

LICITAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E LICENÇA AMBIENTAL

Marcos Juruena Villela Souto*

RESUMO: LICITAÇÃO PARA A CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO – EXPLORAÇÃO DE POTENCIAL DE ENERGIA HIDRÁULICA POR PRODUTOR INDEPENDENTE – ADEQUAÇÃO DO PROJETO ÀS DIRETRIZES DA ENTIDADE AMBIENTAL – VIABILIDADE JURÍDICA DAS MODIFICAÇÕES DOS CRITÉRIOS DE EXECUÇÃO DO CONTRATO – ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA COERÊNCIA ADMINISTRATIVA DA ORDEM ECONÔMICA

SUMÁRIO

1. A agência reguladora como instrumento de implementação de políticas públicas
2. A convivência possível entre o princípio da especialidade das entidades da Administração e o princípio da coerência administrativa
3. O edital e o princípio da confiança legítima
4. A licitação e o princípio do desenvolvimento sustentável
5. A atividade econômica de produção de energia e a livre iniciativa na formatação da execução do objeto contratual
6. A preservação do contrato por descabimento de sua extinção
7. As adequações contratuais como implementação da finalidade pública da licitação
8. A visão do Tribunal de Contas da União sobre as adequações contratuais como forma de atendimento ao desenvolvimento sustentável

Introdução

Licitando contratos de concessão e exploração de recursos com a prévia licença ambiental nem sempre foi uma realidade.

Esta é uma fórmula de adequada partilha de riscos.

Mas nem sempre tem sido assim.

Não raro, projetos e editais licitados atribuindo à concessionária o dever de promover a obtenção das licenças ambientais esbarra em problemas.

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

A possibilidade de serem estudadas alternativas de arranjo, para mitigar eventuais impactos sócio-ambientais esbarra em discussões se isso poderia representar descaracterização do objeto considerado no processo de licitação.

No setor elétrico, além das peculiaridades que envolvem as idas e vindas do poder concedente entre a União e a ANEEL, o processamento de uma nova licitação levaria um prazo que colocaria em risco a oferta de energia para o país. Este estudo se dedica a examinar essa questão.

1. A agência reguladora como instrumento de implementação de políticas públicas

Os processos e pleitos submetidos à disciplina e julgamento por uma agência reguladora devem se dar à luz da sua missão institucional de implementar políticas públicas.

Tais políticas públicas integram uma planificação, voltada para o desenvolvimento econômico, tal como previsto no art. 174, CRFB. Nesse passo, os planos setoriais e nacionais têm o condão de orientar tanto a atividade do Poder Público, como a dos particulares.

Cite-se, como exemplo, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que alterou a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, reforçando a idéia de vinculação ao planejamento setorial¹.

¹ Confira-se seu art. 2º: Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: (...) VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para **garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica**, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que

No que tange aos planos setoriais, registre-se que o Plano de Aceleração de Crescimento – PAC² traz, como um dos principais objetivos do setor energético, a estruturação do IBAMA e dos Órgãos Estaduais de Meio Ambiente, bem como a necessidade de que a exploração de potenciais hidrelétricos seja conciliada com o desenvolvimento sustentável, como forma de garantia do abastecimento³.

Como se pode observar, **o plano setorial determina que os agentes econômicos caminhem para o desenvolvimento energético ambientalmente sustentável**⁴, com garantia do atendimento à demanda nacional de energia elétrica⁵.

devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (Os grifos não são do original).

² Notícia obtida em apresentação do 4º Encontro de Agentes do Setor Elétrico, em exposição ministrada pelo Secretário de Energia Elétrica, Ronaldo Shuck. Disponível em: http://www.zonaeletrica.com.br/downloads/ctee/enase2007/MME_Ronaldo_Schuck.pdf. Acesso em: 22/05/2009.

³ O potencial em exame tem apenas esta pendência ambiental para voltar à pauta de prioridades do plano decenal. Outros há em que não há apenas breves impedimentos, mas problemas de natureza grave. Não é o caso em exame, como se pode constatar em <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=37&idPerfil=2>. Acesso em 25/05/2009.

⁴ Tal tendência encontra previsão expressa no artigo 1º da Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001:

*Art. 1º A Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia visa a alocação **eficiente de recursos energéticos e a preservação do meio ambiente**.* (Os grifos não são do original).

Tanto é verdade que o desenvolvimento energético sustentável serve de parâmetro de avaliação sobre a realização de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e em eficiência energética, por parte das empresas concessionárias. Confira-se o disposto no artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000. *Art. 4º Os recursos para pesquisa e desenvolvimento, previstos nos artigos anteriores, deverão ser distribuídos da seguinte forma*

*§ 2º Entre os programas e projetos de pesquisa científica e tecnológica do **setor de energia elétrica, devem estar incluídos os que tratem da preservação do meio ambiente, da capacitação dos recursos humanos e do desenvolvimento tecnológico.***

⁵ ENRIQUE DOMINGO LÓPEZ discorre sobre o tema na doutrina estrangeira: “*La vinculación de la Administración en su actuación respecto a la planificación eléctrica se manifestaba, de forma clara, al establecer la Ley en su artículo 39: “la Administración competente denegará la autorización de instalaciones de distribución cuando contradiga las previsiones de la planificación eléctrica general.”*

De otro lado, la planificación eléctrica vinculante desplegaba sus efectos en relación con los administrados: el otorgamiento de solicitudes de autorizaciones para instalaciones de geración, transporte y distribución, dependía de su sometimiento a la planificación eléctrica, siendo denegadas en

Note-se que, nesse viés, foi criada, pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial com **competência para implementar políticas públicas que propiciem o desenvolvimento do setor elétrico**, por meio da exploração da energia elétrica e do aproveitamento ótimo dos potenciais hidráulicos⁶.

Portanto, a licitação e o contrato são, apenas, instrumentos para o atendimento das necessidades do mercado. Sua execução deve ser voltada para essa finalidade – de **garantir o abastecimento de energia elétrica** –, sem, é claro, trazer lesões ao meio ambiente.

Em decorrência disso, a licitação e o contrato não podem representar óbices à geração da energia, especialmente quando a questão ambiental já foi solucionada pela proposta do IBAMA.

Logo, o exame do pleito de revisão das condições se dará acerca da melhor maneira de implementar a política pública para o atendimento das necessidades energéticas do mercado.

caso de no someterse a sus previsiones y objetivos.” In LÓPEZ, Enrique Domingo. Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica. Madri: INAP, 2000, p. 136.

Na doutrina nacional, confira-se o que dispõe MARIA NEUENSCHWANDER ECOSTEGUY CARNEIRO: “*Releva notar, ademais, que diante do novo contexto de atuação estatal como regulador da prestação do serviço público de energia elétrica, devem tanto o Estado quanto a iniciativa privada estar adstritos a limites que permitam o atingimento dos objetivos sociais e econômicos traçados para o setor.*” In CARNEIRO, Maria Neuenschwander Ecosteguy. A importância do planejamento do setor elétrico. In *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Organizadora: Elena Landau. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 226.

⁶ Vide dispositivos da citada lei: Art.3º - Além das atribuições previstas nos *incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29* e no *art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: *(Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009)*. I - **implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos**, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela *Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*; (...) XV - **promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado**; (Os grifos não são do original).

A eventual sobreposição de competências e de entendimentos entre as autoridades administrativas - no caso, entre a agência reguladora e a entidade de proteção ambiental - não pode inviabilizar os objetivos da licitação nem do contrato, que estão vinculados a uma política decorrente do planejamento econômico.

No exercício de tal função regulatória cabe, pois, a observância de um marco delineado, especialmente, por princípios que orientam o adequado funcionamento do mercado e da atuação da Administração Pública com vistas a incentivá-lo e a preservá-lo como **cenário de desenvolvimento das atividades econômicas**.

2. A convivência possível entre o princípio da especialidade das entidades da Administração e o princípio da coerência administrativa

A hipótese em exame exige a **conjugação de competências** entre duas entidades dotadas de personalidade jurídica própria e, portanto, com **autonomia** no desempenho de suas competências, que são distintas.

De um lado, a figura do poder concedente, então representado pela ANEEL, com competência para implementar políticas energéticas e instaurar licitações para a exploração de potenciais⁷.

Note-se que o verbo “explorar” sempre esteve ligado ao desempenho de atividades econômicas.

⁷ Vale notar que o art. 24 da Lei nº 9.427/98 é expresso ao falar que a licitação é para a **exploração do potencial**: Art. 24. As **licitações para exploração de potenciais hidráulicos** serão processadas nas modalidades de concorrência ou de leilão e as concessões serão outorgadas a título oneroso. Parágrafo único. No caso de leilão, somente poderão oferecer proposta os interessados pré-qualificados, conforme definido no procedimento correspondente. (Os grifos não são do original).

Como a produção de energia elétrica em um potencial pode ser causadora de impacto ambiental, a atuação da ANEEL deve conviver com a entidade da Administração Pública vocacionada para o tema – o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

O IBAMA é uma autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, que tem, entre suas atribuições, o controle e licenciamento de atividades e obras que apresentam significativo impacto ambiental, observadas as políticas traçadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Nos termos da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, as atividades passíveis de causar impacto ao meio ambiente ficam sujeitas ao prévio licenciamento ambiental.

Tal processo tem início por iniciativa do interessado, cabendo ao IBAMA aprovar um Termo de Referência para balizar os projetos e estudos necessários ao exame do impacto ambiental da atividade ou obra a ser licenciada. No âmbito dos potenciais de energia elétrica, o processo tem como ponto de partida o “inventário do rio”.

A partir de então deve ser elaborado um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para identificar a situação ambiental da área, previamente à execução do projeto, apontando os impactos do projeto. No referido estudo devem constar as **alternativas, bem como as medidas mitigadoras dos impactos negativos.**

Define-se, pois, um programa de acompanhamento dos impactos⁸.

O Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) expõe as conclusões do EIA, de modo a ser conhecido e acompanhado pela sociedade civil, a fim de que seja discutido em audiências públicas⁹.

Só então, ouvidos os interessados e os argumentos técnicos, dá-se a decisão, pelo IBAMA, sobre a expedição da licença ambiental¹⁰.

Claro que todo esse processo de interação entre o interessado, a entidade ambiental e a sociedade, mormente em decorrência da participação democrática e das análises técnicas que estão abrangidas no procedimento, pode resultar na necessidade de alteração do projeto.

A sensibilidade ambiental deve conviver com a importância dos potenciais de energia elétrica para a política energética e para a economia

⁸ Tendo em vista as especificidades dos empreendimentos hidrelétricos, a Resolução nº 006/1987 do CONAMA estabelece o seguinte:

Art. 4º - Na hipótese dos empreendimentos de aproveitamento hidroelétrico, respeitadas as peculiaridades de cada caso, a Licença Prévia (LP) deverá ser requerida no início do estudo de viabilidade da Usina; a Licença de Instalação (LI) deverá ser obtida antes da realização da Licitação para construção do empreendimento e a Licença de Operação (LO) deverá ser obtida antes do fechamento da barragem.

⁹ Veja-se, por relevante, o artigo 3º da Resolução nº 237, de dezembro de 1997, do CONAMA.

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

¹⁰ Teoricamente, uma área ambientalmente sensível só deveria ser objeto de licitação se submetida a uma licença prévia do IBAMA. Nesse passo, vale registrar que a Lei de Parcerias público-privadas – Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 – em seu art. 10, inciso VII, e a Lei de Gestão de Florestas – Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, art. 18 – já atribuem ao poder concedente a responsabilidade pela obtenção da licença prévia para a exploração das áreas a serem licitadas. No âmbito da exploração do petróleo e gás natural, é sabido que a ANP e o IBAMA celebram termos de cooperação para a identificação de áreas ambientalmente sensíveis, com vistas a identificar e sinalizar aos licitantes os possíveis riscos. Para viabilizar o atendimento do princípio da coerência da Administração, o ideal seria a assinatura de um protocolo de cooperação entre a agência reguladora e a agência de proteção ambiental, tal como já ocorre em outros setores.

Este instrumento pode permitir que sejam excluídas de procedimentos licitatórios áreas ambientalmente sensíveis e conhecidas, assim como projetos inexecutáveis.

nacional, vez que se trata de insumo indispensável à promoção do desenvolvimento nacional, por meio do qual se gera empregos, inclusão social, erradicação da pobreza e, portanto, atende-se aos objetivos da República – CRFB, art. 3º.

Essa **ponderação** representa a essência da atividade regulatória¹¹.

Nítido, pois, que se trata de competências distintas (mas conciliáveis), o que representa a aplicação do **princípio da especialidade**¹².

Os fatos de cada entidade ter uma competência distinta, bem como do edital ter sinalizado aos licitantes quanto à necessidade de se submeterem à legislação ambiental não impedem – mas, ao contrário, mesmo recomendam – que tais competências administrativas não possam ser objeto de uma **coordenação** e de uma **conciliação**, com vistas a que ambas atinjam as **finalidades** previstas em lei para as suas respectivas existências.

¹¹ Daí porque a própria ANEEL editou a Resolução nº 395, de 04 de dezembro de 1998, no sentido de que a obtenção do potencial ótimo no aproveitamento hidráulico está diretamente relacionado à **articulação** com os órgãos ambientais: **Art. 12.** *Os estudos de viabilidade e projetos básicos serão objeto de avaliação quanto aos seguintes aspectos: (...) III - **articulação** com os órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos, nos níveis Federal e Estadual, bem como junto a outras instituições com interesse direto no empreendimento, quando for o caso, visando a definição do aproveitamento ótimo e preservando o uso múltiplo das águas;* (Os grifos não são do original).

¹² O princípio da especialidade é assim explicado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “A multiplicação das atividades que devem ser desenvolvidas pela Administração Pública demanda cada vez maior eficiência operativa, um desafio lançado no campo da Ciência da Administração, mas que apresenta direta repercussão no do Direito Administrativo, inspirando este princípio da especialidade, para adequar meios a fins. **É a lei que institui uma especialização** e, uma vez que o faça, cada ente, órgão ou agente passa a ter um **campo ou um setor de ação administrativa** que lhe é próprio, visando aos fins nela **especificados**, vedando-se, em consequência, atuarem na prossecução de qualquer outra finalidade que não a adscrita em sua respectiva regra de competência. Ante essa vedação, nulas seriam quaisquer atividades estranhas à lei instituidora, mesmo se desenvolvidas com manifesto interesse de servir à sociedade ou de apoiar a ação administrativa pública.

(...)

O princípio da especialidade, de caráter substantivo, informa particularmente a distribuição de competências administrativas entre entidades, órgãos e agentes estatais e, hoje, conotado aos resultados visados pela atividade administrativa, é critério atributivo de poder. (Os grifos não são do original). In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 103.

Assim, embora as entidades sejam autônomas, suas competências sejam distintas, e não tenha havido licença prévia para a licitação ou assinatura de termo de cooperação, não se impede que tais entidades e o concessionário interessado conjuguem esforços para viabilizar o atendimento do interesse público que justificou a abertura da licitação – a produção da eletricidade.

Isso exige o fortalecimento da idéia de parceria entre os setores público e privado¹³.

É aí que entram em cena as modernas noções de **consensualidade** e de **parceria** com o setor privado para a promoção do **atendimento do interesse público** – aqui representado pela concretização do **princípio do desenvolvimento sustentável**¹⁴.

¹³ Sobre a importância das parcerias na proteção do meio ambiente, veja-se EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN: “Desde una perspectiva sistemática, se han desarrollado especialmente, al respecto, modelos de cooperación, que combinan los instrumentos regulatorios de Derecho público y el autocontrol privado, y modelos de dirección o control recursivo (de autocontrol o autorregulación), que pretenden trasladar la responsabilidad ambiental a la esfera de decisión de los agentes privados. La conclusión, más bien de orden práctico, que cabe extraer de este debate es que la dirección y control de las conductas y la ejecución de las normas ya no se pueden entender como actuaciones unilaterales de los poderes públicos, sino que se han de contemplar como un entramado de acuerdos y entendimientos. El fundamento de la dirección y control públicos reside en las interacciones y la información. Sus verdaderas claves suelen encontrarse, por regla general, a un nivel más profundo de lo que da a entender un tratamiento jurídico formal de los mismos. Pero incluso por lo que se refiere a la cuestión de la traducción jurídico-formal de dicha actividad directiva, han ganado notablemente en importancia las técnicas jurídicas de carácter cooperativo, como los convenios, acuerdos o la simple colaboración informal. Con tales sistemas de estímulo cabe confiar muchas cosas, en definitiva, al cumplimiento voluntaria de los agentes privados. No obstante, y sin perjuicio de ello, los instrumentos regulatorios (imperativos) siguen siendo irrenunciables. Pese a todos sus problemas de efectividad, se testimonia a través de ellos la responsabilidad de los poderes públicos sobre el conjunto del sector. Las garantías propias del Estado de Derecho que ofrecen estos instrumentos resultan necesarias, sobre todo, en aquellos casos en que las formas de actuación concertadas no alcanzan a cubrir adecuadamente el abanico de intereses afectados o corren el peligro de traducirse en soluciones minimalistas.” In SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 139-140.

¹⁴ Tal importância de parcerias com a iniciativa privada vem consagrada, da mesma forma, no PAC: Um programa dessa magnitude só é possível por meio de parcerias entre o setor público e o investidor privado, somadas a uma articulação constante entre os entes federativos. O esforço concentrado pelo desenvolvimento será feito em três eixos decisivos: Infra-Estrutura Logística, envolvendo a construção e ampliação de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias; Infra-estrutura Energética,

Para **atender à legislação ambiental** devem ser considerados os impactos e a necessidade do EIA/RIMA apontar **alternativas** com vistas à exeqüibilidade do objeto licitado. Isso pode envolver recomendações do IBAMA para a **revisão** de aspectos relacionados à **execução** do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica, de modo a minimizar seus impactos sócio-ambientais, **sem alterar-lhe o objeto**.

Portanto, diante de tais recomendações, é legítimo à concessionária apresentar propostas alternativas para alterações na **exploração** do bem público.

Tal **revisão** representa a **conjugação** de todas essas competências, com a **adequada ponderação** entre os valores e princípios em jogo, sem representar modificação do objeto licitado.

Enfim, a esta **conjugação coordenada** de forças se dá o nome de **princípio da coerência administrativa**, que deve orientar a relação do Poder Público com os administrados, por meio de um entrosamento, técnico e político, de modo a **harmonizar o exercício de cada competência** administrativa e privada. Não há como se falar em Administração Pública moderna e eficiente sem considerar tais aspectos.

Deve-se buscar, portanto, a **unidade da atuação administrativa**, de sorte que os atos administrativos de uma entidade, dotados de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, não sejam negados por outras, por simples mudanças de critérios imperativos do ordenamento jurídico.

correspondendo à geração e transmissão de energia elétrica; produção, exploração e transporte de petróleo; gás natural e combustíveis renováveis; e Infra-estrutura Social Urbana, englobando saneamento, a universalização do programa Luz Para Todos, habitação, metrô, trens urbanos e infra-estrutura hídrica. Disponível em: www.pac.gov.br. Acesso em: 19/05/2009.

Trata-se, em última análise, da consagração **do princípio da segurança jurídica**.

É certo que, como dito, cada entidade tem uma **competência**, que decorre do **princípio da especialidade**. No entanto, o art. 84, II, CRFB, ao conferir ao Chefe do Poder Executivo a direção superior da Administração, pressupõe uma **ação uniforme e coordenada de toda a Administração Pública**, já que o **“poder” é uno e indivisível**, fracionando-se, apenas, o seu exercício, conforme especialização de funções.

Logo, não se pode conceber que haja divergências de interpretação no âmbito da estrutura da mesma Administração, inviabilizando o exercício de competências, que impedem a execução de um contrato regularmente licitado e assinado, com um objetivo relevante para o desenvolvimento nacional. Isso só traria insegurança jurídica aos contratos e aos investidores. É a lógica da prevenção dos comportamentos contraditórios.

Daí porque a **revisão dos critérios de execução** do contrato de concessão de exploração de energia elétrica representa, frise-se, uma saudável **aplicação do princípio da coerência administrativa, com vistas à concretização dos princípios da especialidade, do desenvolvimento sustentável e da segurança jurídica**.

3. O edital e o princípio da confiança legítima

Na linha da demonstração dos princípios que amparam o deferimento do pleito de revisão dos critérios de execução do contrato, não se pode desconsiderar o fato de que a licitação gera um legítimo direito de tomar como

sério e bem amparado o estudo de viabilidade do aproveitamento do potencial que ampara a abertura dos procedimentos licitatórios.

Em outras palavras: cria-se, para o licitante, a **legítima expectativa** de que, ao contratar com a agência reguladora do setor, por força da qual estaria o licitante habilitado a explorar o referido bem público para a geração de energia elétrica, ainda que submetido a controles e condicionantes ambientais. Resumindo: não se cogita de impossibilidade de exploração, mas, tão-somente, de imposição de condicionantes, **sem modificação do seu objeto!**

¹⁵.

Frise-se: uma coisa é não se ter a exata dimensão das medidas de proteção ambiental que devem ser adotadas – isso é risco do negócio –; outra, bem diversa, é, simplesmente, não poder executar o projeto, tal como aprovado e definido pelo poder concedente.

A importância do princípio da **confiança legítima** é consagrada no Direito Comunitário, que é fortemente afirmado na jurisprudência da Corte Européia¹⁶. No Direito Econômico contemporâneo se relaciona diretamente

¹⁵ Nesse sentido, confira-se o ensinamento de ANDERSON SCHREIBER acerca da conjugação do princípio da coerência administrativa com o princípio da confiança legítima, repudiando comportamentos contraditórios dentro da mesma Administração: “*Por fim, atente-se para a freqüente e relevante hipótese de condutas incoerentes praticadas por diferentes órgãos da Administração. Em tais casos, também não haverá perfeita identidade entre os sujeitos ativos da conduta inicial e do comportamento contraditório. Ainda assim, parece inegável que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de certo ente administrativo, mas é legitimamente estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública.*” In SHCREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.153.

¹⁶ C.J.C.E. 4 jul. 1973, *Westzicher*, aff. 1-73, Rec. p. 723; 25 jan. 1979, *Racke*, aff. 98-78, Rec. p. 69; 11 mar. 1982, *Luigi de Pascale*, aff. 164-80, Rec. p. 909. Para os limites dessa jurisprudência, v. C.J.C.E. 15 jul. 1932, *Edeka*, aff. 245181, Rec. 2745, concl.. Slynn - Cf. F. HUSEAU “*Le principe de la protection de la confiance legitime dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*”, C.D.E. 1983.143; M. H. PLANCHON, “*Le principe de la confiance legitime devant la Cour de Justice des Communautés*”, Rev. Dr. Prosp. 1994, n.º 2, p. 459; J. P. PUISSOCCHET “*Vous avez dit confiance legitime ? (Le principe de confiance legitime en droit communautaire)*” *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, P. 581; I. FOURNOL, “*La confiance légitime: un principe communautaire intégré aux ordres juridiques nationaux ?*” *Tribune du Droit Public*, 1997, n.º 1, p. 17.

com a segurança dos investimentos que levam ao desenvolvimento econômico¹⁷.

É, pois, em homenagem aos **princípios da confiança legítima e da boa-fé contratual** que se deve admitir a adequação dos critérios de execução do contrato.

4. A licitação e o princípio do desenvolvimento sustentável

A geração de energia elétrica não mais é tratada como serviço público e, sim, como atividade econômica – daí se tratar de um contrato de **exploração**¹⁸. Como tal, deve obediência aos princípios constitucionais que regem as atividades econômicas e, em especial, à proteção do meio ambiente – CRFB, art. 170, VI.

¹⁷ Sobre o tema leciona CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito.” In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

¹⁸ Mesmo nos típicos contratos administrativos já há decisão do TCU, embasada em Parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, admitindo alterações qualitativas, como se vê do seguinte aresto: “As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas quantidades de obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.

(...)

Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele.” In Decisão nº 215/1999, Processo nº 930.039/1998-0, decidido em 11.05.1999, sob a relatoria do Min. José Antônio B. Macedo.

De outro lado, a proteção do meio ambiente não deve ser um óbice ao desenvolvimento econômico, objetivo da República – CRFB, art. 3º, II.

Daí se falar em **desenvolvimento sustentável**, exigindo-se, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (CRFB, art. 225, IV).

A obrigação de promover tal estudo cabe à concessionária vencedora da licitação, que, de sua parte, com base no “inventário do rio” e em estudos técnicos, pode chegar a um formato viabilizador da exploração energética diverso daquele constante do edital.

O fato de tal formatação ser diferenciada daquela constante do estudo de viabilidade previsto no edital não desautoriza a sua adoção, sob o argumento de se alterar o objeto licitado.

Primeiramente, convém lembrar que uma coisa é o **objeto** licitado, enquanto outra, bem diversa, é a **técnica de execução** para a exploração do objeto; esta (a técnica), por força do próprio contrato, comporta a necessidade de **adequação** à legislação ambiental – tal como agora proposto – e admite **alternativas e modificações**.

Remarque-se que é da essência dos contratos da administração a sua **mutabilidade**, para constante adequação ao interesse público, aqui caracterizado pela produção da energia elétrica. Daí porque a licitação não é um fim em si mesma, mas, apenas, um critério de julgamento da melhor proposta para celebrar um contrato, que, no caso, envolve exploração de atividade econômica (submetida ao regime de livre iniciativa, diversamente do que ocorre na prestação de um serviço público).

A licitação é para a produção de energia, e não para executar um projeto específico¹⁹.

Tanto que nas etapas previstas para a execução de um contrato, somente após a licença é que se dá início ao projeto básico e, depois, ao projeto executivo.

De fato, a produção de energia não pode desconsiderar os riscos que podem ser causados ao seu entorno²⁰.

¹⁹ Isso resta evidente no art. 159, parágrafo único, do Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934: (...) Parágrafo único. Os projetos apresentados deverão obedecer às prescrições técnicas regulamentares, **podendo ser alterados no todo ou em parte, ampliados ou restringidos, em vista da segurança, do aproveitamento racional do curso d'água ou do interesse público.** (Os grifos não são do original). O Código de Águas prevê, ainda, que os aproveitamentos hidrelétricos devem evitar inundações, como forma de preservação dos interesses gerais: Art. 143. *Em todos os aproveitamentos de energia hidráulica serão satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais: (...) e da proteção contra as inundações; (...)*

²⁰ Acerca do tema, JORGE FABRA UTRAY: *“Son impactos negativos todos los que se refieren a la implantación industrial de las líneas. Son impactos sobre el paisaje, sobre la flora y sobre la fauna (sobre la avifauna principalmente). Las obras de las tendidos exigen la apertura de caminos y explanaciones de los terrenos en los que se asientan las torres. En ocasiones exigen también talas de árboles que no siempre pueden ser repuestos por las distancias que es técnicamente necesario mantener entre sus copas y los conductores. Determinadas especies animales conviven mal con las líneas, aunque sólo son significativos en España los impactos negativos sobre las aves, cuyo vuelo puede verse interrumpido en su trayectoria por los conductores o por el cable de tierra. En el caso de las líneas de alta tensión no se producen electrocuciones como sí se producen, por el contrario, en las líneas de distribución a baja tensión, porque las distancias entre polos, por razones de aislamiento eléctrico, son superiores a la envergadura de las aves mayores. Por tanto, se trata, principalmente, en las líneas de muy alto voltaje (tensiones iguales o superiores a 110 kV), de impactos negativos por choque, no por electrocución. Y finalmente, el impacto negativo sobre el paisaje en sentido estricto, es decir, el impacto visual que es especialmente inconveniente en zonas de elevado interés estético explotadas o protegidas por su belleza natural.”* In FABRA UTRAY, Jorge. *¿Liberación o regulación? Un mercado para la electricidad.* Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 308.

Especificamente no que tange aos impactos sócio-ambientais da implantação de aproveitamentos hidrelétricos, veja-se MAURÍCIO TIOMNO TOLMASQUIM: *“Como todas as atividades econômicas, a implantação de aproveitamentos hidrelétricos provocam impactos sociais, econômicos e ambientais nas áreas onde são instalados. Os impactos sociais estão principalmente associados às mudanças no uso do solo na área do projeto e ao deslocamento da população residente na área do reservatório a ser formado.*

(...)

Outra alteração de impacto diz respeito ao meio físico-biótico, às alterações no processo natural de sedimentação, na fauna, na flora e na qualidade da água, entre outros, são inevitáveis.” In

Daí porque pode o IBAMA recomendar a compatibilização da execução do objeto contratual com a estrutura ecológica do potencial de energia hidráulica.

Invocar o procedimento formal da licitação como fundamento para não aceitar as adequações do projeto de exploração dos recursos hídricos às diretrizes traçadas pelo IBAMA não representa o melhor tratamento do instituto da licitação e nem a correta finalidade do contrato. O **princípio do procedimento formal** não corresponde ao apego a formalismos excessivos²¹; ao contrário, trata-se da necessária observância a um procedimento com vistas ao atendimento de uma finalidade pública.

Aqui, tal finalidade pública a ser atendida é representada pelo **desenvolvimento sustentável**, por meio da **produção de energia com atendimento das normas, precauções e condicionantes estabelecidas na legislação ambiental** e no formato aprovado pela entidade competente – no caso, o IBAMA.

A **forma**, da licitação prévia, não pode ser um óbice ao atendimento de tal **finalidade**. Ao revés, deve se buscar uma interpretação que se concilie com os objetivos nela almejados – a produção de energia, indispensável para o desenvolvimento nacional²².

TOLMASQUIM, MAURÍCIO TIOMNO. *Geração de energia elétrica no país*. Rio de Janeiro: Interciência: CENERGIA, 2005, p. 17-18.

²¹ SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.14.

²² É o que explica FLÁVIO AMARAL GARCIA: “O procedimento formal não se confunde com formalismo excessivo; afinal a forma não é um fim em si mesma, mas apenas um meio de se atingir a finalidade pública almejada. A jurisprudência pátria tem consagrado a idéia de que os editais e as Comissões de Licitação não podem ser tão formais a ponto de abandonar ou tornar menos importante o princípio da competitividade.” In GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: Casos e polêmicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

5. A atividade econômica de produção de energia e a livre iniciativa na formação da execução do objeto contratual

No âmbito das atividades econômicas – como é o caso da geração de energia – as técnicas de exploração devem caber ao empresário vencedor da licitação, como decorrência lógica da liberdade de iniciativa na formação da exploração de potencial de energia hidráulica.

O interesse público está na geração da energia elétrica, e não na execução de um projeto específico ou, menos ainda, na realização de uma nova licitação, que consumirá tempo e recursos. Afinal, a geração de eletricidade não é, como já dito, serviço público.

A legislação²³ sugere que o **aproveitamento ótimo**²⁴ deve ser aquele que, primeiramente, seja **exeqüível** e que produza o melhor **rendimento** na exploração do potencial, leia-se, a maior quantidade de energia com o menor custo – financeiro, temporal, ambiental.

²³ A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, traz, em seu artigo 5º, a obrigatoriedade de um aproveitamento “ótimo” dos potenciais hidráulicos, como uma das principais finalidades do procedimento licitatório deste setor: *Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação: (...) III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes § 1º Nas licitações previstas neste e no artigo seguinte, o poder concedente deverá especificar as finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas. § 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo § 3º Considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.*

²⁴ CLEVER M. CAMPOS ressalta a necessidade de que a ANEEL estimule o aproveitamento “ótimo” dos potenciais hidrelétricos: *“A finalidade da ANEEL é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica de acordo com as políticas e diretrizes do Governo Federal, promovendo a articulação com os Estados-Membros e do Distrito Federal, para a otimização do aproveitamento energético dos cursos d'água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos.”* (Os grifos não são do original). In CAMPOS, Clever M. *Introdução do direito da energia*. São Paulo: Ícone, 2001, p. 47.

Daí porque a norma faz menção à **concepção global**, cabendo à execução do projeto apresentar a **alternativa** (normalmente, no desenvolvimento dos projetos básico e executivo, que dependem de licença prévia).

Em suma, o procedimento licitatório tem por objetivo o atendimento do ponto “ótimo” de aproveitamento hidráulico, que abrange a interação com a entidade de defesa no meio ambiente²⁵.

Logo, se a formatação de execução do objeto do contrato, tal como licitada, não é válida ou adequada, mas há outros, é por aí que se privilegia o atendimento do interesse público e da confiança legítima do licitante.

6. A preservação do contrato por descabimento de sua extinção

Portanto, não se pode dizer que, diante da necessidade de adoção de alternativas de minoração dos impactos ambientais, o contrato deve ser extinto por impossibilidade superveniente de executar o objeto tal como licitado.

Um objeto que comporta **alternativas** é **exeqüível**, não sendo, pois, caso de **impossibilidade de execução**.

²⁵ Tanto é assim que a própria ANEEL, na sua Resolução nº 393, de 04 de dezembro de 1998, estimula a realização de consultas com vistas à *melhor definição do aproveitamento ótimo*: Art. 13. *Os titulares de registro de estudos de inventário deverão formalizar consulta aos órgãos ambientais para definição dos estudos relativos aos aspectos ambientais e aos órgãos responsáveis pela gestão dos recursos hídricos, nos níveis Estadual e Federal, com vistas à melhor definição do aproveitamento ótimo e da garantia do uso múltiplo dos recursos hídricos.*

Não se trata, igualmente, de **fato da Administração** (art. 78, XVI, da Lei nº 8.666/93, aplicável supletivamente), já que não se caracteriza hipótese de "não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução da obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais".

Caso assim se entendesse, o § 2º do art. 79 da mesma lei obrigaria a Administração a ressarcir a concessionária pelas perdas e danos em que houver incorrido por causa da extinção do contrato.

Não cabe tratar como fato da Administração a impossibilidade de executar o contrato tal como idealizado no estudo de viabilidade divulgado pela ANEEL, já que outra execução é possível.

Os **critérios de execução do contrato** devem caber ao contratado, e não à ANEEL ou ao IBAMA.

Também não se deve cogitar de impossibilidade superveniente de executar, sem culpa de qualquer das partes, ou seja, por motivos de **força maior**, o que envolve "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

De fato, a denegação de uma licença ambiental para a exploração da área, **se impedir a execução do contrato**, pode representar causa da extinção do contrato, por razões de caráter ambiental, sem que tenha havido **culpa** de qualquer das partes.

Neste caso, não caberia imputar à concessionária **culpa** pela **não** obtenção da licença exatamente no formato constante do estudo de viabilidade da ANEEL, ainda que fosse sua a responsabilidade de obtenção das licenças ambientais.

Daí porque, sem dúvida, somente a situação **inevitável** representaria a força maior, decorrente de fato de terceiro, ou seja, do IBAMA, caso houvesse indeferimento da licença ambiental necessária ao início da execução do Contrato – se não coubesse qualquer alternativa. Nesse caso, o que caracterizaria a força maior seria a **ausência de culpa das partes** e a **inevitabilidade** do evento, ainda que pudesse ser reputado previsível (o art. 393, parágrafo único, do Código Civil, não coloca a imprevisibilidade dentre os requisitos para a configuração da força maior).

Ora, se o que configuraria a **força maior** seria uma **situação inevitável** e **irresistível** para as partes.

Se há **alternativas**, tal como contemplado na **lei** e nas **normas regulatórias**, a **situação não é inevitável ou incontornável**.

Logo, **o caso não deve ser de extinção do contrato**, com vistas a uma nova licitação, mas de sua revisão – como decorrência da mutabilidade dos contratos da Administração, aqui já destacada.

7. As adequações contratuais como implementação da finalidade pública da licitação

A possibilidade de alteração do projeto deve ser submetida à autorização da ANEEL.

Esta autorização a cargo da ANEEL é voltada à implementação de uma política pública e de uma finalidade de interesse geral.

Não se trata, pois, de competência discricionária, sem avaliar o custo/benefício, mas do exercício da **ponderação típica da atividade regulatória**, na busca pelo atendimento aos objetivos da concessão – sendo

certo que tanto a concessão como o edital de licitação que a precede são **instrumentos de implementação** de uma política pública, voltada para prover o país de eletricidade.

Tem-se, na propositura de alternativas à execução do contrato (preservado o objeto), uma manifestação da liberdade de empresa. A readequação de aspectos contratuais faz parte da atividade empresarial.

O objeto, frise-se, deve continuar o mesmo. A técnica de sua execução é que contempla adequação para **cumprimento do contrato** com atendimento à legislação ambiental.

8. A visão do Tribunal de Contas da União sobre as adequações contratuais como forma de atendimento ao desenvolvimento sustentável

O Tribunal de Contas da União vem encampando essas idéias desenvolvidas.

Em diversas oportunidades, a Corte de Contas se manifestou no sentido de que seria necessária a obtenção de licença ambiental prévia para que sejam realizados procedimentos licitatórios para a exploração de empreendimentos que causem impactos sócio-ambientais²⁶. Trata-se de decorrência lógica dos princípios do desenvolvimento sustentável e da coerência da Administração.

²⁶ Tal entendimento foi referendado pelo Acórdão 1140/2005 – Plenário, daquela Corte de Contas, do qual se extrai o seguinte excerto: *Assim, ao contrário do que afirmou o responsável, tanto a legislação, quanto as boas práticas de gestão preconizam que o procedimento licitatório somente seja iniciado após a obtenção da Licença Prévia. 4.39 (...) devem ser rejeitadas as razões de justificativa (...) e determinado ao DNIT, (...), que cancele a licitação anterior e faça uma nova somente após a expedição da licença prévia e da licença de instalação, (...)* Em outras oportunidades, o TCU se manifestou em igual sentido: (Acórdão 1273/2007 – Plenário) [VOTO] 4. *Por intermédio do Acórdão 863/2006-Plenário, o TCU se pronunciou pela última vez naqueles autos e, de interesse para este julgamento, destaco o subitem 9.3 do decisum, verbis: [...]***9.3.2. somente promova nova licitação para a construção da Barragem Rangel após inteiramente reexaminar sua viabilidade técnica, a partir de todos os elementos necessários e**

Num verdadeiro reconhecimento do **princípio da coerência da Administração**, sustentado ao longo deste estudo, o TCU já se manifestou no sentido de que **os órgãos da mesma Administração Pública Federal devem coordenar as suas atuações**, especialmente o IBAMA, cuja finalidade de proteção ao meio ambiente serve como instrumento de integração e suporte para o desenvolvimento de empreendimentos de grande porte²⁷.

Cada vez mais as licitações e contratos da Administração devem ser tratados como institutos do Direito Econômico incumbidos de harmonizar todos

suficientes, com nível de precisão adequado, para adequadamente caracterizar a obra, com indicações dos estudos técnicos e ambientais, avaliação do seu custo, definição dos métodos adequados e do prazo de execução. (Os grifos não são do original). (Acórdão 943/2007) Destaco o baixo número de licenças ambientais emitidas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, no período de 2003 a maio de 2006: quatro licenças prévias, quatro licenças de instalação e sete licenças de operação. A licença prévia é necessária para o início de certames licitatórios de empreendimentos hidrelétricos, a exemplo das usinas do Rio Xingu (Belo Monte - 1ª etapa) e do Rio Madeira (Jirau e Santo Antônio). Extraio do relatório precedente que os empreendimentos hidrelétricos no Rio Madeira deveriam ter sido licitados em 2006, para início de operação em 2011 e 2012. **Entretanto, tal licitação ainda não aconteceu, uma vez que o Ibama ainda não concluiu o licenciamento dos empreendimentos. Ressalto que, segundo o PDEE 2006-2015, a partir de 2011, a ampliação da oferta de energia depende muito da entrada em operação dessas usinas.** 4. A importância de uma correta e completa avaliação da viabilidade de empreendimentos hidrelétricos dessa natureza, do ponto de vista ambiental, é inquestionável. Entretanto, **considerando a sua importância estratégica para assegurar que a oferta de energia elétrica, nos próximos anos, acompanhe a demanda, considero muito importante que este Tribunal avalie a atuação do órgão ambiental no processo de concessão de licenças para esses empreendimentos, consoante sugerido pela instrução.** (Os grifos não são do original).

²⁷ Veja-se, por ilustrativo, o teor da seguinte decisão: (Acórdão 309.2009 – Plenário) Foi verificada nesta questão a ausência de institucionalização das parcerias entre o Ibama e os Órgãos que desempenham um papel estratégico na questão do transporte de produtos florestais. Conclui-se que há necessidade de melhorar os Processos de articulação do Ibama com outros Órgãos da administração pública. (...) 275. A fiscalização do comércio de produtos florestais envolve de forma direta e tangencial diversos Órgãos e Entidades. Assim, conclui-se que existe a oportunidade de o Ibama agregar esforços à sua atividade de fiscalização. Por derradeiro, ressalte-se que a mesma Corte de Contas já se manifestou, expressamente, referendando a possibilidade de adequações contratuais com vistas ao atendimento de valores ambientalmente relevantes, como se extrai da decisão também colacionada: (Acórdão 2352/2006 – Plenário) ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...]9.6. **condicionar o prosseguimento da execução do Contrato nº PD/22/09/2001-00 à celebração de termo aditivo** onde se preveja o seguinte: [...]9.6.2. os custos decorrentes de possíveis **exigências provenientes dos órgãos federais, estaduais ou municipais de meio ambiente** que excedam o custo previsto no contrato, após a repactuação do subitem anterior, (item 1.7 - **Correção de Áreas Degradadas e Medidas Mitigadoras - fl. 62, anexo 2**) **devem ser suportados pela contratada.** (Os grifos não são do original).

os valores que orientam a exploração das atividades econômicas, notadamente o direito ao desenvolvimento e o dever de proteção do meio ambiente.

Conclusões

Em síntese, os contratos de concessão de uso para a exploração de potencial hidrelétrico não devem vedar a alteração de projetos.

Não há impedimento da ANEEL aprovar a alteração que se destina exatamente a viabilizar a execução deste, implementando uma política pública setorial²⁸.

Os contratos de concessão de uso para a exploração de potencial hidrelétrico devem exigir a adequação dos projetos à legislação ambiental. Assim, fica evidente que, além de uma obrigação legal, o contrato também deve prever a obrigação de adequação dos comandos relacionados à sua execução com a disciplina de proteção ao meio ambiente.

²⁸ Os precedentes de contratos de concessão firmados pela ANEEL estabelecem que as ampliações e modificações do aproveitamento hidrelétrico deverão obedecer aos procedimentos legais específicos e às normas do Poder Concedente e da ANEEL. As ampliações e as modificações do aproveitamento hidrelétrico, desde que autorizadas e aprovadas pela ANEEL, incorporar-se-ão à respectiva concessão. Para proceder a qualquer ampliação ou modificação do Aproveitamento Hidrelétrico, os estudos devem seguir as normas técnicas aplicáveis e serem submetidos à ANEEL para aprovação. Após emitido o ato de aprovação, se for o caso, a Concessionária deverá assinar Termo Aditivo ao Contrato com vistas a consolidar as modificações porventura ocorridas nas características do aproveitamento hidrelétrico.