade civil), assim como em seu interior (autoridades reguladoras independentes, delegatárias de serviços públicos etc.)” (ARAGÃO. *Direito dos serviços públicos*, p. 52).

²⁴ Eros Grau entende que não se pode alcançar um conceito preciso de serviço público. Por isso, ensina o autor, que a “*indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções* — lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado* há, na verdade, *noção*” (grifos no original). Assim, “[...] a noção de *serviço público*, há de ser construída sobre as idéias de *coesão* e de *interdependência social*” (grifos no original). Invocando as lições de Leon Duguit e Ruy Cirne Lima, define a noção de serviço público como a “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (DUGUIT) — ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (DUGUIT; LIMA citados por GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 133-135).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é

toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.²⁵

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, serviço público é

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob Regime Jurídico total ou parcialmente público.²⁶

Entre uma e outra definição, em comum, o regime jurídico peculiar de direito público, a vinculação a uma necessidade coletiva, ou como prefere Celso Antônio, a uma fruição pelos administrados, e a possibilidade de exercício diretamente pelo Estado ou por quem lhe receber delegação para tanto.

Eros Grau considera o serviço público como parcela da atividade econômica em sentido amplo somente se houver vinculação ao interesse social.²⁷ Marçal Justen Filho entende que a atividade econômica em sentido estrito não compreende as atividades que constitucionalmente foram qualificadas como serviço público, ainda que nelas se vislumbrem elementos da economia, a exemplo do lucro.²⁸ Já para Maria João Rolim serviço público é atividade econômica em sentido amplo e o critério de distinção reside precisamente na finalidade do bem comum, no interesse coletivo, na concretização dos objetivos e fundamentos do Estado.²⁹

²⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 665.

²⁶ *Direito administrativo*, p. 99.

²⁷ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 128.

²⁸ "Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira. Mas sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa" (JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 45).

²⁹ ROLIM. *Direito econômico de energia elétrica*, p. 123).

A energia elétrica enquanto atividade material objeto de serviço público provém de sua essencial função hodierna. Walter Tolentino Álvares, citado por Maria João Rolim, diferencia energia de eletricidade; considera eletricidade como a consequência da conversão da energia primária em corrente elétrica.³⁰ Considerada essencial ao desenvolvimento econômico da Nação a eletricidade é um bem econômico,³¹ de caráter público dada a importância que assume e o interesse coletivo no seu uso.³²

De regra, energia elétrica é serviço público. Mas, a sua exploração, na maioria das vezes concedida a particulares interessados na produção e venda, não esconde o aspecto econômico subjacente.

Maria Sylvia Zanella di Pietro classifica a energia elétrica como um dos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.³³ Marcos Juruena Villela Souto entende que, em princípio, somente transmissão e distribuição de energia elétrica podem ser consideradas serviços públicos por excelência; ao passo que, geração de energia elétrica pode ser tanto explorada por concessionária de serviço público quanto por produtor independente de energia ou por auto-produtor.³⁴ O referido autor sinaliza, ainda, que a produção de energia elétrica é uma atividade econômica.³⁵

O advento, contudo, da Lei nº 10.848/04 atenuou em parte essa distinção.³⁶ O Decreto nº 5.163/04 admitiu em seu art. 60, I, a possibilidade de celebração de contrato de concessão de serviço público para fins de geração de energia elétrica; porém, a concessão será de uso de bem público caso a exploração se dê por produtor independente de energia ou por autoprodutor, necessariamente.³⁷ Sob outro enfoque, Maria Sylvia Zanella di Pietro distingue a concessão autônoma da acessória, conforme a conjugação ou não com um serviço público. Elenca dentro desta segunda modalidade (acessória) a concessão de águas públicas para aproveitamento hidráulico de interesse público.³⁸

³⁰ Consulte-se também CALDAS. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 26.

³¹ Nos termos do art. 83, I do Código Civil a energia com *valor econômico* é considerada bem móvel.

³² ROLIM. *Direito econômico de energia elétrica*, p. 99-100.

³³ *Direito administrativo*, p. 105.

³⁴ *Direito administrativo das concessões*, p. 54.

³⁵ *Direito administrativo das concessões*, p. 55.

³⁶ CALDAS. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 92.

³⁷ "Art. 60. Atendidas as disposições legais, aos vencedores das licitações que oferecerem energia proveniente de novos empreendimentos de geração, conforme definido em edital, serão outorgadas:
I - concessões, sempre a título oneroso, para geração de energia elétrica sob regime:
a) de serviço público; ou
b) de uso de bem público, no caso de autoprodução ou produção independente; ou
II - autorizações."

³⁸ *Direito administrativo*, p. 567.

Partindo da premissa de que o serviço é público quando destinado a atender a uma necessidade coletiva fruível por todos os administrados, é admissível que a energia elétrica seja qualificada como atividade exclusivamente econômica, por exemplo, no caso do autoprodutor de energia que a produz para consumo próprio.³⁹

No art. 175 da Constituição Federal estabeleceu-se a regra de que a prestação de serviços públicos incumbe diretamente ao Estado ou indiretamente sob a forma de permissão ou concessão. No parágrafo único do art. 175, a Constituição Federal estabeleceu os requisitos exigidos da lei regulamentadora da prestação de serviços públicos sob a forma indireta, dentre eles o caráter especial do contrato, evidenciando, dessa maneira, a necessidade de um instrumento contratual para formalizar a prestação de serviço público delegado.

A Lei nº 8.987/95 logo em seu art. 1º estabeleceu que as concessões de serviços públicos serão regidas pelos termos do art. 175 da Constituição Federal. Adicionalmente, o art. 23 elencou os requisitos obrigatórios do contrato de concessão.

O contrato de concessão assume duplo caráter, pois, comporta cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais. As cláusulas regulamentares são técnicas e orientadas ao desejo perseguido pelo Poder Concedente de estipular as condições para a exploração do serviço público. Já as cláusulas contratuais regulam as prestações recíprocas entre o Poder Concedente e o concessionário.⁴⁰

O contrato de concessão de uso de bem público para fins de geração de energia elétrica passou a ser exigido, nesta modalidade específica, pela Lei nº 9.074/95: "Art. 13. O aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público, na forma desta Lei."⁴¹

³⁹ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 46-47: "Suponha-se o caso tantas vezes já referido da energia elétrica. [...] a infra-estrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público. A hipótese fica evidente no caso de autoprodutor. Se um sujeito resolve produzir energia elétrica para o próprio consumo [...] é evidente que a atividade de geração por ele desenvolvida não configurará serviço público."

⁴⁰ TÁCITO. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público. *In: TÁCITO. Temas de direito público: estudos e pareceres*, v. 1, p. 205.

⁴¹ No mesmo sentido é o art. 11 do Decreto nº 2.003/96: "Art. 11. A concessão para aproveitamento de potencial hidráulico será formalizada mediante Contrato de Concessão de Uso de Bem Público."

Específico para o produtor independente de energia prevalece o dispositivo acima citado em complemento ao art. 5º da Lei nº 9.074/95.⁴² Adicionalmente, o Decreto nº 2.003/96 exigiu que a concessão de uso de bem público fosse precedida de licitação nas hipóteses que elenca:

Art. 3º Dependem de concessão de uso de bem público, precedida de licitação:

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW, por produtor independente;

II - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 10.000 kW, por autoprodutor.

Da redação exposta percebe-se que tanto o autoprodutor quando o produtor independente de energia pode receber a concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica a partir de fonte hidráulica.⁴³

Por tratar diretamente das hipóteses de concessão de serviço público, regulamentando nesse sentido o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 8.987/95 fez menção a dois tipos de concessão, ambas de serviço público. Trata-se da concessão de serviço público e da concessão de serviço público precedida de execução de obra pública.⁴⁴

⁴² “Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação:

I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000kW, destinados a execução de serviço público;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000kW, destinados à produção independente de energia elétrica;

III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.”

⁴³ “Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;

II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.”

⁴⁴ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras

Ao lado da concessão de serviço público e da concessão de serviço público precedida de obra pública (art. 2º, incisos II e III da Lei nº 8.987/95), surgiu a concessão de uso de bem público para fins de geração de energia a partir de aproveitamento hidráulico. Na Lei nº 9.074/95, precisamente em seu art. 13, estabeleceu-se que o aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público.⁴⁵

Críticas apareceram logo que a Lei nº 9.074/95 foi publicada, pois, a desvinculação do regime geral de concessões diante da redação do art. 13 tornara inexata a compreensão da concessão de uso de bem público com a mesma finalidade da concessão de obra pública.⁴⁶

Não se confunde o contrato de concessão de uso de bem público com o contrato de concessão precedida de obra pública. Neste último, o prazo de exploração tem início após a construção da obra. Os prazos para a finalização da obra e o prazo de exploração comercial da concessão são, portanto, independentes.⁴⁷ Na concessão de uso de bem público, o mesmo não ocorre, pois o prazo de vigência da concessão tem início com a assinatura do contrato.⁴⁸

de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

⁴⁵ Os potenciais de energia hidráulica são bem da União, conforme o art. 20, VIII da Constituição Federal.

⁴⁶ Luiz Alberto Blanchet, em 1995, observou que o art. 13 da Lei nº 9.074/95, seguindo a esteira dos demais dispositivos daquela Lei, artificialmente considerou que a concessão objeto de outorga ao produtor independente de energia elétrica deveria se chamar *concessão de uso de bem público*. A crítica foi nesse sentido: “Que razão, sustentável em termos lógicos, poderia ser apropriada para justificar a denominação *concessão de uso de bem público* para designar situação idêntica (quando a finalidade, imediata e mediata, é a prestação de serviço público) à da *concessão de obra pública*, se a única diferença entre ambas é o nome (atribuído pela lei) aos envolvidos: respectivamente, ‘*produtor independente*’ e ‘*concessionário de obra pública*’” (*Concessão e permissão de serviço público*, p. 196, grifos no original).

⁴⁷ Nesse sentido, Luiz Alberto Blanchet sustenta: “Imprescindível alertar que o prazo da concessão para exploração de obra pública não pode ter seu termo inicial antes do início da amortização. Não é por outra razão, aliás, que a própria lei denomina tais concessões como ‘*concessões precedidas da execução de obra*’, ou seja, a construção da obra tem seu prazo e cronograma de execução próprios, independentes, e inconfundíveis com o prazo da concessão, e por este último não são abrangidos” (*Concessão e permissão de serviços públicos*, p. 29, grifos no original).

⁴⁸ Serve de exemplo aplicado ao setor de energia elétrica os termos art. 2º do Decreto de 25 de julho de 2006, oriundo do Poder Executivo, que outorgou a concessão para exploração de potencial hidráulico por meio da usina denominada Usina Hidrelétrica Passo São João, em trecho do Rio Ijuí, no Estado do Rio Grande do Sul: “Art. 2º *A concessão de que trata este Decreto*

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte para a diferença existente entre a concessão de serviço público e a concessão de uso de bem público. O critério de distinção reside na possibilidade de exploração da atividade de um modo universal ao público, ou então, por outro lado, de um modo restrito ao interessado ou a um grupo de indivíduos qualificados. Celso Antônio cita a exploração do potencial de energia hidrelétrica como exemplo da concessão de uso de bem público.⁴⁹

Nos moldes da classificação alhures comentada entre concessão autônoma e acessória, Marçal Justen Filho entende possível que o uso do bem público seja apenas condição para a prestação de um serviço público:

Mesmo na atualidade, tem sido usual promover-se concessão de uso de bens públicos para hipóteses em que o particular assumirá o dever de gerar energia elétrica a partir de potenciais hidráulicos públicos. Rigorosamente, a concessão de uso do bem público é mera condição para o desempenho do serviço público. O vínculo jurídico existente, nesses casos, deve ser qualificado corretamente, ignorando-se a denominação formal adotada.⁵⁰

Na hipótese particular do produtor independente de energia, Maria João Rolim aproxima a atividade com o contexto de serviço público:

O fundamento jurídico do produtor independente, que em virtude do volume e da destinação da energia tem sua atividade inserida no contexto do serviço público, está exatamente nessa possibilidade de integração ao sistema, atendendo indiretamente à coletividade, como um concessionário complementar, na imagem de Marçal Justen Filho.

Com essa noção de serviço público complementar, o regime próprio a que alude a lei ordinária passa ser compatível com o regime constitucional, tornando possível a convivência entre os segmentos da atividade dentro da idéia mais ampla da finalidade coletiva, aspecto verificado na atividade de forma integral. De outro modo, entender-se

vigorar pelo prazo de trinta e cinco anos, contado da data de assinatura do respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público" (grifos nossos).

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 703-704. Sobre a hipótese particular do produtor independente de energia, prossegue o autor: "Outras vezes, todavia, a concessão de uso de bem público é outorgada para que o concessionário comercialize o resultado de sua exploração [...], fazendo-o, contudo, *sem o caráter de oferta ao público efetuada com a universalidade característica da concessão de serviço público*" (grifos nossos).

⁵⁰ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 106.

a geração parcialmente desvinculada da finalidade de serviço público e inserida em regime privado como atividade (em sentido estrito), seria reduzir indevidamente a possibilidade de o Estado concretizar os seus objetivos.⁵¹

O Decreto nº 2.003/96 definiu as cláusulas essenciais do contrato de uso de bem público voltado ao aproveitamento hidráulico, dentre elas os direitos e obrigações do concessionário e as condições para a comercialização da energia produzida.⁵²

Malgrado haja manifestações estabelecendo rigorosa diferenciação entre a concessão de uso de bem público e a de serviço público, é possível, pelo menos sob a ótica da essencialidade da atividade de energia elétrica, compreendê-la no bojo dos serviços públicos quando destinada ao alcance de uma finalidade coletiva. É suficiente que o contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica faça menção à legislação de regência e, principalmente, que estabeleça, em conformidade com a Lei nº 9.074/95, o prazo de vigência para a exploração do uso do bem público concedido, para que se possa viabilizar o reequilíbrio econômico-financeiro a seguir comentado.

4 Prorrogação de prazo como meio de reequilíbrio econômico-financeiro

Dentro de um plexo de possibilidades que permitam, uma vez cumpridos os requisitos e evidenciados os motivos, o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, há que se pensar no modo mais eficiente e razoável para tal providência.⁵³ A simples revisão da tarifa, ainda que decorrente dos fatores exógenos pré-falados pode despertar instabilidade jurídica à luz

⁵¹ ROLIM. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 163.

⁵² "§1º São cláusulas essenciais do contrato de concessão de uso do bem público as que definem:
a) os direitos e as obrigações do produtor independente, ou do autoprodutor, na exploração do aproveitamento hidráulico;
b) as condições de operação da usina e de comercialização da energia elétrica produzida;
c) os encargos financeiros da exploração da energia elétrica, conforme disposto na Seção V deste Capítulo;
d) as penalidades a que estará sujeito o produtor independente ou autoprodutor e as hipóteses de caducidade da concessão;
e) as condições em que será admitida a transferência da concessão."

⁵³ MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995*, p. 133. "O diferimento poderá ocorrer nos casos em que o contrato esteja desequilibrado e que seja mais *razoável e eficiente* incrementar seu prazo que promover expressivo aumento na tarifa. [...]". (grifos nossos)

da modicidade tarifária perseguida pela Lei nº 8.987/95, corolário do princípio da razoabilidade das tarifas. Pode, ainda, haver impossibilidade material de aplicação de outros meios de reequilíbrio. Daí a razão de se prestigiar também a tese da prorrogação de prazo da concessão como forma alternativa e igualmente lícita de recompor a equação econômico-financeira outrora rompida.

Tal argumento lembra algo do que já ocorre no âmbito da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária à Lei nº 8.987/95. Naquela lei, ocorrendo uma das hipóteses de prorrogação de prazo elencadas no art. 57, §1º, todas elas alheias à vontade do contratado, cria-se um poder-dever de a Administração prorrogar o contrato mediante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É condição indispensável à prorrogação do prazo a manutenção das condições econômico-financeiras do contrato.

A propósito, ensina Marçal Justen Filho:

O autor sempre manifestou certa oposição à prorrogação de prazo de concessões, ainda que a propósito de recomposição da equação econômico-financeira [...]

Sob um certo ângulo, as críticas são mantidas. Mas é caso de se considerar problema da restauração do equilíbrio econômico-financeiro. Em tal hipótese, incide uma garantia constitucional, assegurando ao particular o direito à integridade patrimonial. A isso se contrapõe o interesse público de modificação de cláusula de serviço de concessão. Adiciona-se a impossibilidade de solucionar o problema com elevação de tarifas ou pagamento de indenização com recursos provenientes de cofres públicos.

[...]

A situação conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade, o que significa "o dever de realizar, de modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento *Jurídico*." Além disso, a proporcionalidade impõe subordinar a aplicação do Direito à consideração acerca do resultado que se pretende atingir.

O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal como exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco a estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade de que se constanja o poder público a desembolsar vultosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Solução extremadas, que ignoram as conseqüências secundárias da preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito. Não se cumpre a vontade da Constituição quando se desmerece um valor nela

consagrado, ainda que a pretexto de dar aplicação às próprias normas constitucionais.

Uma alternativa consistiria na ampliação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que se realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles.

Por isso alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo de concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original.⁵⁴ (grifos nossos)

Carlos Pinto Coelho Motta, citando o entendimento de Rodrigo Valgas dos Santos, que se dedicou ao tema em parecer jurídico, considera a prorrogação de prazo como meio útil ao equilíbrio econômico-financeiro:

Respeitados analistas observam que a prorrogação pode servir até mesmo para recompor patrimonialmente a situação daqueles delegatários que fizeram investimentos de vulto, dos quais a Administração Pública não tem como prever o devido ressarcimento. Dessa forma, a prorrogação do prazo cria um novo direito emergente, apto a compensar e assegurar os investimentos.⁵⁵

Luiz Alberto Blanchet sustenta que fatores supervenientes, imprevisíveis e inevitáveis (não subordinados à vontade do concessionário) podem ensejar a modificação do prazo originalmente avençado.⁵⁶

A prorrogação do prazo da concessão como medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro inicial recompensa a concessionária pelo tempo em que ela experimentou perdas decorrentes de fatores alheios a sua vontade. Compartilha deste entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁵⁷

Funciona a prorrogação, nesse caso, como uma compensação econômica que deve corresponder ao período em que se tolheu da concessionária o

⁵⁴ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 405-406.

⁵⁵ MOTTA. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*, p. 156-157.

⁵⁶ BLANCHET. *Concessão e permissão de serviço público*, p. 111.

⁵⁷ DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*, p. 101.

direito à exploração comercial da concessão.⁵⁸ Exemplo de situação que ensejaria a prorrogação de prazo do contrato de concessão é a seguinte: suponha-se uma usina hidrelétrica, cuja concessão tem vigência de trinta e cinco anos, em que o concessionário, responsável pela construção do empreendimento, é temporariamente despojado de seu direito de exploração comercial — venda de energia no ambiente de contratação regulada ou livre — por fatores alheios a sua vontade, a exemplo de atrasos no licenciamento ambiental ou ações judiciais que prolongam a obra e, conseqüentemente, achatam o período de efetiva exploração comercial. A prorrogação de prazo serviria para devolver ao concessionário o período efetivo de atraso tolhido, enfatize-se, por fatores alheios a sua vontade. Com isso, permite-se a obtenção de receita a partir da venda de energia pelo prazo remanescente. No caso específico de concessionário de energia elétrica, vale dizer que a venda no ambiente de contratação regulada pressupõe a garantia de lastro da energia e da potência como garantia dos contratos.⁵⁹

Floriano de Azevedo Marques Neto enxerga na prorrogação de prazo uma forma lícita de restabelecimento da equação econômico-financeira da concessão; porém, entende não se tratar de modalidade adequada (analisando situação concreta) eis que compensa a empresa concessionária somente no futuro, ao final do contrato, por algo que ocorreu em tempo muito anterior, quando então se detectou efetiva perda de receita. Reconhece, por outro lado, que a majoração da tarifa como alternativa à prorrogação de prazo pode criar problema ainda maior, pois, pode colidir com intenção de preservar a modicidade tarifária (art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95).⁶⁰

A título exemplificativo, na legislação federal identificou-se dispositivo específico do Decreto nº 7.205/2010⁶¹ que previu a possibilidade de prorrogação do prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro:

Art. 12. O prazo de concessão será de até trinta e cinco anos, podendo ser prorrogado uma única vez, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de riscos não assumidos pela concessionária no contrato de concessão, mediante justificativa.

⁵⁸ SUNDFELD; CÂMARA; SOUZA. Concessão de serviço público: limites, condições e conseqüências da ampliação dos encargos da concessionária. In: *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agostín Gordillo*, p. 43.

⁵⁹ Nesse sentido é o art. 2º, I do Decreto nº 5.163/04. Na hipótese de o agente gerador e vendedor da energia não possuir lastro próprio, deverá celebrar contratos de compra e venda para suprir tal finalidade, sujeito, ainda às penalidades da ANEEL (art. 5º).

⁶⁰ MARQUES NETO. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 427.

⁶¹ Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, que dispõe sobre o modelo de concessão para exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante.

A prorrogação de prazo como forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro também atrai riscos. A propósito, Egon Bockmann Moreira menciona certas condições para que se possa prorrogar o prazo do contrato:

De qualquer forma, o alongamento cronológico do contrato é remédio de delicada prescrição, pois, se é certo que poderá implicar o incremento na receita em prazo mais longo (compensando de forma menos traumática o desequilíbrio presente), fato é que exige especial atenção, porquanto: (i) a faculdade de prorrogar não derroga a norma de obrigatoriedade de licitação, mas apenas a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente); (ii) sua instalação não pode exigir novos investimentos de elevado volume (muito menos se estes forem transferidos ao concedente — o que desnaturará a qualidade de comum da concessão); (iii) a extensão do tempo contratual deve ser certa e exauriente, pois não se pode ser renovada *ad aeternum* (pena de se transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto); (iv) a depender do momento contratual (antes de sua metade, por exemplo), a prorrogação não envolverá a solução de desequilíbrio, mas a instalação de futura incerteza ainda mais grave; (v) a prorrogação não se presta a resolver problemas de receitas presentes.⁶²

O temor de burla à licitação é motivo de preocupação também para Luís Roberto Barroso, pois, a prorrogação de prazo poderia implicar privilégio ao concessionário com afronta ao princípio da impessoalidade.⁶³

Sob o aspecto formal, a prorrogação de prazo enseja celebração de termo aditivo ao contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica.

Forçoso reconhecer que no peculiar regime de geração de energia elétrica, cuja concessão é de uso de bem público, a dilação do prazo de vigência do contrato pode não representar efetiva garantia de restabelecimento da equação econômico-financeira. Em outras palavras, a recomposição do prejuízo experimentado pelo concessionário não será efeito *automático* do contrato prorrogado. Dependerá da efetiva comercialização da energia gerada. Mas, o primeiro e grande passo, não há dúvidas, será a dilação do prazo original da concessão, fato que permitirá, na prática, a geração de energia elétrica por período adicional e possibilitará a comercialização de energia.

⁶² MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público*: inteligência da lei 8.987/1995, p. 133.

⁶³ BARROSO. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina*: estudos em homenagem a Agustín Gordillo, p. 277.

5 Conclusão

Considera-se possível do ponto de vista jurídico que a prorrogação do prazo sirva ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no particular caso das concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica. Evita-se, assim, a degradação do instituto da concessão e, por outro lado, evidencia uma circunstância exemplar que permite a manutenção de uma parceria efetiva, sadia e equilibrada entre o Poder Público e o concessionário.

A viabilidade jurídica, contudo, para o uso do mecanismo de prorrogação de prazo inspira, pelo que se viu, cuidados e denota uma excepcionalidade no contexto das concessões.

A satisfação do interesse coletivo vem em primeiro lugar e tem origem no dever de oferecer o serviço público adequado, atividade reservada ao Estado e compartilhada com os concessionários. A primeira etapa da energia elétrica que é a geração, desde que orientada ao alcance desse ideal coletivo, merece tratamento idêntico a outras atividades igualmente desenvolvidas em regime de concessão. E, nem mesmo pelo fato de a exploração do bem público se dar por meio de específico contrato de concessão de uso, formalmente diferente do contrato de concessão de serviço público, será possível tolher o direito adquirido do concessionário de preservação das condições econômico-financeiras resultantes da concessão.

Os fundamentos jurídicos que se traduzem na aplicação do instituto do equilíbrio econômico-financeiro não estabelecem por si só diferenciação nesse sentido. Uma vez identificadas as causas e certificado que os riscos não se incluem na órbita da álea ordinária do concessionário tem ele direito ao reequilíbrio e o Estado o dever de tomar providências, sob pena de responsabilidade.

Pensa-se que a geração de energia elétrica, particularmente a proveniente de potencial hidráulico, instrumentalizada que é pelo contrato de concessão de uso desse bem público da União, pode ensejar também a revisão dos contratos de comercialização pactuados, posto que por meio deles se assegura a receita do concessionário.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2012.

Time Period Extension as a Mean of Financial and Economic Rebalancing of the Public Service Concession Agreement for the Generation of Electric Energy

Abstract: The financial and economic balance of public service concession agreements plays an important role in guaranteeing the rights of the

concessionaire and in preserving an adequate public utility performance. The concessionaire takes on itself the ordinary risks related to the object of the public service concession agreement. Whenever incurring in any different hypothesis of not ordinary randomness, and once proven the imbalance in the concession agreement with the Regulatory Authority, there arises the right, in benefit of the concessionaire, to restore the former financial and economic contract equation. This reasoning is also true in the case of electric energy generation, an activity considered to be public service due to the relevant role it plays nowadays. One of the alternatives to correct the aforementioned imbalance is to provide for a time period extension in the concession agreement in order to compensate the concessionaire for the incurred losses. On the specific situation of the public service concession agreement for the generation of electric energy, that time period extension does not imply by itself an additional income for the concessionaire if it does not come related to the trading of the produced energy.

Key words: Financial and economic balance. Public service concession. Generation of electric energy. Time period extension.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviço público*. Curitiba: Juruá, 1995.
- CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica: comentários a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995*. 2. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3. ed., rev. e ampl., 3. tiragem, São Paulo: Atlas, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*. São Paulo, n. 7, ano 15, p. 415-428, jul. 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Concessão de serviços públicos de energia elétrica: teoria da imprevisão aplicável ao contrato entre geradoras e distribuidoras: fundamentos constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 793, p. 123-144, nov. 2001.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROLIM, Maria João. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Concessão de serviço público: limites, condições e conseqüências da ampliação dos encargos da concessionária*. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WALD, Arnaldo. Do direito à contratada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, em virtude da superveniência de fatos imprevisíveis à época da contratação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 824, p. 99-118, jun. 2004.

WALD, Arnaldo. Do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – direito da concessionária à recomposição tarifária em virtude de aumento do custo e insumo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo, n. 5, ano XVIII, p. 361-369, mai. 2002.

WALD, Arnaldo; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 877, p. 11-26, nov. 2008.

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

PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012.

Recebido em: 18.05.2012

Aprovado em: 28.05.2012