

# Prorrogação de Concessões no Setor Elétrico e Licitação\*\*

Marcos Juruena Villela Souto \*

## 1. Prorrogação x Licitação

A prorrogação do prazo de contratos firmados por entidades da Administração Pública costuma ser associada a uma exceção à regra geral da licitação, e, não raras vezes, é vista como inconstitucional por violação aos arts. 37, XXI ou 175, CF.

Como exemplo, vale citar que a Procuradoria Geral da República – PGR ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.058, em face da alteração introduzida no artigo 42 da Lei 8.987/95 pelo artigo 58 da Lei 11.455/07, que estabelece diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento.

Na inicial argui-se, em síntese, que a nova redação do artigo 42, que estabelece normas de transição para as concessões firmadas antes da Lei 8.987/95, viola o artigo 175 da Constituição República. A norma constitucional determina que as concessões de serviço público devem ser precedidas de licitação, enquanto o dispositivo questionado admite a prorrogação das concessões com prazo vencido até 2010, sem a necessidade de realização de tal procedimento.

Registre-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade, se manifestou no sentido da inconstitucionalidade de

---

\*\* Nota técnica elaborada por solicitação da ABCE para subsidiar o Congresso Nacional no exame de projetos de lei e de medidas provisórias que cuidam do tema do prazo dos contratos de concessão de energia elétrica

\*Professor de Direito Administrativo Regulatório do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes; Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor Visitante da Universidade de Poitiers (França).

prorrogações de concessões estaduais, por violação ao artigo 175 da Constituição da República<sup>1</sup>:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE "SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA". MANUTENÇÃO DE "OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO" OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISÓ XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de "outorgas vencidas, com caráter precário" ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- "[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a*

---

<sup>1</sup> ADI 3521 / PR – PARANÁ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 28/09/2006

*realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná.*

Isto porque 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.

Esta linha de raciocínio comporta temperamentos, tendo em vista que há distintas situações, em cada segmento de mercado, que merecem um exame mais aprofundado.

Cabe, aqui, uma breve abordagem sobre a adequação da licitação como uma alternativa à prorrogação de concessões no setor elétrico.

## **2. Princípios inspiradores do procedimento licitatório**

A licitação tem por objetivo dar atendimento aos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da moralidade, buscando a seleção da proposta mais vantajosa, com a melhor relação de custo-benefício, por meio de um critério imparcial, sem preferências ou favorecimentos escusos.

Isso não significa dizer que contratar sem licitação seja ineficiente, antieconômico ou imoral.

Tanto que 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<sup>2</sup>.

### 3. O objetivo da licitação

Pois bem. O fato é que a licitação é a regra e se desenvolve por meio de um processo administrativo.

A grande diferença entre o processo administrativo e o processo judicial é que enquanto este se contenta com a verdade **formal** (“fora dos autos, fora do mundo”), o processo administrativo busca a verdade **real**.

---

<sup>2</sup> Sobre dispensa e inexigibilidade de licitação nas concessões e permissões de serviços públicos já se teve a oportunidade de afirmar que: “*O emprego do advérbio “sempre”, no artigo 175 da CF, antes da menção à licitação para a concessão ou permissão de serviço público, levou à conclusão precipitada de que não caberia, jamais, a dispensa de licitação. No que se refere à inexigibilidade, não há, todavia, o que se questionar. Sendo impossível a competição, aplica-se o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, é adotada subsidiariamente aos institutos da concessão e permissão. A hipótese é fática e a lei simplesmente reconhece a realidade.(...). Podem ser aplicadas, no entanto, as hipóteses gerais concernentes a todos os contratos, tais como os incisos III, IV, V, e IX. Ponto que merece esclarecimento refere-se à utilização do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para fundamentar dispensa de licitação para contratação de serviços públicos com empresas estatais. A rigor, a vocação do artigo é para abrigar atividades-meio da Administração (obras, compras e serviços - CF, art. 37, XXI) e não atividades-fim (como são os serviços públicos - CF, art. 175); (...).Existem, ainda, outros casos específicos de dispensa arrolados na própria Lei nº 8.987/95, artigo 27, e na Lei nº 9.074/95, razão pela qual não se pode interpretar que este instituto seja incompatível com os contratos de concessão de serviço público; em tais casos, também deve ser obedecido o artigo 26 da Lei nº 8.666/93, que prevê a justificativa da dispensa ou inexigibilidade.*” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 46-47.) Até mesmo porque as hipóteses previstas no artigo 25, da Lei nº 8.666/93, são hipóteses fáticas e não jurídicas, vale dizer, o Administrador Público para realizar a contratação direta deve avaliar, no caso concreto, a impossibilidade de concorrência, visando, assim, a prossecução do interesse público. Nesse sentido, são as precisas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 272): *A idéia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse sob tutela estatal. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir a escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando for possível satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas.* (os grifos não são do original). E, ainda, JOEL DE MENEZES NIEBUHR (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 157.) <sup>2</sup>: *Então, sempre que inviável a competição, sucede inexigibilidade de licitação pública, cabendo à comunidade jurídica sistematizar os casos mais freqüentes, sem pretender exauri-los, pois o enunciado está em aberto, Isto é, por mais que seja conveniente inventariar os casos de inexigibilidade, tal empreendimento provavelmente jamais se completará, porque o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 se refere amplamente à inviabilidade de competição, abraçando hipóteses que o comércio jurídico pode vir a configurar no futuro em vista de situações sequer hoje supostas, bem à frente das que se delineiam na atualidade. Por maiores que sejam os esforços para inventariar todos os casos de inexigibilidade, podem surgir outros, que talvez até se tornem bastante freqüentes.*” (os grifos não são do original)

Isso quer dizer que a licitação deve buscar a proposta mais vantajosa **no mercado** e não apenas a melhor proposta nos **autos**.

#### 4. Isso exige entender o que é mais vantajoso no mercado.

#### 5. O mercado regulado

Como se sabe, há muito o mercado é um conceito econômico disciplinado pelo direito, especialmente nos setores regulados, nos quais não se entra livremente, exigindo-se que tal ingresso seja precedido de um título jurídico conferido pelo Estado.

Assim se dá no setor elétrico, no qual os agentes ingressam por meio de contratos de concessão e de permissão, e de atos de autorização, sendo certo que as concessões podem ser de serviço público ou de uso do bem público “potencial de energia elétrica”.

Cite-se, ainda, o aproveitamento de pequenos potenciais por meio de atividades comunicadas<sup>3</sup>.

#### 6. Competição processual x competição de mercado

A regra, como dito, é que os contratos sejam precedidos de licitação, estabelecendo-se, pois, uma competição **formal** pelo ingresso nesse segmento de mercado.

#### 7. A superação da regulação substitutiva do mercado

Contudo, essa não é a única forma de **competição**, com vistas à **eficiência** no mercado.

---

<sup>3</sup> Sobre atividades comunicadas ver CUNHA, Paulo César Melo. *As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades*. In OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.) *Direito administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 255-268

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

## **8. A regulação promotora do mercado como instrumento de competição**

Ora, a Era da Regulação já prevê outras formas de competição. Trata-se da “regulação promotora da competição”, incentivadora de 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) e entre serviços públicos e atividades econômicas (tal como ocorre na geração).

Instrumentos como 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, sendo bem mais eficiente que a regulação substitutiva do mercado (promovida pela licitação).

## **9. O princípio da realidade orientando a competição**

Assim é que, 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.

Em síntese, pelo **princípio da realidade**, a Administração deve pautar suas decisões sem desconsiderar a conjuntura fática presente e evidente.

## 10. A busca por novos ativos como objetivo de competição

É aí que entram aspectos econômicos sobre os critérios de alocação de recursos no setor.

Nesse passo, a necessidade da competição pela oferta de energia, para fazer face ao aumento da demanda, indispensável à promoção do desenvolvimento econômico, exige que os recursos disponíveis em poder dos agentes interessados sejam destinados à criação de **novos** ativos.

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 – há simples mudança de titularidade, sem proveito geral.

A Licitação não atingirá, pois, seu **objetivo**.

## 11. O impacto dos prazos das concessões sobre a competição pela oferta de energia

E mais, como algumas concessões vencem a médio prazo – em 2015 – ficariam as atuais concessionárias impedidas de fazer ofertas de energia para períodos posteriores.

## 12. Formalidade x finalidade do procedimento licitatório

Daí porque a **formalidade** não deve prevalecer sobre a **finalidade**, especialmente quando já existem outros mecanismos para formatação de um mercado competitivo.

### 13. As situações diferenciadas entre os agentes do setor elétrico

Além disso, há situações distintas, que merecem tratamento diferenciado.

**13.1.** 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 acrescida ao sistema.

**13.2.** Também há situações em que os investimentos feitos ao longo das concessões não foram devidamente amortizados. Nestes casos, a ampliação do prazo de concessão é legítima<sup>4</sup>.

**13.3.** A previsão de prorrogação de prazo dos contratos de concessões já figurou em diversas normas do setor elétrico e jamais o STF afastou a incidência de tais normas por inconstitucionalidade<sup>5</sup>.

Há, pois, precedentes, neste e em outros setores regulados<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> “Vários podem ser os mecanismos para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, como os da espécie. Porém, no caso em tela, a forma que se avizinha mais adequada é a prorrogação do prazo de vigência do contrato, ampliando-se o elemento temporal da exploração dos abrigos com publicidade, no exato montante que, demonstradamente, se fizer necessário para a preservação das diversas dimensões econômicas implícitas no ajuste, como ponderado acima.” (grifos não constam no original. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio da atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. Revista Trimestral de Direito Público, nº22, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 123.

<sup>5</sup> O art. 27 da Lei da ANEEL, revogado pela Lei nº. 10.848, de março de 2004, 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 requeira.*

<sup>6</sup> Ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, PP. 239 e ss. Pode-se vislumbrar na legislação de transição que adotou um período de prorrogação das concessões e permissões vigentes (Lei nº 8.666/93, art. 122 – linhas aéreas; Lei nº 9.074/95, art. 19 – energia elétrica, e Decreto nº 2.521, de 20/3/1998, art. 98 – transporte rodoviário interestadual e internacional – doc. 11.1). Embora o afastamento da licitação exigida pelo artigo 175, CF, seja reputado inconstitucional, mister se faz registrar que o posicionamento das Casas Legislativas – dotado de presunção de constitucionalidade até decisão judicial em contrário – vem calcado no princípio do interesse público, voltado para a estabilidade de um serviço do qual dependem diariamente milhares de administrados. Daí porque o princípio licitatório não pode resultar na inteligência de que toda norma que o afaste seja inconstitucional. Nesse sentido a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: Tem-se, pois, que, em regra, há mediatidade aplicativa e apenas eficácia dirimente dos princípios, como meio de se obter um ótimo de eficiência na realização concreta do valor nele contido, o que se obtém através de um

---

processo de ponderação. Assim, a ponderação consiste em um método jurídico de decidir, pelo qual, princípios em conflito, depois de identificados, recebem uma atribuição de pesos ou de graus de importância, para que se possibilite optar pela prevalência de um deles (12). Com este conteúdo, a ponderação se apresenta como um método jurídico decisório oposto ao da subsunção, que é o método tradicional da dogmática jurídica clássica, o que, na lição, sempre irretocável, de Karl Larenz, se funda em silogismo, em que a premissa maior é o preceito. Relata que esses dois princípios não apresentam idêntica natureza, uma vez que portam valores axiologicamente distintos, pois o do interesse público, enquadra-se entre os interesses substantivos, denominados, na classificação de Carl J. Friedrich, de interesses fundamentais (*principled interests*), isso porque se fundam na solidariedade social e apresentam forte carga emocional, ao passo que o da licitação situa-se entre os interesses formais, que seriam os interesses instrumentais (*expediency interests*), para aquele autor, derivados preponderantemente da razão – C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Politics*, Harper, 1937, pp. 292-295. Daí concluir que, na Ciência do Direito, o princípio do interesse público postula a primazia do que assim veio a ser positivado como público, sobre todo e qualquer outro interesse que não tenha sido, do mesmo modo, como tal formal e especificamente expresso no ordenamento jurídico, não importando que outra categoria possa merecer enquadrar-se nas classificações metajurídicas e mesmo nas jurídicas substantivas (que distinguem os interesses individuais, particulares, fundamentais, coletivos, sociais, difusos etc.). Em síntese, entre a licitação e o interesse público pela continuidade e estabilidade no serviço, este princípio, após um processo de ponderação, deve preponderar, por ser imediato. Do original, não publicado, gentilmente oferecido para este trabalho. Nota do Autor: *12 – Soluciona-se, portanto, o problema de aplicação de preceitos conflitantes, pelo método da subsunção, recorrendo-se a silogismos, em que se procurará a exata continência do fato regrado na norma regrante prevalecente, uma vez que, nestes casos, os preceitos são sempre formulados condicionadamente, para serem aplicados apenas quando tal compreensão substantiva ocorra e, por isso, dando-se, em conseqüência, a exclusão de todos os preceitos colidentes que não satisfaçam tais condições de continência, sob critérios de conteúdo e de tempo. Porém, quando o conflito se estabelece entre princípios, de nada serve o método silogístico, exatamente pela ausência da necessária densidade de conteúdo, para que possam funcionar como premissas maiores, já que a norma principiológica não vem formulada condicionalmente, ou seja, não contém a tipificação de um fato concreto ao qual, uma vez verificado, se poderia aplicar. É, pois, o método da ponderação, aquele de que se pode valer para dirimir colidências entre normas principiológicas, uma vez que, não sendo condicionadas na sua formulação, necessitarão de ser condicionadas na sua aplicação, diante das variadas circunstâncias apresentadas pela realidade*” (este conceito se formula a partir do desenvolvimento metodológico apresentado por José María Rodríguez de Santiago in *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madri: Marcial Pons, 2000, especialmente pp. 121-138. Karl Larenz, *Metodologia de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1994, p. 226 – a tradução espanhola da 4ª ed. alemã). Extrai-se do corpo do valioso estudo: “Assentado que, por interesse público, se entende apenas uma categoria formal positiva, e, assim, se o tem como aquele que haja sido, como tal, especificamente definido em lei, inexistente primazia de interesse público genérico sobre qualquer outro, ainda porque, a própria constituição faz a declaração dos superiores direitos fundamentais, que só podem ser excepcionados por lei (v. art. 5º, III). Não obstante, embora seja tarefa peculiar do legislador definir especificamente o que venha a ser o interesse público para o direito, o que sempre deverá fazer dentro dos largos espaços abertos pelas partilhas materiais de competência administrativa da Constituição, a própria Carta se adianta em certos dispositivos e, desde logo, erige alguns interesses específicos à categoria de públicos. Ora, uma vez demonstrada essa inafastável necessidade jurídica de se especificar o que venha a ser o interesse público, seja em sede constitucional, o que, como se expôs, é mais raro; seja em sede legislativa, o que vem a ser a via ordinária para fazê-lo; e seja, até mesmo, em sede administrativa, quando se deva integrar aquele resíduo de especificação, que a lei delega ao administrador público nos casos de discricionariedade, esse cuidado se insere entre as garantias de legalidade protetoras do cidadão, e tem, como corolário, que a expressão genérica e abstrata do “interesse público” é apenas uma categoria metajurídica, e, como tal, sem dúvida apropriada aos discursos políticos e sociológicos, mas imprestável para fundamentar a criação de direitos e obrigações. A conclusão se impõe: a invocação genérica do interesse público não pode suportar um contencioso concentrado de constitucionalidade. A continuidade do serviço é um princípio substantivo que se retira do art. 175, IV, CF, que, indiscrepantemente, é assim tido pela doutrina pátria. Ora, na hipótese deste parecer, a existência de serviços públicos coletivos de transporte urbano de passageiros, que vêm sendo prestados por delegação, por 48 diferentes empresas, distribuídos em inúmeras linhas, para atender aos milhões de habitantes da cidade do Rio de Janeiro, notadamente aos estamentos de menor poder aquisitivo da população, por si só recomenda prudência e ponderação na transição dos modelos institucionais, como se pretende, para não sacrificar sua continuidade ante a necessidade de satisfazer-se

---

uma formalidade que não existia quando foram delegados. Erros de avaliação, precipitação e soluções que não levem em conta tanto os aspectos públicos, como este, da continuidade, tanto quanto aspectos privados constitucionalmente também protegidos, como, por exemplo, o importantíssimo tema do “valor do investimento aplicado e o retorno do capital investido”, assim como ponderem toda uma vasta gama de aspectos administrativos da transição, que deverão ser estudados para lançar editais de novas concessões, neles incluída a capacidade da máquina administrativa e o tempo para fazer todos os levantamentos necessários, podem facilmente causar uma desagregação maciça e o tumulto dos serviços que estão sendo prestados, afrontando o que, no momento, é o mais importante dos princípios jurídicos pertinentes a serem preservados, por dizer respeito diretamente a seus usuários, que é o da continuidade do serviço público. Assim é que certos casos de necessidade pública, que repentinamente se agravam e podem facilmente se tornar de emergência pública, e até levar ao rompimento da ordem pública, como é quase sempre o caso de interrupção de transportes coletivos urbanos, nem por outro motivo considerados essenciais pela constituição, podem não se compatibilizar com o atendimento de procedimentos licitatórios, o que significa que, em certas hipóteses, não apenas existe, para o legislador ou para o administrador público, conforme o nível de decisão, a discricionariedade para afastá-los, como até o dever de fazê-los, seja pela contratação direta, seja pela prorrogação de delegações existentes, se for para evitar transtornos e paralisações irremediavelmente danosos ao interesse público. Resta claro que, tratando-se de casos singulares, a responsabilidade da decisão caberia ao administrador, não, porém, quando estão em jogo dezenas de delegações e a necessidade de conferir-se um tratamento isonômico primário, a partir do qual poderão ser feitas as distinções administrativas necessárias, e, sobretudo diante de tão relevante interesse público, impõe-se, como foi feito pioneira e exemplarmente pela própria esfera federal, dar um tratamento legislativo. E o foi, suficientemente abstrato e geral para, simultaneamente, afastar o risco da descontinuidade, que afetaria o interesse público, e o risco do desrespeito dos interesses das dezenas de delegatários que se encontram comprometidos com a continuidade do serviço, que afetaria grave e desnecessariamente os seus patrimônios. Do mesmo modo, e até como corolários, alinham-se outros importantes princípios atinentes aos serviços públicos que, em conjunto, podem e devem também ser ponderados para amplamente justificar decisões legislativas (ou mesmo administrativas, se este fosse o caso), para estabelecer prorrogações. É o caso dos princípios da regularidade, que significa que a execução não deverá apresentar degradação das características técnicas de sua prestação aos usuários, da modicidade, que recomenda que os preços dos serviços públicos devem ser administrados de modo a atender, concomitantemente, às exigências do mercado e à capacidade econômica de seus usuários (nota: novas licitações, promovidas sem as cautelas mencionadas, podem agravar o custo das tarifas, que já são elevadas, como se encontra na tabela anexada a fls. 91 dos autos da representação de inconstitucionalidade em comento, isso sem falar do risco de pesadas indenizações, a ameaçar o erário municipal), inclusive o da eficiência e o da segurança, todos eles demandando, a seu modo, uma devida avaliação das circunstâncias e da natureza do próprio serviço prestado. Outra diferente linha de princípios, que devem ser levados em conta pelo legislador para justificar prorrogações e revalidações de delegações, como ocorre com os artigos inquinados da lei complementar municipal, se tomados em juízo de ponderação, concernem à reverência, devida pelo poder público, a certos valores sobressalentes da ordem jurídica, como aqueles incorporados nos princípios da propriedade privada, da boa-fé do administrado e da segurança jurídica. Com efeito, o legislador complementar municipal não tinha diante de si apenas um vago e nebuloso interesse público geral, próprio a conotações metajurídicas ou a impetrações emulatórias, bem como, tampouco por certo não lhe movia a cômoda preocupação de aferrar-se à formalidade do princípio licitatório. Não quis, o legislador, ignorar olímpicamente e deixar sem regular toda a extensa trama de direitos subjetivos e, até, de justas expectativas de direito, criadas com as 48 delegações existentes, regularmente constituídas sob a vigência de outras regras e apresentando diferentes graus de comprometimento patrimonial dos delegatários, que totalizam, em conjunto, uma imensa frota de 7.725 veículos e o emprego garantido para nada menos que 45.272 trabalhadores, uma cifra que se multiplica, consideradas suas famílias e dependentes. Colhidos, tanto os serviços de transporte coletivos municipais quanto os seus inúmeros delegatários, no cipoal de meia centena de situações distintas, em suas relações com o poder público, o legislador municipal, ao regulá-las, não fez mais que ponderar a necessidade de se resguardar a segurança jurídica dessas relações estabelecidas e a boa-fé dos administrados, para, no exercício de sua competência legislativa própria para dispor sobre as especificidades do serviço público de transporte deste município do Rio de Janeiro, proporcionar uma solução geral, conciliando, da melhor forma que lhe pareceu, a extensa gama de valores em jogo. Ora, se o legislador não o fez do melhor modo possível, sem dúvida, tem-se uma questão em aberto, mas não será uma questão jurídica, mas de política local de transportes, e, muito menos, será uma questão de constitucionalidade, abstratamente apreciável, como inadequadamente se pretendeu, mas de mérito da ação política. Por certo, todas as decisões, sejam legislativas ou administrativas, que levem ao

**13.4.** Cite-se, ainda, a situação diferenciada envolvendo as empresas estatais sob controle da União. Tais empresas personificam a função pública. Trata-se da figura da **outorga**, por força da qual, por meio de autorização legal, é criada uma entidade na Administração Pública que titulariza uma função pública. A retirada de tais empresas do PND deixa evidente tal intenção de manutenção da **personificação** da atividade nessas entidades. Difere da **delegação**, pela qual não se atribui a **titularidade** da função a outra pessoa, mas, apenas, se transfere a **execução** do serviço a terceiro. A relação contratual só tem explicação lógica num contexto de desestatização; do contrário, não faz sentido o duplo vínculo (outorga com posterior delegação). A delegação seria necessária – e, até mesmo, indispensável – para criar um vínculo com o Estado, que estaria rompido pela Lei que autorizava a desestatização. Não ocorrendo, o vínculo legal permanece, sendo dispensável a delegação (contratual).

Se há contrato, cuida-se daquilo que MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ<sup>7</sup> denomina, com precisão, de contratos interadministrativos:

*Quando el contrato se celebra entre dos organismos administrativos, si ambos persiguen el mismo fin, no habrá oposición de intereses, no habrá dos voluntades opuestas, frente a frente, combinadas para producir un efecto jurídico, es decir, no habrá contrato; habrá un acto colectivo, un acto complejo, una unión.*

*Al contrario, si el organismo administrativo que colabora en la prestación del servicio público, o que ocupa el dominio público, persigue un fin económico, habrá un contrato administrativo y sus intereses económicos quedarán siempre en una situación de "subordinación" jurídica frente a los intereses*

---

afastamento da licitação, além de motivadas, devem ser demonstradamente razoáveis, no sentido de que se evidencie que a exceção ao princípio licitatório, estará proporcionalmente compensada com um superlativo atendimento dos usuários, em termos quantitativos, qualitativos ou em ambos, e, ainda, de segurança jurídica para as partes envolvidas". Tal argumento, no entanto, não tem sido chancelado pela jurisprudência (o Eg. TJ/RJ declarou a inconstitucionalidade da Lei ERJ nº 2.831/97, que previu a prorrogação das concessões de transporte rodoviário de passageiros).

<sup>7</sup> BERÇAITZ, Miguel Angel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edición. Buenos Aires, 1980, pp. 152-153.

*públicos perseguidos por la Administración en el contrato.*

*Para ello es indiferente que la Administración pública sea una Administración pública municipal o provincial, y que el organismo administrativo cocontratante sea la Nación misma o un organismo administrativo nacional descentralizado, o autárquico, o una empresa nacional.*

*Por eso decimos que las empresas nacionales concesionarias de servicios públicos otorgados por la Municipalidad, o que ocupan bienes del dominio público municipal, se hallan en una posición de subordinación jurídica – con relación al contrato o a la ocupación del dominio público, por supuesto – respecto de la Municipalidad, lo que siempre olvidan los funcionarios y los organismos o empresas nacionales, que creen gozar de un status jerárquico superior, frente a los organismos o funcionarios municipales.*

*No se opone a esto el hecho de que una contratación entre dos entes autárquicos puede llevarse a cabo sin necesidad de llamado alguno a licitación, o no se exija fianza o depósito de garantía. Nada de esto tiene que ver con la subordinación de que hablamos, que se refiere a la ejecución del contrato y a su régimen de extinción.*

Daí porque, ante todos os processos de Reforma do Estado e de fixação de novas políticas públicas, com sede constitucional, impõe-se a atualização dos pactos, valendo citar os ensinamentos de ALEJANDRO PÉREZ HUALDE<sup>8</sup> sobre o conteúdo material da renegociação:

*En este terreno podemos afirmar que las modificaciones contractuales podrán estar constituidas por respuestas concretas a las causas que provocaron la ruptura de los procedimientos:*

*1) medidas que apunten a solucionar o paliar el desabastecimiento de materiales, repuestos o insumos críticos, sea que fueren nacionales o importados;*

*2) respuestas a la alteración generalizada de las modalidades de comercialización; así suele ocurrir en momentos en que desaparece la financiación y las compras de insumos deben efectuarse al contado efectivo inmediato o – aun – anticipado;*

---

<sup>8</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 123-124.

3) sistemas tendientes a morigerar la modificación, el encarecimiento abrupto o – de hecho – la desaparición, de financiamiento de las operaciones comerciales en el mercado;

4) decisiones políticas que procuren neutralizar los cambios súbitos en las condiciones y normativas de importación; esto es ponderable en especial en los contratos con alto contenido de elementos importados o de commodities de precio internacional;

5) mecanismos que busquen neutralizar los efectos de la devaluación monetaria ya sea que la misma responda a decisiones de política monetaria en ese sentido o que ella se deba a una situación de hecho del mercado cambiario.

Nessa mesma linha, de orientação de processos de renegociação contratual, por superveniência de novas políticas públicas, leciona ROBERTO DROMI<sup>9</sup>:

*Causa normativa: modificación sobreviniente del ordenamiento jurídico positivo. Cuando se establecen variaciones en la normativa que regía el contrato, ya sea en forma directa, por cambiar el marco regulatorio de la actividad, o por modificar otras cuestiones que hacen al desenvolvimiento de la actividad a prestarse, por ejemplo, por fijar otros impuestos que inciden directamente en la gestión, también en el mismo orden se deben variar las cláusulas del contrato para restablecer la justicia contractual originaria.*

*Cobra actualidad la reforma, modificación o variación del derecho positivo ante el dato incontrastable de que el "derecho nuevo" e necesario ante un "Estado nuevo" y en un "mercado nuevo".*

Logo, há um novo cenário político-econômico (de retirada de estatais federais do PND), que justifica a renegociação do pacto envolvendo entidades estatais de uma mesma esfera para manutenção de uma mesma orientação política.

---

<sup>9</sup> DROMI, Roberto. *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 104

## 14. O futuro das licitações

Por derradeiro, cabe apontar que até mesmo nas contratações administrativas usuais já se começa a questionar a utilidade nos elevados custos administrativos das licitações<sup>10</sup>.

O advento do “efeito carona” no sistema de registro de preços – Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001, art. 8º – o uso das bolsas de mercadorias no pregão eletrônico – Lei nº 10.520/2002, art. 2º, § 2º – e até o afastamento da licitação para fins de regular o mercado<sup>11</sup> já sugerem que o próprio instituto merece ser revisto, de modo a ser empregado apenas em situações vocacionadas ao uso do poder de compra da Administração (leia-se “poder de contratação”), como instrumento de desenvolvimento econômico.

Em síntese, para as situações do cotidiano, mais razoável seria adotar um “placar eletrônico”.

## 15. A justificativa da utilidade da licitação

Enfim, instaurar ou não uma licitação envolve uma justificativa, cujo conteúdo tem teor econômico e político.

---

<sup>10</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”!*. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. PP.553-569

<sup>11</sup> FLAVIO AMARAL GARCIA, examinando a possibilidade de contratação direta de produtores de leite, para evitar o fechamento de uma fábrica que movimenta grande parte da economia do norte do Estado, assim se posicionou: *Ora, no caso em tela, o objetivo é a tutela do interesse público primário da sociedade, seja na defesa de interesses coletivos de produtores rurais, como também, e, principalmente, na defesa do interesse difuso de toda a população fluminense ver preservada a atividade econômica em âmbito estadual, conforme salientado pelo Estado do Rio de Janeiro na peça exordial da ação civil pública mencionada. O que está em jogo, portanto, não é apenas a compra de leite em pó – que poderia ser feita com a utilização da via da licitação – mas “valores que transcendem a própria licitação”, como a manutenção da atividade econômica de pecuária leiteira das regiões Norte e Noroeste do Estado e a repercussão social do não pagamento de débitos que atingiriam milhares de pessoas que dependem única e exclusivamente desta atividade para sua sobrevivência. Daí estar o administrador público autorizado a ponderar tais interesses e optar, no caso concreto, pela contratação direta, mormente se restar caracterizado que a licitação prestará um desserviço ao atendimento do interesse público.* Parecer nº 03/04 – FAG, exarado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em 17.03.2004, nos autos do Processo Administrativo nº E- 25/00.188/2004

Nesse passo, não deveria 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.

## **16. Prorrogação de prazos x Separação de Poderes**

De outro lado, não cabe à lei prorrogar diretamente os prazos, sem permitir tal avaliação e motivação, que são casuísticas, de identificação tipicamente executiva.

Em outras palavras, prorrogar por ato legislativo é retirar tal esfera de avaliação da formatação contratual pelo Executivo, representando violação ao Princípio da Tripartição das Funções do Estado – CF, art. 2º.

É fundamental a avaliação casuística com a motivação técnica, econômica e política do Executivo.

Tal medida daria segurança nessa prorrogação tanto para o investidor como para a autoridade.

## **17. Interesse público primário e interesse público secundário**

É claro que 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. Neste caso, a não realização da licitação poderia ser reputada como lesiva aos cofres públicos.

Claro que não se pode admitir uma preponderância do interesse secundário, dos cofres, em relação ao interesse primário, da sociedade, no aumento dos investimentos em novos ativos e no incremento da competição – que não é afastada pela eventual não realização do procedimento formal pelos ativos já existentes.

No entanto, 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.

### **Conclusões:**

A prorrogação pode ser uma medida legítima quando:

- For 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);
- Envolver uma 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.

Vale notar que as licitações continuarão a ocorrer, mas elas terão como objeto a oferta de energia, em busca das menores tarifas para os usuários, e não a simples troca de titulares dos ativos.