

# **A QUESTÃO DO VENCIMENTO DO PRAZO DAS CONCESSÕES**

**Marcos Juruena Villela Souto**

# INTRODUÇÃO: AS PREMISAS

- Premissa econômica – escassez de recursos e necessidade de direcionamento dos recursos disponíveis para novos ativos e não para adquirir os existentes
- Premissa jurídica – insegurança jurídica acerca da interpretação sobre a cláusula permissiva de prorrogação de contratos ser cláusula regulamentar ou cláusula econômica – isso porque o art. 27 da Lei da ANEEL, que previa tal faculdade, foi revogada e há entendimentos de que as cláusulas com tal permissivo deveriam ser tidas como não escritas.
- O exame – projeto de lei que prorroga as concessões com vencimento em 2015.

# PRORROGAÇÃO É INCONSTITUCIONAL?

- A prorrogação do prazo de contratos firmados por entidades da Administração Pública costuma ser associada a uma exceção à regra geral da licitação.
- Inconstitucional por violação aos arts. 37, XXI ou 175, CF ?

# O ARGUMENTO CENTRAL

- Após o advento do prazo contratual, chega o momento de se abrir oportunidade de consulta ao mercado, para permitir a entrada de novos agentes e se pesquisar sobre as melhores propostas.
- Logo, prorrogar contratos significa, em princípio, afastar tal procedimento.

# ADIN N° 4.058 / DF

- Alteração introduzida no artigo 42 da Lei 8.987/95 pelo artigo 58 da Lei 11.445/07, que estabelece diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento.
- A norma constitucional determina que as concessões de serviço público devem ser precedidas de licitação.
- O dispositivo questionado admite a prorrogação das concessões com prazo vencido até 2010, sem a necessidade de realização de tal procedimento.

# ADIN Nº 3521 / PR

- “Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.”

# E AÍ?

## ACABOU A EXPOSIÇÃO?

- Há distintas situações, em cada segmento de mercado, que merecem um exame mais aprofundado.
- Necessidade de breve abordagem sobre a adequação da licitação como uma alternativa à prorrogação de concessões no setor elétrico.

# CONCEITOS BÁSICOS

- Para que serve uma licitação?
  - Princípio da Eficiência
  - Princípio da Economicidade
  - Princípio da Moralidade
- Como se desenvolve uma licitação?
  - Princípio da Ampla Competição
  - Princípio da Publicidade
  - Princípio da isonomia
    - Igualdade de oportunidades
    - Igualdade de tratamento

# RESPALDO CONSTITUCIONAL DA CONTRATAÇÃO DIRETA

- Contratar sem licitação não significa contrato ineficiente, antieconômico ou imoral.
- A própria Constituição, na parte inicial do art. 37, XXI, admite as exceções, contempladas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.
- Mesmo no art. 175, CF, que exige que as concessões e permissões sejam “sempre” precedidas de Licitação, se comporta temperamentos

# FINALIDADE DA LICITAÇÃO

- A licitação é processo administrativo que busca a seleção de proposta mais vantajosa
- O processo se presta a essa finalidade
- O processo administrativo busca a *verdade real* – e não a *verdade formal* (“fora dos autos, fora do mundo”).

# A NOÇÃO DE MELHOR PROPOSTA

- Logo, o que se quer é a melhor proposta **no mercado** e não só **no processo**.
- Será que apenas pelo procedimento formal se seleciona a melhor proposta no mercado?

# O INTERESSE PÚBLICO NO MERCADO

- Mercado: conceito econômico disciplinado pelo direito
- Nos setores regulados não se entra livremente
- Exige-se um título jurídico conferido pelo Estado.
- No setor elétrico:
  - contratos de concessão
    - de serviço público
    - de uso do bem público “potencial de energia elétrica”.
- Atos de autorização
- Atividades comunicadas

# A REGRA DA COMPETIÇÃO FORMAL

- A regra, como dito, é que os contratos sejam precedidos de licitação, estabelecendo-se, pois, uma competição **formal** pelo ingresso nesse segmento de mercado.
- Contudo, essa não é a única forma de **competição**, com vistas à **eficiência** no mercado.

# LICITAÇÃO: REGULAÇÃO SUBSTITUTIVA DO MERCADO

- A rigor, trata-se de um modelo reputado como de “**regulação substitutiva do mercado**”.
- O Estado fixa, no edital de licitação, os padrões de eficiência e o licitante que melhor os atenda é considerado vencedor.

# REGULAÇÃO PROMOTORA DO MERCADO

- a Era da Regulação já prevê outras formas de competição.
- Trata-se da “regulação promotora da competição”
- Incentivo aos processos competitivos no mercado
  - entre os diversos prestadores do serviço
  - entre mercados (por ex., entre outros serviços públicos de energia, como é o caso do gás)
  - entre serviços públicos e atividades econômicas (tal como ocorre na geração).

# INSTRUMENTOS DA COMPETIÇÃO

- O livre acesso aos dutos e redes e a interconexão obrigatória, dando concreção aos princípios da função social da propriedade e da livre concorrência, são exemplos claros dessa formulação pró-mercado
- Formato bem mais eficiente que a regulação substitutiva do mercado (promovida pela licitação).

# A AVALIAÇÃO SOBRE O MELHOR FORMATO

- Para se saber se a competição **formal**, por meio da licitação, é o melhor formato para se obter um mercado eficiente (por meio da indução à competição), é preciso se conhecer como funciona a **realidade** de tal mercado.
- Pelo **princípio da realidade**, a Administração deve pautar suas decisões sem desconsiderar a conjuntura fática presente e evidente.

# A REALIDADE ECONÔMICA

- Avaliação de aspectos econômicos sobre os critérios de alocação de recursos no setor.
- O interesse público na ampliação da oferta de energia, para fazer face ao aumento da demanda, indispensável à promoção do desenvolvimento econômico
- Os recursos disponíveis em poder dos agentes interessados sejam destinados à criação de **novos** ativos.

# A FRUSTRAÇÃO DO OBJETIVO DA LICITAÇÃO

- Ora, se ao invés de realizarem **novos** ativos, os recursos disponíveis forem alocados para a aquisição dos **mesmos** ativos, já existentes (por meio de licitação), não será atingido o **real interesse público**, consumindo-se recursos finitos em algo que já existe
- A simples mudança de titularidade não gera proveito geral.

# O ENFRAQUECIMENTO DA COMPETIÇÃO

- Como algumas concessões vencem a médio prazo – em 2015 – ficariam as atuais concessionárias impedidas de fazer ofertas de energia para períodos posteriores.

# LICITAÇÃO É MEIO E NÃO FIM

- Daí porque a **formalidade** não deve prevalecer sobre a **finalidade**
- Já existem outros mecanismos para formatação de um mercado competitivo.

# PRAZO É CLÁUSULA ECONÔMICA

- O prazo contratual é parte de uma equação econômica.
- Em função do seu dimensionamento devem ser feitos os cálculos de retorno e de amortização dos investimentos.
- A oferta de tarifas leva em conta tais prazos.

# ISONOMIA ENTRE OS AGENTES

- Há questões de **isonomia**, entre os **prazos** das diferentes concessionárias, que precisam ser equacionadas, a fim de que todos possam apresentar propostas de venda de energia a ser acrescentada ao sistema.

# MAIS PRAZO PARA INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS

- Há situações em que os investimentos feitos ao longo das concessões não foram devidamente amortizados.
- A ampliação do prazo de concessão é legítima, como forma menos onerosa para o Erário ou para os usuários
- Evita-se o pagamento de indenizações ou aumento de tarifas.

# AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM NORMAS DE PRORROGAÇÃO

- A previsão de prorrogação de prazo dos contratos de concessões já figurou em diversas normas do setor elétrico.
- O STF afastou a incidência de tais normas por inconstitucionalidade.
- O art. 175, CF e a Lei nº 8.987/95 prevêm a prorrogação.

# DELEGAÇÃO X OUTORGA

- Estatais personificam a função pública – **Outorga**.
- A retirada das estatais do PND – intenção de manutenção da **personificação** da atividade nessas entidades.
- **Delegação**
  - não se atribui a **titularidade** da função a outra pessoa
  - Transferência da **execução** do serviço a terceiro
  - Relação contratual
  - Contexto de desestatização
- Não faz sentido o duplo vínculo (outorga com posterior delegação).
- A delegação é necessária e indispensável para criar um vínculo com o Estado
- Havendo vínculo legal o contrato não é indispensável, posto que não há delegação.

# CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

- Contrato entre dois organismos administrativos
- Ambos perseguem o mesmo fim
- Não há oposição de interesses nem vontades opostas
- Não há contrato; há um ato coletivo, um ato complexo, uma união
- Nova política: não manutenção da desestatização no setor elétrico – necessidade de revisão dos vínculos

# OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NAS LICITAÇÕES

- até mesmo nas contratações administrativas usuais já se começa a questionar a utilidade nos elevados custos administrativos das licitações
- sistema de registro de preços
- uso das bolsas de mercadorias no pregão eletrônico
- "efeito carona"
- afastamento da licitação para fins de regular o mercado

# A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

- Enfim, instaurar ou não uma licitação envolve uma justificativa, cujo conteúdo tem teor econômico e político.
- Não deve ser, *a priori*, reputada inconstitucional uma autorização legislativa para que a autoridade competente, diante das peculiaridades de cada concessão, possa promover a prorrogação do prazo contratual.

# PRORROGAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES

- Não cabe à lei prorrogar diretamente os prazos
- Necessidade de avaliação e motivação - técnica, econômica e política - casuísticas
- Função tipicamente executiva.
- Prorrogar por ato legislativo é retirar tal esfera de avaliação da formatação contratual pelo Executivo
- Violação ao Princípio da Tripartição das Funções do Estado – CF, art. 2º.
- Segurança na prorrogação tanto para o investidor e para a autoridade.

# LICITAÇÃO E INTERESSE DO ERÁRIO

- A realização da licitação poderia ser reputada vantajosa, sob o aspecto do interesse público secundário – do Erário – se adotado um critério de julgamento pelo maior pagamento pelo uso do bem público.
- A não realização da licitação poderia ser reputada lesiva aos cofres públicos?
- Preponderância do interesse secundário, dos cofres, em relação ao interesse primário, da sociedade?
- O interesse está no aumento dos investimentos em novos ativos e no incremento da competição
- A competição pode ocorrer por outros formatos - as licitações continuarão a ocorrer pela oferta de energia, em busca das menores tarifas para os usuários, e não pela simples troca de titulares dos ativos.

# A PRORROGAÇÃO ONEROSA

- A questão pode ser facilmente solucionada pela fixação de um condicionamento para a prorrogação dos contratos que envolvem o uso dos bens públicos.
- Basta que seja estabelecido um pagamento por essa prorrogação.
- Tal pagamento integraria um fundo destinado a garantir a modicidade das tarifas e à universalização do serviço.

# CONCLUSÃO: A PRORROGAÇÃO PODE SER LEGÍTIMA QUANDO

- autorizada em lei, que determine a indispensável motivação casuística, à luz de critérios políticos e econômicos, tais como o aporte de recursos para ampliação dos ativos geradores de energia (e não para simples manutenção daqueles existentes, mediante mera troca de titularidades);
- Houver decisão da União Federal em personificar a função de produzir, transmitir ou distribuir energia elétrica por meio de entidades integrantes de sua Administração;
- For indispensável como alternativa menos onerosa para permitir a amortização de investimentos que não foram recuperados durante o prazo contratual;
- For necessária para igualar os prazos de todos os competidores de um segmento, se tal medida for necessária para viabilizar a competição.
- Ensejar um pagamento aos cofres públicos, destinado a um fundo vocacionado a proporcionar modicidade tarifária.

# OBRI GADO!

[mjuruena@terra.com.br](mailto:mjuruena@terra.com.br)

[marcosjuruena@juruena.adv.br](mailto:marcosjuruena@juruena.adv.br)