
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 35	p. 1-240	jan./mar. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2009 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 através 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).

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

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira – CRB 2629 – 6ª Região

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

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

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 e 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 foco 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:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

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

Direção-geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editor Acadêmico Responsável

Emerson Gabardo

Conselho Diretivo

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clémerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Dumpski (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Luiz Pernas (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Possibilidade de inserção de cláusula de prorrogação nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica: interpretação sistemática da Lei nº 9.074/95

Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal.

Ementa: Cláusula de prorrogação. Possibilidade de inserção de cláusula de prorrogação nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica referente às empresas Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (ESCELSA), Light Serviços de Eletricidade S.A. (LIGHT) e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA). Interpretação sistemática da Lei nº 9.074/95. Os prazos dos contratos deverão restringir-se ao lapso remanescente, prazos iniciados nas datas das respectivas outorgas. A possibilidade de prorrogar decorre da constatação de que se tratam “contratos nos termos da Lei nº 9.074/95 (artigo 4º, caput)” aplicando-se-lhes, por conseguinte, a legislação em vigor.

Sumário: I Dos fatos - II Do direito - II.1 Considerações preliminares - II.2 Da natureza jurídica das cláusulas de prorrogação - II.3 Das outorgas de concessão decorrentes da aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.074/95 - II.4 Da inserção de cláusulas de prorrogação nos contratos de concessão desverticalizados - III Conclusão

A Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT), por meio da Nota Técnica nº 028/2007-SCT/ANEEL, submete ao crivo desta Procuradoria Federal a apreciação da legalidade da previsão de cláusula de prorrogação nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica referente às empresas Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (ESCELSA), Light Serviços de Eletricidade S.A. (LIGHT) e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA).

I Dos fatos

2 Para melhor compreensão, necessária a transcrição da Nota Técnica nº 028/2007-SCT/ANEEL:

I. DO OBJETIVO

Analisar a possibilidade de se prever a prorrogação dos novos contratos de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica

decorrentes da segregação das atividades de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – ESCELSA, da Light Serviços de Eletricidade S.A. – LIGHT e da Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA.

II. DOS FATOS

2. Por intermédio do Decreto s/nº, de 13 de julho de 1995, foram outorgadas à ESCELSA as concessões para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no Estado do Espírito Santo por um prazo de trinta anos a partir da assinatura do contrato de concessão, celebrado em 17 de julho de 1995.

3. Pela Resolução Autorizativa nº 164, de 25 de abril de 2005, a ANEEL anuiu com a proposta de segregação das atividades e com a reestruturação societária da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – ENERSUL, da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – ESCELSA e da Bandeirante Energia S.A., que consistia na versão patrimonial e conseqüente transferência das concessões de geração e de transmissão de energia elétrica da ESCELSA e de geração da Enersul para uma sociedade a ser criada (Castelo Energética S.A. – CESA), devendo a assinatura dos respectivos contratos de concessão ser feita no prazo a ser estabelecido pela ANEEL.

4. No que tange à LIGHT, por intermédio do Decreto s/nº, de 28 de maio de 1996, lhe foram outorgadas as concessões para a prestação dos serviços públicos de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro por um prazo de trinta anos a partir da assinatura do contrato de concessão, celebrado em 4 de junho de 1996.

5. A ANEEL, pela Resolução Autorizativa nº 307, de 5 de setembro de 2005, anuiu com a versão do patrimônio, transferência das concessões e reestruturação societária para fins de segregação das atividades da LIGHT, determinando a assinatura dos respectivos contratos de concessão.

6. À COELBA, por intermédio do Decreto s/nº, de 7 de agosto de 1997, foram outorgadas as concessões para a prestação dos serviços públicos de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica no Estado da Bahia.

7. Pelo contrato de concessão celebrado com a COELBA em 8 de agosto de 1997, ficou estabelecido o prazo da concessão em trinta anos a partir de sua assinatura.

8. De acordo com a Resolução Autorizativa nº 306, de 5 de setembro de 2005, a ANEEL anuiu com a versão do patrimônio, transferência de concessão e reestruturação societária para fins de segregação das atividades da COELBA, determinado a assinatura de aditivo ao contrato de concessão originário, observando-se o seguinte: *“(I) o Termo aditivo ao Contrato de Concessão de Geração Transmissão e Distribuição nº 10/97, o qual contemplará a retirada das concessões de geração e de transmissão do Contrato de GTD remanescendo apenas a atividade de distribuição de energia elétrica; e (II) o Contrato de Concessão de Geração e Transmissão, derivado do Contrato de Concessão nº 10/97, que regulará as concessões de Geração e Transmissão referidas no item anterior”*.

III. DA ANÁLISE

9. A necessidade de se firmar os contratos de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica com as sociedades de

propósito específico constituídas em face das reestruturações societárias da LIGHT, da COELBA e da ESCELSA decorre do cumprimento da exigência legal de desverticalização das atividades de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica dessas concessionárias, conforme preceito do art. 5º, §§5º e 7º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

10. Tendo-se em conta a revogação do art. 27 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, em especial na parte que tratava da aplicação do art. 19 da Lei nº 9.074, de 1996, passou-se a questionar sobre a validade de se estabelecer, em tais contatos de concessão, cláusula prevendo a sua prorrogação.

11. O art. 27 da Lei nº 9.427, de 1996, tinha a seguinte redação:

Art. 27. Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requiera.

12. Nota-se que os artigos 4º e 19 da Lei nº 9.074, de 1995 tratam, respectivamente, da prorrogação das novas concessões contratadas a partir dessa Lei e da prorrogação das concessões existentes à época da publicação daquela mesma Lei.

Da prorrogação dos contratos originais

13. Diante desse quadro, há que se verificar, inicialmente, se as cláusulas de prorrogação constantes dos contratos originais continuariam válidas diante da alteração legislativa.

14. Conforme se verifica dos decretos de outorga, os contratos de concessão originais não são prorrogações das concessões anteriores, existentes à data das privatizações, mas novas concessões outorgados com base no art. 27 da Lei nº 9.074, de 1995, combinado com o art. 30 dessa mesma Lei, que dispõem:

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

(...)

Art. 30. O disposto nos arts. 27 e 28 aplica-se, ainda, aos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

15. Assim, as prorrogações previstas naqueles contratos originais são regidas pelo art. 4º, §3º da Lei nº 9.074, de 1996, que estabeleceu o seguinte:

§3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

16. Diante disso, é de se concluir que as cláusulas de prorrogação constantes dos contratos originais estão em sintonia com a legislação atual, pois a revogação do art. 27 da Lei nº 9.427, de 1996, em nada alterou o regime jurídico a que se submetem esses contratos.

17. A questão agora está em saber se os contratos de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, oriundos do processo de segregação das atividades daquelas concessionárias, representam um novo contrato de concessão, prorrogação ou, ainda, mero desdobramento dos contratos originais de geração/transmissão/distribuição.

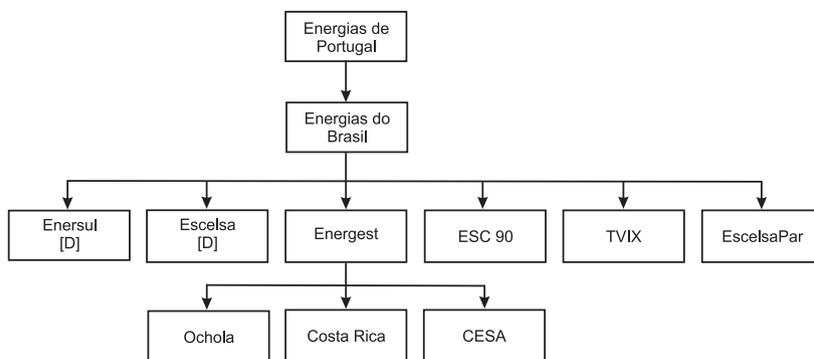
18. Para tanto, mostra-se oportuno apresentar a estrutura societária em que se inserem as sociedades de propósito específico que irão celebrar os novos contratos de transmissão.

Das sociedades de propósito específico

Castelo Energética S.A. – CESA (ESCELSA)

19. De acordo com a Nota Técnica nº 4222005-SFF/ANEEL, de 30 de setembro de 2005, “*Analizamos a regularidade fiscal das empresas receptoras dos ativos de geração e transmissão, quais sejam, as empresas Energest S.A., Ochola Participações Ltda., Costa Rica Energética S/A e Castelo Energética S.A., por meio dos documentos de Certidões Negativas da Dívida Ativa da União, da Receita Federal, FGTS, INSS, Fazenda Estadual, Fazenda Municipal e de cartórios, bem como seus atos constitutivos, sem pendências.*”

20. O grupo societário ao qual pertence a CESA passou a ter a seguinte configuração:

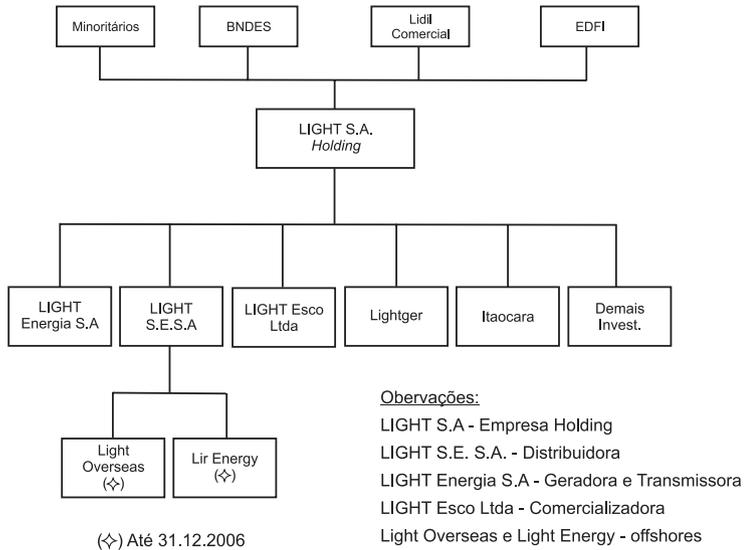


21. Desta forma, considerando que os ativos de transmissão serão transferidos para a Castelo Energética S.A. – CESA, ela deverá firmar o novo contrato de concessão para a prestação do serviço público transmissão de energia elétrica.

Light Energia S.A. (LIGHT)

22. De acordo com a Nota Técnica nº 304/2005-SFF/ANEEL, de 26 de agosto de 2005, após o processo de desverticalização “*Aportar-se-á capital por meio de conferência de elementos patrimoniais afetos às atividades de geração e transmissão para empresa controlada já existente (LIGHT ENERGY SA., cuja denominação social está sendo alterada para LIGHT ENERGIA S.A.), pelo seu valor contábil, utilizando-se de drop-down;*”

23. Ainda conforme a Nota Técnica, depois de finalizado o processo de desverticalização e com a criação das novas subsidiárias de geração e de transmissão – Light Energia S.A. – o diagrama societário da LIGHT passará a ter o seguinte arranjo:

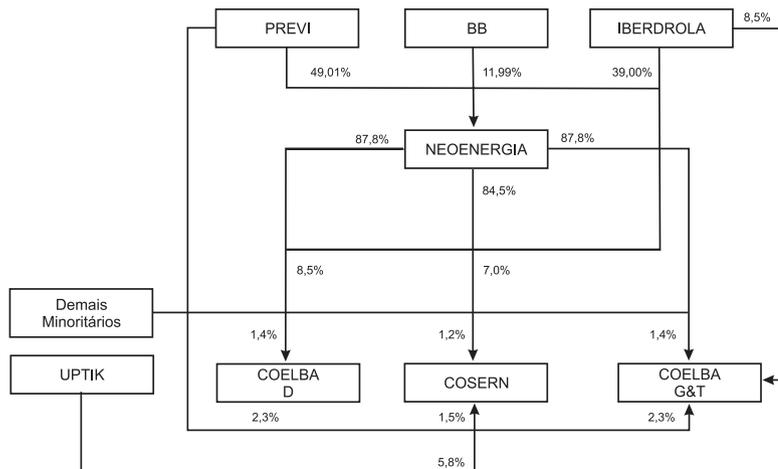


24. O contrato de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica deverá ser celebrado com a Light Energia S.A.

Afluente Geração e Transmissão de Energia Elétrica S.A. (COELBA)

25. Nos termos da Nota Técnica nº 312/2005-SFF/ANEEL, de 26 de agosto de 2005, finalizado o processo de desverticalização, a estrutura societária do Grupo NEOENERGIA terá a seguinte configuração:

26. Dentre a documentação apresentada pela COELBA, consta a Ata da Assembléia Geral de constituição da Afluente Geração e Transmissão de Energia



Elétrica S.A., sociedade que deverá incorporar os ativos relativos às atividades de geração e de transmissão de energia elétrica e que irá assinar o contrato de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica.

Da natureza dos contratos de concessão

27. Os contratos de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica não decorrem da outorga de uma nova concessão de transmissão, mas do desdobramento do direito à exploração desse serviço público que já havia sido outorgado às concessionárias nos termos dos respectivos decretos.

28. De fato, o processo de segregação das atividades das concessionárias não extinguiu as concessões originais — pois, se assim fosse, não se poderia sequer firmar os novos contratos de transmissão sem licitá-los.

29. A consequência foi a segregação das atividades anteriormente exercidas exclusivamente por uma única pessoa jurídica para uma subsidiária controlada pela holding da antiga concessionária, com a transferência dos bens e instalações, direitos e obrigações referentes à atividade de transmissão de energia elétrica vinculados ao contrato original.

Da vigência e da cláusula de prorrogação

30. Nesse contexto, embora não seja possível simplesmente adaptar os contratos originais para a nova realidade em face da especificidade da atividade de transmissão, o contrato de concessão para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica deverá observar as condições dos contratos de geração/transmissão/distribuição no que tange aos prazos remanescentes das concessões e as condições de sua prorrogação.

31. O fato de a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, estabelecer que as condições de prorrogação fazem parte do rol das cláusulas essenciais do contrato de concessão não cria um direito adquirido do concessionário à prorrogação, mas lhe assegura o conhecimento das condições no caso de uma eventual prorrogação.

32. As condições de prorrogação constantes dos contratos originais da LIGHT e da ESCELSA se limitam a estabelecer uma eventual prorrogação mediante requerimento da concessionária e a critério exclusivo do poder concedente sem, contudo, definir qual seria esse prazo.

33. Situação diversa encontra-se no contrato original da COELBA, cuja primeira subcláusula da cláusula décima primeira somente prevê uma eventual prorrogação até a contratação de um novo concessionário, pois com o advento do termo contratual opera-se extinção de pleno direito da concessão. *Verbis:*

O advento do termo final do prazo referido no “caput” desta Cláusula opera, de pleno direito, a extinção da concessão, facultando-se ao PODER CONCEDENTE, a seu exclusivo critério, prorrogar o presente Contrato até a assunção do novo concessionário.

34. Logo, especial atenção deve ser dada quanto à prorrogação do contrato de transmissão da Afluente Geração e Transmissão de Energia Elétrica S.A. à vista do que dispõe o contrato de concessão original da COELBA.

IV. DO FUNDAMENTO LEGAL

35. Esta Nota Técnica está amparada nas seguintes normas: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, Lei nº 9.427, de

26 de dezembro de 1996, Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, Resolução Autorizativa nº 164, de 25 de abril de 2005, Resolução Autorizativa nº 307, de 5 de setembro de 2005, e Resolução Autorizativa nº 306, de 5 de setembro de 2005.

V. DA CONCLUSÃO

36. O direito à exploração dos serviços de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica das concessionárias Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – ESCELSA, Light Serviços de Eletricidade S.A. – LIGHT e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA foi outorgado pela União como sendo uma nova concessão e não uma prorrogação.

37. Por sua vez, a cessação das atividades de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica que eram anteriormente executadas pelas concessionárias não teve o condão de outorgar uma nova concessão às sociedades de propósito específico originadas dos processos de segregação daquelas atividades nem tampouco prorrogar aquelas vigentes.

38. Na verdade, os novos contratos de transmissão representam, no tempo e no espaço, mera continuidade dos contratos originais e, destarte, devem preservar os prazos remanescentes e as mesmas condições constantes dos contratos originais.

VI. DA RECOMENDAÇÃO

39. Diante do exposto, recomenda-se utilizar nos contratos para a prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica os mesmos prazos e as mesmas condições estabelecidas nos contratos originais quanto à prorrogação da concessão, observada a restrição a ser imposta no contrato da Afluente Geração e Transmissão de Energia Elétrica S.A.

40. Recomenda-se, ainda, submeter à apreciação da Procuradoria Federal as minutas dos referidos contratos para que ela se manifeste quanto à legalidade dos mesmos, em especial no que tange à presença e redação da cláusula de prorrogação da concessão.

3 Objetivando melhor instruir o presente Processo, exarei Despacho solicitando que a área técnica complementasse alguns pontos da Consulta (fls. 11).

4 A Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT) acostou as informações requeridas (fls. 12/15).

5 Após discussão com a área técnica, novo Despacho foi exarado a fls. 16.

6 A Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT), em cumprimento ao Despacho acima, prestou novas informações (fls. 17/91).

7 Os autos foram, novamente, encaminhados a esta Procuradoria Federal para análise e emissão de Parecer.

8 É o relatório. Passo a opinar.

II Do direito

II.1 Considerações preliminares

9 Inicialmente, destaca que a questão objeto da presente Consulta não é inaudita a esta Procuradoria Federal.

10 Em resposta a questionamento formulado pelo Tribunal de Contas da União quanto à legalidade de cláusula do Contrato de Concessão nº 059/2001/ANEEL-CTEEP, foi exarado o Parecer nº 014/2006-PF/ANEEL que abordou a matéria nos seguintes termos:

3.4 – Da perda de relevância da irresignação apresentada ao TCU

51. No caso concreto da CTEEP, além de não haver qualquer mácula na redação da cláusula, *verifica-se que, em decorrência da Lei nº 10.848/04, o dispositivo legal da Lei nº 9.427/96, que permitia a inserção da nova hipótese de prorrogação, foi revogado, em nítido intuito do legislador em não mais permitir novas prorrogações.*

52. Admitindo-se, portanto, que as *prorrogações exigem justificativas*,¹ o contrato celebrado com a CTEEP, acaso vença em 2015 sem alteração do panorama fático-normativo, certamente não será renovado, em face da perda de vigência do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.427/96.² *De fato, o artigo 32 da Lei nº 10.848/04 traz preceito expreso revogando o mencionado dispositivo que facultava ao Poder Concedente a análise de tal questão.*

11 Embora não seja inaudito, há de se reconhecer que o tema é complexo. A um, porque a doutrina pátria é muito parca quanto às prorrogações de concessões de serviço público e, mais ainda, no que atine à Lei nº 9.074/95. A dois, porque a jurisprudência dos Tribunais é, igualmente, escassa. Por fim, não se pode ignorar os inúmeros e sucessivos diplomas normativos que regem o setor elétrico, o que torna a atividade do intérprete da lei dificultosa. Diante de tais constatações, a análise que ora se realiza tem como fundamento uma interpretação sistemática da Lei nº 9.074/95 e diplomas correlatos.

¹ Ao discorrer sobre os contratos administrativos, leciona o prof. Celso Antônio: “Os prazos de início, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, que há de ser sempre justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, mantida a equação econômico-financeira, perante certas hipóteses nas quais é efetuable independentemente do edital ou do contrato haverem-na previsto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 453).

² A indisponibilidade do interesse público, no sentido de que a Administração Pública não pode livremente dispor sobre esses bens, reclama lei autorizativa aprovada e em vigência pelo Poder Legislativo competente a fim de permitir a prorrogação, devidamente justificada, como nos casos que se possibilita a continuidade do serviço público, acerca de contratos com prazos vincendos, ainda mais quando tais concessões não tenham sido objeto de licitação prévia. Configurando-se, portanto, *em cláusula meramente regulamentar*, não há que se falar em formalização de ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Em recentíssimo julgado, o Supremo Tribunal Federal indeferiu mandado de segurança ajuizado por empresa contratada pela Administração Pública, entendendo que “a prorrogação do contrato estaria na esfera de discricionariedade da Administração Pública, não havendo que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa” (MS 24785/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 8.9.2004. (MS-24785) – Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – Informativo de Jurisprudência nº 360 – setembro de 2004).

II.2 Da natureza jurídica das cláusulas de prorrogação

12 Feitas estas breves considerações, destaca ser necessária uma abordagem do prazo de vigência *sob a perspectiva do princípio da imalterabilidade das cláusulas contratuais*.

13 A este respeito, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello é no sentido de que entre as cláusulas essenciais do contrato deve constar a previsão das condições para sua prorrogação (artigo 23, inciso XII). O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto ao tema, tendo considerado as cláusulas que estipulam prazos como meramente regulamentares, *in verbis*:

Transportes Coletivos Grande Londrina Ltda Advogado: Moacyr Corrêa Filho e outros Agravado: Município de Londrina Advogado: Ana Lúcia Bohmann e outros Agravado: Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização – CMTU – LD Advogado: Ivo Marcos de O Tauil e outros Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná Decisão Vistos, etc.

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

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

14 Do aresto acima, pode-se extrair que prazo é cláusula meramente regulamentar. Sendo assim, se poderia a Administração alterá-lo por motivos diversos, inclusive a conveniência e oportunidade, a conclusão a que se chega diante da revogação do artigo 27 da Lei nº 9.427/96 é que as cláusulas dos contratos que tenham como base tal dispositivo, devem ser tidas como inexistentes.

15 A revogação do artigo 27 da Lei nº 9.427/96 denota ser descabida a prorrogação contida no referido permissivo legal, ou seja, a possibilidade

de análise da conveniência, da oportunidade e de eventual vantajosidade foram afastadas quando da publicação da Lei nº 10.848/04 (diploma revogador).

16 Ademais, no que tange à prorrogação de prazos contratuais, o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.785-1-DF, firmou algumas premissas importantes. Primeiramente, restou assente na Corte que a prorrogação contratual *é ato discricionário da Administração Pública*. Ou seja, encontra-se no âmbito da conveniência e oportunidade a escolha entre prorrogar ou não um contrato vigente e, também, o prazo pelo qual se dará a prorrogação.

17 O Ministro Carlos Ayres Britto bem pontuou a questão:

(...) porque nenhum contratado, ainda que vencedor de licitação, tem direito à imutabilidade do contrato no tempo. Isso faz parte das chamadas cláusulas regulamentares que deixam a Administração Pública a alterar o contrato *sponte sua* unilateralmente, claro que arcando com as conseqüências econômicas de sua decisão unilateral.

18 Considerando a revogação do artigo 27 da Lei nº 9.427/96; considerando que o próprio legislador entendeu inconvenientes e inoportunas as prorrogações previstas em tal dispositivo legal; considerando que cláusulas referentes a prazo são regulamentares e, pois, podem ser objeto de alteração unilateral; considerando, por fim, que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito subjetivo à prorrogação, acredita esta Procuradoria Federal que os contratos que contenham cláusulas de prorrogação com base no citado artigo revogado deverão ser tidos, neste ponto, como inexistentes.

II.3 Das outorgas de concessão decorrentes da aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.074/95

19 Findas estas ponderações preliminares, mister algumas considerações sobre a norma contida no artigo 27 da Lei nº 9.074/95.

20 A Lei nº 9.074/95, complementando o disposto na Lei nº 8.987/95, trouxe importantes preceitos aplicáveis ao processo de desestatização das empresas atuantes no setor de energia elétrica. Em Capítulo próprio, denominado de “reestruturação dos serviços públicos concedidos”, a lei conferiu uma série de faculdades ao Poder Concedente a fim de possibilitar novas outorgas e a desestatização das empresas e dos serviços anteriormente pertencentes ou prestados diretamente por órgãos públicos.

21 O artigo 27 da Lei nº 9.074/95 prevê que:

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, *observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário*;

II - fixar, previamente, *o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência*.

§1º Na hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita por prazos diferenciados, de forma a que os termos finais de todas as concessões prorrogadas ocorram no mesmo prazo que será o necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão.

§2º Na elaboração dos editais de privatização de empresas concessionárias de serviço público, a União deverá atender às exigências das Leis nºs 8.031, de 1990 e 8.987, de 1995, inclusive quanto à publicação das cláusulas essenciais do contrato e do prazo da concessão.

§3º O disposto neste artigo poderá ainda ser aplicado no caso de privatização de concessionário de serviço público sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

§4º A prorrogação de que trata este artigo está sujeita às condições estabelecidas no art. 25.

22 Observa-se que o legislador pretendeu dar uma solução ao tema e, para tanto, possibilitou, em um só ato, a venda do controle acionário da empresa e a outorga de nova concessão ou prorrogação da concessão existente, *de forma a incentivar a desestatização, visto que a atratividade de mercado dessas empresas* recai justamente no fato de já deterem concessões em determinadas áreas, em muitos casos, como na transmissão, com exclusividade na disponibilidade das instalações que servem ao sistema interligado nacional.

23 Diante desse contexto fático, o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da constitucionalidade do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.074/95, acentuou que aquela era “a única forma de uma empresa pública, exploradora de serviço público, ser privatizada”.³ Colhe-se trecho do aresto:

³ Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 1.582-6 – Distrito Federal – Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ*, 6 set. 2002.

(...) Quer a alienação do controle acionário ocorra via leilão, quer mediante concorrência (incisos I e II do artigo 27 da Lei nº 9.074/95), tem-se a respeito à norma constitucional indicadora da necessária adoção do processo licitatório. (...)⁴

II.4 Da inserção de cláusulas de prorrogação nos contratos de concessão desverticalizados

24 As empresas Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (ESCELSA), Light Serviços de Eletricidade S.A. (LIGHT) e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA) inserem-se no contexto acima delineado.

25 Concluídos os respectivos processos de desestatização, a Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT) questiona, agora, o prazo a ser declinado quando da assinatura dos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica.

26 Primeiramente, cumpre referenciar a norma geral, constante do *caput* do artigo 4º da Lei nº 9.074/95, *in verbis*:

Art. 4º. As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água *serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas* nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.

27 Destaca-se que os contratos de transmissão de energia a serem celebrados pelas empresas Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (ESCELSA), Light Serviços de Eletricidade S.A. (LIGHT) e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA) *são desmembramentos de contratos já existentes e celebrados pelas referidas empresas após a publicação da Lei nº 9.074/95, ou seja, são desmembramentos das outorgas quando das privatizações.*

28 Nesse esteio, por estar havendo apenas segregação de atividades (geração, transmissão e distribuição), o prazo de vigência deverá ser o lapso remanescente aos contratos celebrados após 1995, pois foi na assinatura dos mesmos que se iniciou a contagem do prazo das respectivas Concessões.

29 Assiste, pois, razão à Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT) quando das seguintes assertivas:

30. Nesse contexto, embora não seja possível simplesmente adaptar os contratos originais para a nova realidade em face da especificidade da atividade de transmissão, o contrato de concessão para a prestação do serviço público de

⁴ Idem, ibidem.

transmissão de energia elétrica deverá observar as condições dos contratos de geração/transmissão/distribuição no que tange aos prazos remanescentes das concessões e as condições de sua prorrogação.

30 A compreensão do termo “contratadas nos termos desta lei” é imprescindível na análise postulada pela área técnica, razão pela qual deve ser dada especial atenção a referida terminologia, vez que não se cuida de termo simbólico.

31 Tendo em vista que as contratações pretendidas (transmissão) possuem esteio na Lei nº 9.074/95, aplicam-se às prorrogações dos contratos de transmissão os seguintes dispositivos:

§3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a *trinta anos*, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, *podendo ser prorrogado no máximo por igual período*, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

§4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data. (artigo 4º, Lei nº 9.074/95).

32 Assim, obedecidos os critérios previstos na Lei nº 9.074/95, *é possível a inserção de cláusula de prorrogação pelo prazo de 30 (trinta) anos.*

33 Com relação à observação feita pela Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT) quanto à possível restrição no que tange ao caso da COELBA, estima esta Procuradoria Federal ser pertinente. Transcreve-se referida ponderação:

33. Situação diversa encontra-se no contrato original da COELBA, cuja primeira subcláusula da cláusula décima primeira somente prevê uma eventual prorrogação até a contratação de um novo concessionário, pois com o advento do termo contratual opera-se extinção de pleno direito da concessão. *Verbis:*

O advento do termo final do prazo referido no “caput” desta Cláusula opera, de pleno direito, a extinção da concessão, facultando-se ao PODER CONCEDENTE, a seu exclusivo critério, prorrogar o presente Contrato até a assunção do novo concessionário.

34 Corroborando a posição da área técnica, deve-se respeitar a intenção das partes quando do ato de outorga.

35 *Nos termos dos dispositivos mencionados, é lícita a inserção de cláusula atinente à prorrogação nos novos contratos de concessão para a prestação do serviço*

público de transmissão de energia elétrica decorrentes da segregação das atividades de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica, com a ressalva da Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT) no que tange à COELBA.

36 Dessa forma, opina este Órgão pela legalidade na inserção de cláusula de prorrogação nos contratos de transmissão decorrentes do processo de desestatização com esteio na Lei nº 9.074/95.

III Conclusão

37 *Do exposto, manifesta-se esta Procuradoria Federal pela possibilidade de inserção de cláusulas de prorrogação nos contratos de concessão de transmissão de energia, nos termos da fundamentação expendida.*

38 Assim concluído e fundamentado, submete-se o presente parecer à consideração do Senhor Procurador-Geral, para que haja, s.m.j., posterior encaminhamento à Superintendência de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT).

Brasília, de de 2007.

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

ALENCAR, Dilermando Gomes de. Possibilidade de inserção de cláusula de prorrogação nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica: interpretação sistemática da Lei nº 9.074/95. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 217-230, jan./mar. 2009. Parecer.

Recebido em: 15.11.08

Aprovado em: 03.02.08