
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Direção Geral: Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial: Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva: Emerson Gabardo
Conselho de Redação: Edgar Chiuratto Guimarães
Adriana da Costa Ricardo Schier
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabricio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

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

© 2008 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 responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 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

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 a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público

Dilermando Gomes de Alencar

Procurador Federal.

EMENTA: Cláusula de prorrogação. Artigo 19 da Lei nº 9.074/95. Subsunção da hipótese fática ao permissivo legal. Constitucionalidade questionada pela doutrina. Descabimento de tal análise na via angusta deste Parecer. Garantia da qualidade de atendimento aos usuários a custos adequados. Demonstração pela área técnica de tais elementos. Saldo a depreciar. Quando o saldo a depreciar é de monta razoável, a recomposição do equilíbrio-financeiro mostra-se viável com a prorrogação do prazo de vigência da concessão. Impor aos usuários (aumento das tarifas) ou ao Estado o ônus de adimplir referido montante devido ao titular da Concessão revela-se desarrazoado. Possibilidade de encaminhamento ao Ministério de Minas e Energia, vez que o Processo encontra-se regularmente instruído.

A Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração (SCG), por meio da Nota Técnica nº 56/2007-SCG/ANEEL, submete ao crivo desta Procuradoria Federal a apreciação da legalidade da prorrogação da vigência do Contrato de Concessão da UTE Camaçari.

I Dos fatos

2 Para melhor compreensão, necessária a transcrição da Nota Técnica nº 56/2007-SCG/ANEEL:

I - DO OBJETIVO

O presente Parecer Técnico visa analisar o pedido de prorrogação do prazo da Concessão da UTE Camaçari, pertencente à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, e apresentar algumas informações afetas a esse assunto.

II - DOS FATOS

2. Em 11 de agosto de 1977, por meio da Portaria nº 1.068, o Ministério de Minas e Energia autorizou a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF a estabelecer a UTE Camaçari, de 300MW de potência instalada (fls. 265 do Processo nº 48500.000752/2001-10).

3. Em 28 de maio de 2002, por meio da Resolução nº 295, a ANEEL autorizou a CHESF a ampliar a referida Usina Termelétrica, de 300MW para 360MW, utilizando como combustível o gás natural, em substituição ao óleo diesel (fls. 86 e 87 do Processo nº 48500006507/2001-81).

4. Em 12 de novembro de 2004, celebrou-se o Contrato de Concessão nº 006/2004-ANEEL, entre a ANEEL, na condição de delegatária, e a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, para a regulação de diversas concessões, entre elas a UTE Camaçari, cujo termo final da concessão ficou estabelecido em 10 de agosto de 2007, em virtude da supracitada Portaria (fls. 620 a 637 do Processo nº 48500.000752/2001-10).

5. Em 20 de dezembro de 2004, por meio da Resolução Autorizativa nº 417, a ANEEL autorizou a CHESF a utilizar biocombustível (gás natural e óleo diesel) na operação da UTE Camaçari (fls. 168 e 169 do Processo nº 48500006507/2001-81).

6. Em 30 de março de 2005, a CHESF requereu a prorrogação da concessão para a exploração da UTE Camaçari anexando, nessa oportunidade, diversos documentos para o atendimento à Portaria DNAEE nº 091, de 1996 (fls. 02 a 207 do Processo nº 48500.001537/2005-98).

7. Em 04 de abril de 2006, por meio do Memorando nº 175/2006-SFF/ANEEL, a Superintendência de Fiscalização Econômico Financeira analisou, com base na Portaria DANEEL nº 91, de 1996, às qualificações jurídica, financeira e administrativa da CHESF e sua regularidade referente aos encargos intra-setoriais e adimplemento fiscal (fls. 231 do Processo nº 48500.001537/2005-98).

8. Em 29 de março de 2006, por meio da Correspondência nº CE/DF-005/2006, a CHESF encaminhou o saldo do ativo imobilizado da UTE Camaçari, referente a dezembro de 2005 (fls. 232 a 235 do Processo nº 48500.001537/2005-98).

9. Em 11 de abril de 2006, por meio da Correspondência nº CE-PR-125/06, a Concessionária encaminhou informações acerca dos seus contratos de comercialização de energia elétrica, considerando todo o seu parque gerador (fls. 237 e 238 do Processo nº 48500.001537/2005-98).

10. Em 19 de outubro de 2006, a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração encaminhou o Termo de Notificação – TN nº 412/2005-SFG, de 22 de novembro de 2005, de forma a subsidiar as ações desta Superintendência (fls. 779 a 784 e 851 do Processo nº 48500.002765/2002-13).

11. Em 17 de julho de 2007, por meio da Correspondência nº CE/DF-008/2007, a CHESF atualizou o saldo do ativo imobilizado da UTE Camaçari, referente a dezembro de 2006 (Doc. sob o nº 48512.019534/2007-00 do SIC).

III - DA ANÁLISE

2. A Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, em 30 de março de 2005, observando o disposto no art. 4º da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, requereu a prorrogação do prazo da Concessão da UTE Camaçari, outorgada pela Portaria nº 1.068, de 11 de agosto de 1977, exarada pelo Ministério de Minas e Energia.

3. Observa-se que a CHESF protocolou pedido semelhante em 03 de julho de 1996, por meio de correspondência s/nº, a qual requeria a prorrogação da UTE Camaçari em conjunto com outras concessões, motivo do acolhimento desse pedido por parte do então DNAEE, em 04 de outubro de 1996.

4. Resta esclarecer, a despeito do pedido da CHESF em 2005, que o artigo correto a ser invocado pela Concessionária para o embasamento do pedido de

prorrogação do prazo da concessão deveria ser o art. 19 da Lei nº 9.074, de 1995, (que trata exclusivamente de prorrogação de concessões de serviço público) e não o art. 4º da mesma Lei (que faculta ao Poder Concedente a prorrogação de concessões de autoprodução de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003, entre outras). De todo modo, não há em termos práticos, qualquer prejuízo ou comprometimento do pedido da concessionária, já que o prazo máximo admitido para a concessão de prorrogação é, em ambos os dispositivos citados, de 20 (vinte) anos. Nesse sentido, seria razoável a adequação do Contrato de Concessão nº 006/2004-ANEEL para que fique aderente àquele prazo estabelecido em lei, muito embora o estabelecimento de 36 (trinta e seis) meses no Contrato não se configura uma ilicitude.

5. Conforme disposto em Lei, a competência para a decisão de prorrogação de concessão está a cargo do Poder Concedente, cuja delegação foi dada ao Ministério de Minas e Energia, nos termos do Decreto nº 1.717, de 24 de novembro de 1995.

6. Com o pedido de prorrogação, nos termos da mencionada Lei nº 9.074, de 1995, devem ser encaminhados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa, assim como os comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública. Nesses termos, foi editada a Portaria DNAEE nº 091, de 10 abril de 1996, especificando detalhadamente os documentos exigíveis para as aludidas comprovações.

7. Com isso, a Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira verificou, com base na referida Portaria, os documentos relativos às qualificações jurídica, financeira e administrativa, assim como os comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais e intra-setorial, cuja análise não apontou irregularidade. Em relação à qualificação técnica, também não se constatou nenhuma anomalia. Portanto, em relação às exigências prescritas na aludida Portaria a Concessionária cumpriu com o exigido.

8. Vale citar que a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração encaminhou o Termo de Notificação nº 512/2005, cuja fiscalização realizada à época não constatou fatos relevantes que apontassem má administração da UTE Camaçari pela CHESF, nem tão pouco qualquer ocorrência que comprometesse a operação da usina.

9. Além dessas comprovações, a Lei nº 9.074, de 1995, estabelece que a União visará a garantia da qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados no exame de processo de prorrogação. Dadas as competências dessa Agência no exame de matérias do gênero, passa-se a seguir a apresentar alguns aspectos relacionados a UTE Camaçari para um melhor subsídio à Diretoria da ANEEL e, conseqüentemente, ao Ministério de Minas e Energia.

10. Primeiramente, destaca-se que em 2002 a CHESF foi autorizada a repotenciar a UTE Camaçari, cuja anuência foi dada por meio da Resolução nº 295, de 28 de maio. Registre-se que esse processo de repotenciação demandou cerca de 2 anos para sua conclusão, dado a entrada em operação comercial da última unidade geradora, a de número 5, em 30 de novembro de 2004, conforme se constata no Despacho nº 972, de 29 de novembro de 2004, exarado pela SFG.

11. Chama-se a atenção, conforme relatado pela CHESF em 22 de maio de 2002, por meio da correspondência CE/PR-270/2002 (fls. 84 do Processo nº 48500.006507/01-81), que o contrato de fornecimento das unidades geradoras foi expressivo, da ordem de 245 milhões de reais, à época.

12. Adicionalmente a essa ampliação, verifica-se a CHESF foi autorizada a utilizar bicomcombustível na operação da UTE Camaçari, no caso gás natural e óleo diesel, cuja anuência foi dada pela Resolução nº 417, de 20 de dezembro de 2004. Esse processo foi concluído em 26 de outubro de 2005, pela liberação das 5 (cinco) unidades para a operação comercial, conforme consta do Despacho nº 1.674, de 26 de outubro de 2005, exarado pela SFG.

13. Considerando a possibilidade de não haver a prorrogação da UTE Camaçari, há de se ter a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, conforme preceituado no art. 36 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

14. Ademais, o Decreto nº 24.643 (Código de Águas), de 10 de julho de 1934, especifica em seu art. 166 que a reversão com indenização será calculada pelo custo histórico menos a depreciação, e com dedução da amortização já efetuada quando houver. Nesse sentido, foi pedido à Concessionária que informasse o saldo do ativo imobilizado em serviço da aludida Central Geradora, em conjunto com o saldo da depreciação acumulada, a fim de possibilitar a apuração do saldo a depreciar.

15. De posse desses dados e considerando as taxas de depreciação por tipo de unidade de cadastro estabelecidas pela Resolução ANEEL nº 44/1999, de 17 de março de 1999, aferiu-se a taxa média ponderada de depreciação que, como consequência, permitiu a inferência do tempo restante necessário para a depreciação dos ativos reversíveis. Ressalva-se que essas taxas utilizadas foram aquelas estipuladas anteriormente a entrada em vigor da Resolução nº 240, de 5 de dezembro de 2006, que estabeleceu novos valores a serem observados a partir de 1º de janeiro de 2007. Esses dados estão expostos a seguir:

Potência Instalada (MW)	Saldo do Ativo Imobilizado em Serviço (R\$)	Depreciação Acumulada (R\$)	Saldo a Depreciar (R\$)	Taxa Média Ponderada de Depreciação (%)	Tempo total de Depreciação (anos)	Tempo restante p/ depreciação (anos) ¹	Terreno (R\$)
346,8	588.857.210,97	71.274.084,41	517.583.126,56	3,76	26,60	23,38	276.271,95

16. Registre-se, por oportuno, que mantida a mesma taxa de depreciação acima referenciada o saldo do ativo imobilizado seria totalmente depreciado em 23 anos, maior, portanto, que o prazo máximo fixado em lei para a concessão de prorrogação. No entanto, cumpre salientar que novos investimentos implicam em mudanças nesse saldo e, por consequência, afeta a taxa média ponderada de depreciação e o tempo necessário para a completa depreciação. Ressalva-se que o terreno não foi computado para a aferição desse tempo restante já que não sofre amortização.

¹ Referente à dezembro de 2006.

17. Em análise dos dados fornecidos pela CHESF verifica-se que cerca de 63% do saldo do ativo imobilizado em serviço refere-se aos turbogeradores instalados, os quais foram repotenciados recentemente, conforme explicitado anteriormente. Adicionalmente, destaca-se também que os geradores representam outros 31% do saldo do ativo imobilizado, que somadas a turbinas resultam em cerca de 94% do total dos ativos em serviço.

18. Além disso, salienta-se que os dados utilizados não estão atualizados monetariamente ou mesmo leva em consideração o valor econômico dos bens envolvidos. Inclusive, vale realçar no caso do Poder Concedente optar pela alternativa de não prorrogação da concessão em comento, a SFF deverá auditar as informações enviadas pela Concessionária, o que poderá alterar o Ativo Imobilizado em serviço.

19. Vale registrar que a ANEEL, em diversas ocasiões, vem manifestando o entendimento de que, em processos desse tipo, a modicidade tarifária deve ser sempre perseguida, de forma a preservar o interesse público, conforme se aduz da mencionada Lei nº 9.074, de 1995.

20. Com isso, é possível deduzir que as Centrais Geradoras já depreciadas ou com acentuado grau de amortização podem requerer um menor preço para a venda de energia, o que contribuiria para o alcance da aludida modicidade. Porém, por trás disso há a idéia de que o preço da energia gerada está fortemente ligado ao investimento realizado, premissa essa válida para as Centrais Geradoras Hidroelétricas, mas não totalmente aplicável às Centrais Termelétricas. No caso das Centrais Termelétricas a Gás em Ciclo Simples, na qual a UTE Camaçari se enquadra, essa condição fica ainda mais evidente, dado que o preço da energia está fortemente ligado ao preço do combustível utilizado, que no caso da UTE em apreço é o gás natural e o óleo diesel, com participação minoritária do capital investido na composição daquele preço. Para se ter uma ordem de grandeza, é possível dizer, com base na literatura técnica especializada, que o capital investido representa por volta de 30% no preço total da energia, sendo que o combustível participa com pelo menos 50% desse custo em Centrais Geradoras a Gás.

21. Nesse sentido, as questões comerciais levantadas pela ANEEL em matérias de prorrogação de concessão de outras Centrais Geradoras de Serviço Público não se aplicam automaticamente a este caso.

22. Adicionalmente, é importante destacar os montantes de energia contratados pela CHESF, assim como a participação da UTE Camaçari na composição do seu lastro físico, a seguir exposto. Vale registrar que, conforme informado pela Concessionária em abril de 2006, a UTE Camaçari “*tem sido utilizada como hedge para proteção contra o risco hidrológico*”.

Ano	Energia Contratada no ACR (MWmédios)	Energia Contratada no ACL (MWmédios)	Carga Chesf (MWmédios)	Lastro total da CHESF (MWmédios)	Energia Descontratada (MWmédios)	Garantia Física da UTE Camaçari (MWmédios)	Participação da UTE Camaçari no lastro da CHESF
2006	3.355	961	839	6.145	990	294	4,8%
2007	3.532	583	1.156	6.145	874	294	4,8%
2008	3.982	607	1.243	6.082	250	230	3,8%
2009	4.062	214	1.257	6.082	548	230	3,8%
2010	4.062	212	1.314	6.082	492	230	3,8%
2011	4.062	203	0	6.082	1.817	230	3,8%
2012	4.062	203	0	6.082	1.817	230	3,8%
2013	1.696	202	0	6.082	4.185	230	3,8%
2014	668	202	0	6.082	5.213	230	3,8%
2015	530	202	0	6.082	5.351	230	3,8%
2016	80	185	0	6.082	5.818	230	3,8%
2017 a 2028	0	185	0	6.082	5.897	230	3,8%
2029 a 2030	0	0	0	6.082	6.082	230	3,8%

23. Diante dessas informações, verifica-se que, se o Poder Concedente optar por não prorrogar a aludida Concessão, a CHESF não seria impactada por falta de lastro físico para honrar seus contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica.

24. Ante o exposto e considerando as questões inerentes a Centrais Termelétricas, visualiza-se dois cenários possíveis a serem empregados neste processo de prorrogação. O primeiro deles é que a concessão não seja prorrogada. Nesse caso, necessitar-se-ia definir os critérios gerais para a reversão, assim como a forma de indenização dos ativos reversíveis. Também é possível que o Poder Concedente prorogue a concessão por 20 (vinte) anos, visto que o tempo estimado para a depreciação total é maior que o tempo máximo permitido em Lei para a prorrogação do prazo.

25. Quanto à prorrogação ser a título oneroso, é preciso esclarecer que as Usinas Termelétricas atuais possuem outorgas não onerosas, ou seja, não recolhem qualquer encargo semelhante àqueles que as Centrais Hidrelétricas acima de 30MW outorgadas posteriormente a 1995 pagam, que é o encargo pelo Uso do Bem Público. Com isso, para manter coerência com o modelo atual adotado nas Centrais Termelétricas, sugere-se que, caso o Poder Concedente opte por prorrogar a referida Concessão, não seja a título oneroso, muito embora a CHESF seja obrigada a pagar, atualmente, RGR referente à UTE Camaçari. (...)

V - DA CONCLUSÃO

26. Tendo como base as razões apontadas, as análises feitas e as informações constantes dos Processos n^{os} 48500.000752/2001-10, 48500.001537/2005-98 e 48500006507/2001-81, conclui-se que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco possui as qualificações técnica, jurídica e econômica e financeira para receber a prorrogação da UTE Camaçari, caso o Poder Concedente opte nesse sentido. Concluímos também em encaminhar esta Nota Técnica à Diretoria da ANEEL para o melhor ajuizamento desta Agência no encaminhamento desse pedido de prorrogação ao Ministério de Minas e Energia. Adicionalmente, sugerimos que as demais Superintendências envolvidas nesse tema sejam ouvidas. (...)

3 Os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Federal para análise e emissão de Parecer.

4 É o relatório. Passo a opinar.

II Da análise

II.1 Considerações preliminares

5 A questão da prorrogação do prazo de vigência de concessões é tema bastante complexo e que, ainda, suscita inúmeras discussões. A um, porque a doutrina ainda não tratou a matéria com a profundidade requerida. A dois, porque os Tribunais Superiores ainda não foram instados a se pronunciarem diretamente sobre o tema. A três, porque a legislação não disciplinou a matéria de forma minuciosa e clara, ou seja, ainda pairam dúvidas no que atine ao marco legal. Por último, cabe mencionar a sucessão de diplomas normativos, ora derogando dispositivos, ora inovando no que tange à prorrogação do prazo de vigência de concessões.

6 O que se observa, pois, tanto no âmbito doutrinário, quanto no campo da jurisprudência, são assertivas incidentais sobre a validade e aplicabilidade de cláusulas de prorrogação em contratos de concessão de serviço público ou de uso de bem público, o que requer do hermeneuta uma solução construtiva pautada, sobretudo, nos princípios constitucionais e na aplicabilidade dos dispositivos infraconstitucionais vigentes.

7 Por fim, este Órgão não pode deixar de destacar que esta análise tem como escopo subsidiar o encaminhamento dos presentes autos ao Ministério de Minas e Energia – MME, vez que este é quem tem competência para decidir ou não acerca da prorrogação. A esta Agência cabe, como é sabido, o mister de instruir o pedido à luz dos preceitos vigentes, contudo o juízo de discricionariedade (conveniência e oportunidade) em prorrogar o prazo de vigência ou proceder a eventual reversão é afeto ao Ministério aludido.

II.2 Natureza jurídica das cláusulas de prorrogação

8 Cumpre, neste momento, que seja feita uma abordagem do prazo de vigência sob a perspectiva do princípio da inalterabilidade das cláusulas contratuais. 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).

9 O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que as cláusulas que estipulam prazos são meramente regulamentares e devem constar do edital e do respectivo contrato, *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 que o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade — portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário — extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, de direito, aspira e o resguardo de sua pretensão econômica. Isto posto, nego provimento ao presente agravo de instrumento. Intimações, necessárias. Publique-se Brasília (DF), 20 de março de 2003. MINISTRO JOSÉ DELGADO Relator (Ministro JOSÉ DELGADO, 31.03.2003)

10 Do aresto acima, pode-se extrair que prazo é cláusula meramente regulamentar. Sendo assim, pode a Administração alterá-la por motivos diversos, inclusive por conveniência e oportunidade. 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.

11 Pontuais algumas considerações do Senhor Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento do citado Mandado de Segurança, razão pela qual as transcrevo:

(...) 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.

12 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, lembra esta Procuradoria Federal que o juízo a ser realizado pela Administração quando da análise deste pedido é discricionário.²

II.3 Das outorgas de concessão decorrentes da aplicação do artigo 19 da Lei nº 9.074/95

13 O artigo 19 da Lei nº 9.074/95 aduz que:

Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.

§1º Os pedidos de prorrogação deverão ser apresentados, em até um ano, contado da data da publicação desta Lei.

§2º Nos casos em que o prazo remanescente da concessão for superior a um ano, o pedido de prorrogação deverá ser apresentado em até seis meses do advento do termo final respectivo.

§3º Ao requerimento de prorrogação deverão ser anexados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa do interessado, bem como comprovação de regularidade e adimplemento de seus encargos junto a órgãos públicos, obrigações fiscais e previdenciárias e compromissos contratuais, firmados junto a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, referentes aos serviços de energia elétrica, inclusive ao pagamento de que trata o §1º do art. 20 da Constituição Federal.

§4º Em caso de não apresentação do requerimento, no prazo fixado nos §§1º e 2º deste artigo, ou havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito, as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas.

§5º (VETADO)

14 Sobre a norma contida no artigo 19 da Lei nº 9.074/95, é mister a transcrição de algumas ponderações de Marçal Justen Filho:

Os arts. 19 a 25 da Lei nº 9.074 institucionalizaram a prorrogação das concessões (permissões, autorizações, manifesto e declaração de usina termelétrica) de geração de energia elétrica. São, por isso, inconstitucionais. A questão foi objeto de enfoque, por ocasião dos comentários aos arts. 23 e 42 a 44 da Lei nº 8.987, onde se encontram expostos os fundamentos desse entendimento, aos quais ora se reporta.

² Comunga este Procurador Federal o conceito de ato administrativo discricionário adotado por Odete Medauar na festejada obra *Direito Administrativo Moderno*. Para Medauar, não há atos totalmente vinculados, tampouco atos totalmente discricionários.

Mas o art. 19 foi ainda além da Lei nº 8.987, ao consagrar a prorrogação, genericamente, para as “*concessões alcançadas pelo art. 42*” daquele diploma. (...)

O art. 19 produziu, então, o despropósito de determinar a “*prorrogação*” por até 20 anos de todas essas concessões acima referidas. Não se diga que a prorrogação abrange apenas as hipóteses do §2º do art. 42 da lei anterior. O argumento produz resultados ainda menos razoáveis, agravando defeito insuperável do aludido dispositivo. É que um dos absurdos cometidos pelo art. 42 era estabelecer que as concessões com prazo determinado extinguir-se-iam assim que atingido seu termo, enquanto aquelas em situação irregular somente poderiam ser encerradas após decorridos 24 meses. Agora, a Lei nº 9.074 pretende atribuir *direitos* não apenas aos titulares de concessões regulares também àqueles que se encontram em situação irregular. (...)

A determinação acerca da prorrogação das concessões com prazo determinado é inconstitucional por infringir o art. 175, que exige prévia licitação antes de qualquer outorga. Ofende ao princípio da República, por eternizar regime de privilégio. Ignora o princípio da supremacia do interesse público, pois impede a comprovação da existência de novas e mais vantajosas propostas. Desmerece o princípio da tutela ao consumidor porque a equação econômico-financeira da concessão vencida fora elaborada em função do prazo original da contratação. Infringe o princípio da isonomia, ao impedir o livre acesso de todos os interessados em disputar a titularidade da concessão. Enfim, é incompatível com um Estado Democrático de Direito: os privilégios concedidos *temporariamente* acabam por transmutar-se em eternos, através do expediente de prorrogações sucessivas e ilimitadas.³

15 As críticas de Justen Filho são veementes e não se pode negar o substrato lógico-jurídico que permeia seus argumentos. Contudo, é preciso esclarecer que ao administrador não cabe declarar a inconstitucionalidade de norma, tampouco a via angusta deste Parecer é meio idôneo para opinar no sentido de que a Administração assim proceda.

16 Nesse sentido, não há como negar vigência à norma contida no artigo 19 da Lei nº 9.074/95. O Supremo Tribunal Federal, embora analisando dispositivo legal diverso do antecitado, corrobora a posição desta Procuradoria Federal quando aduz que:

(...) A toda evidência, o Órgão atuou nos estritos limites da seara legal, julgando a hipótese à luz da Lei nº 8.987/95. Assentou a adequação, ao caso, do disposto no artigo 42, §2º, do citado diploma e, aí, deixou de examiná-lo sob o ângulo do possível conflito com a Carta da República. Eis o trecho pertinente à espécie: Não obstante a Lei Federal nº 8.987/95 em seu artigo 43 tenha determinado a extinção de todas as concessões outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988, e no seu parágrafo único tenha também extinguido as

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviço Público. São Paulo. Dialética. 1997. fls. 431 e ss.

concessões outorgadas sem licitação na hipótese ali elencada (*sic*), tais dispositivos não se aplicam à recorrente, mas sim o disposto do artigo 42, parágrafo segundo, do mesmo diploma legal. Sem exame da constitucionalidade do citado dispositivo, o fato é que ele emprestou validade às concessões outorgadas anteriormente à edição da Lei nº 8.987/95, inclusive nas hipóteses de concessões precárias, ou com prazo vencido e ainda aquelas que estiverem em vigor por prazo indeterminado, que continuariam válidas pelo tempo necessário à realização dos levantamentos e avaliações (...) Como já ressaltado, a *fundamentação prossegue sem se adentrar a análise do tema sob o prisma do Diploma Maior.* (...)⁴

17 Dessa forma, nada obsta que se aplique o artigo 19 da Lei nº 9.074/95 à hipótese fática sob análise.

II.4 Da prorrogação. Possibilidade. Requisitos legais

18 Em 2003, na obra *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, Justen Filho propõe, ainda que de forma tímida e reticente, uma nova interpretação do instituto da prorrogação. Ao que parece, o tom ácido que permeou a interpretação em 1997 cede espaço a uma análise mais preocupada em compreender o instituto diante das situações fáticas com as quais ora se depara o Poder Público.

19 Para renomado autor, sob o ângulo da restauração do equilíbrio econômico-financeiro, a prorrogação poderia ser a via idônea para recompor a citada equação. Segundo Marçal Justen Filho:

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 situação a possibilidade de que se constranja o poder público a desembolsar vultosos recursos apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Soluções extremadas, que ignoram as conseqüências secundárias de um único valor, não são conformes ao Direito.⁵

20 De um lado, o particular tem garantido o direito à integridade patrimonial. Por outro lado, eventual indenização devida ao titular da concessão não pode elevar as tarifas a patamares desarrazoados e, também, não pode ser suportada pelos cofres públicos *a priori*. Esta última afirmação poderia levar à conclusão de que, se assim o fosse, nunca haveria reversão, caso o Poder Público tivesse que arcar com algum tipo de indenização. Não é, esse, contudo o posicionamento que ora espousa este Parecerista.

⁴ Pet 2554/RJ - RIO DE JANEIRO; Relator Ministro MARCO AURÉLIO; Julgamento 30/07/2002; DJ 07/08/2002

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406

21 O que se veda é o custeio pelo Poder Público havendo outras medidas que possam ser adotadas e que não importem o gravame de alocar verba pública para ressarcir um particular. É que, em última análise, esse montante onera todos os cidadãos.

22 Pois bem. Segundo a área técnica, há um saldo a depreciar no montante de R\$517.583.126,56. Ainda segundo a SCG, “em análise dos dados fornecidos pela CHESF verifica-se que cerca de 63% do saldo do ativo imobilizado em serviço refere-se aos turbogeradores instalados, os quais foram repotenciados recentemente, conforme explicitado anteriormente. Adicionalmente, destaca-se também que os geradores representam outros 31% do saldo do ativo imobilizado, que somadas a turbinas resultam em cerca de 94% do total dos ativos em serviço”.

23 Observa-se que, do montante a depreciar, há um *quantum* considerável que decorre da repotenciação ocorrida. Em diligência junto à área técnica, constatou este Parecerista que mencionada repotenciação encontra-se dentro de um conjunto de medidas deferidas não apenas à UTE Camaçari, mas também a outras usinas.

24 Peço *venia* para anexar a este Parecer cópia da Resolução nº 41, de 17 de outubro de 2000, expedida pelo Conselho Nacional de Desestatização que autorizou as “empresas CHESF – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e CGTEE – Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica a promoverem a repotenciação/ampliação das Usinas Termelétricas de Bongüi, Camaçari e Nutepa”.

25 Nesse sentido, pode-se inferir que a repotenciação da UTE Camaçari foi objeto de assentimento expresso da União. Infere-se, ainda, que foi considerado (e se não foi, deveria tê-lo sido) o lapso restante para o término da vigência da Concessão, ou seja, ao autorizar, no ano de 2000, a repotenciação da térmica ora analisada, criou-se uma situação que legitima a prorrogação. Explica-se.

26 Os investimentos que decorreram da repotenciação, ainda que não integrem a totalidade do saldo a depreciar, representam uma parte significativa do mesmo, conforme assinalado pela área técnica. E não parece plausível que, tendo o Poder Público permitido tal ato (ampliação da potência) em data próxima ao término da Concessão, sejam onerados todos os consumidores com a elevação das tarifas, tampouco que o próprio Estado tenha que arcar com tal exação.

27 Por outro lado, não se pode deixar de considerar que o tempo necessário para depreciação, consoante informa a área técnica, é de aproximadamente 23,38 anos. Em outras palavras, ainda que seja deferido o tempo limite previsto para prorrogação que é de 20 anos, este será insuficiente para que o saldo a depreciar

seja amortizado. Nessa linha, surge mais um argumento que denota a viabilidade de optar-se pela prorrogação.

28 Nessa medida, as críticas às prorrogações devem ceder espaço à análise dos fatos e à ponderação de interesses à luz da Constituição da República. A prorrogação do prazo de vigência da concessão da UTE Camaçari parece ser a opção menos lesiva ao interesse público. Optar pela reversão, neste caso, seria desastroso, vez que os consumidores teriam que arcar direta ou indiretamente com os ônus ou, então, verbas públicas teriam que ser alocadas para adimplir o valor do saldo a depreciar.

29 No esteio das argumentações acima, crê esta Procuradoria Federal que estará sendo garantida a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, consoante determina a norma contida no artigo 19 da Lei nº 9.074/95.

30 Diante dos argumentos acima expendidos, opina este Órgão pela possibilidade de envio dos autos ao Ministério de Minas e Energia, posto que a instrução encontra-se regular. Quando do encaminhamento, estima deva ser sugerida a prorrogação do prazo de vigência da Concessão da UTE Camaçari por 20 anos, com esteio no artigo 19 da Lei nº 9.074/95.

III Conclusão

31 Do exposto, manifesta-se esta Procuradoria Federal no sentido de determinar o encaminhamento dos presentes autos ao Ministério de Minas e Energia/MME, vez que constatada a regular instrução processual. Por outro lado, entende ser possível sugerir a prorrogação do prazo de vigência da Concessão da UTE Camaçari por 20 anos, com esteio no artigo 19 da Lei nº 9.074/95.

32 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 Geração.

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

ALENCAR, Dilermando Gomes de. Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público. *A&C-Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 229-241, out./dez. 2008. Parecer.