

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.203 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **CEMIG GERACAO E TRANSMISSAO S.A**
ADV.(A/S) : **SÉRGIO BERMUDES**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Cemig Geração e Transmissão S/A contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça STJ, que denegou a segurança requerida nos autos do Mandado de Segurança nº 20.432/DF, sob a compreensão de que inexistente direito líquido e certo à prorrogação contratual pretendida pela impetrante na concessão da Usina Hidrelétrica de Jaguará (nº 7/97).

O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 2.087 do documento eletrônico nº 34):

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE AUTORIDADE. RELAÇÃO CONTRATUAL COM O PODER PÚBLICO. CONTRATO DE CONCESSÃO. GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DAS CONDIÇÕES EXIGIDAS PARA A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (LEI 12.783/2013).

1. Na relação contratual privada, a interpretação que uma das partes faz do contrato não se sobrepõe à interpretação atribuída pela outra. Se não for dirimida pelo consenso ou por uma solução de compromisso, a controvérsia será decidida pelo Judiciário quando provocado. Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de ‘prerrogativa da decisão unilateral executória’, a revelar a

subordinação de quem contrata com o Poder Público. Em se tratando do setor elétrico, a subordinação do concessionário em relação ao poder concedente se revela também pela natureza do sistema. A geração é só uma das fases do processo de fornecimento de energia. Quem a explora depende de quem controla o todo. Com efeito, a geração da energia só tem sentido se puder ser transmitida, distribuída e comercializada. *Quid*, se o poder concedente desfizer a integração no sistema da geradora de energia? A usina não terá meios de operar. Por isso, indeferindo o pedido de prorrogação, o poder concedente deve assumir, 'imediatamente, a operação das centrais geradoras, para garantir a sua continuidade e regularidade' (nona subcláusula da cláusula décima terceira – e-stj, fl. 96).

2. O contrato de concessão, modalidade de contrato administrativo, é flexível, estando sujeito a alterações segundo as exigências do serviço público. Trata-se de contrato de adesão, ao qual são inerentes as chamadas cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público. O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes. Prevalência da Lei 12.783/2013 sobre o contrato de concessão celebrado pelas partes.

3. Ordem denegada, insubsistência da medida liminar, prejudicado o Agravo Regimental.”

Acerca do aspecto fático, o julgado destacou o seguinte aspecto fático da celeuma:

“Os autos dão conta de que - em curso o prazo contratual do contrato de concessão do serviço público de geração de energia elétrica celebrado entre a União e a Companhia Energética de Minas Gerais Cemig para a exploração da usina

de Jaguara – sobreveio a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, resultante da conversão da Medida Provisória nº 579, de 2012, que subordinou a prorrogação das concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 à aceitação expressa de determinadas condições.

Cemig Geração e Transmissão S/A recusou essas condições ao fundamento de que tem direito à prorrogação segundo o regime jurídico anterior por força de cláusula expressa do contrato de concessão cujo prazo expirou em 28 de agosto de 2013 (Anexo I, e-stj, fl. 100).

O pedido de prorrogação do contrato foi, então, indeferido” (relatório do acórdão STJ recorrido).

I - DAS ALEGAÇÕES RECURSAIS

O recorrente interpõe o presente recurso ordinário, sustentando, em síntese, que, ao contrário do que decidido pela Corte de Justiça, possuía a impetrante direito à prorrogação do Contrato de Concessão da Usina Hidrelétrica de Jaguara, de nº 7/97, que celebrou com a União, pois assim estaria assegurado na cláusula quarta daquele ajuste.

Narra que o contrato em tela foi firmado em 10.7.97 e que a União, como atrativo aos acionistas da CEMIG, “utilizou-se da faculdade prevista no art. 19 da Lei nº 9.074/95, e garantiu a prorrogação dos prazos das concessões da CEMIG, por até 20 anos, a contar dos respectivos termos finais, previstos no ANEXO I do instrumento”.

Prossegue a narrativa alegando que, diante do indeferimento – pelo Ministro de Minas e Energia (amparado em parecer da Consultoria Jurídica do órgão) – do pedido de prorrogação do contrato de concessão nº 007/97, impetrou mandado de segurança junto ao STJ (MS nº 20.432/DF), para que permanecesse a CEMIG na titularidade da usina Jaguara nos termos inicialmente fixados no ajuste.

Aponta que, no julgamento do **mandamus**, a Corte de Justiça teria reconhecido, tal qual defendera a impetrante, que o contrato firmado

previa que a prorrogação contratual estaria condicionada apenas a circunstâncias objetivas (como correto adimplemento do contrato originário, compromisso de observar disposições regulamentares futuras, e prova do pagamento de obrigações fiscais e de demais encargos); não obstante, teria o STJ concluído que a garantia de prorrogação deixou de subsistir, ante o advento, superveniente ao ajuste, da Lei nº 12.783/13, que estipulou regras distintas das insertas no contrato. Aponta, ainda, ter constado da fundamentação do julgado ser possível a modificação de cláusulas regulamentares por parte da Administração.

Combate o julgado da Corte de Justiça aduzindo inicialmente que, para obter a prorrogação contratual, nos termos do ajuste firmado, “cumpria à concessionária impetrante tão somente apresentar seu requerimento em até seis meses antes do termo final do ajuste, isto é, no caso da Usina Hidrelétrica de Jaguara, até 28.02.13, acompanhado dos comprovantes de cumprimento de suas obrigações contratuais e legais”. Argumenta, em acréscimo, que o contrato da CEMIG seria distinto dos demais contratos de concessão de energia elétrica firmados pela União, pois esse seria “o único no qual a União formalmente se comprometeu a prorrogar o prazo da concessão”.

Em sequência, defende que a Lei nº 12.783/13 não teria impedido a prorrogação nos termos contratuais inicialmente ajustados, mas apenas admitido “nova forma de prorrogação dos contratos de concessão”, e facultado a extensão do prazo por 30 anos, “desde que as concessionárias renunciassem aos seus direitos pré-existentes”. Assim, ao recusar o modo de prorrogação constante da nova lei, a impetrante teria apenas declinado de uma proposta de **renovação** do contrato (hipótese em que não se manteriam as condições e bases inicialmente ajustadas), e aponta:

“as condições propostas pelo Governo Federal eram inviáveis para a adequada prestação do serviço, e colocaria em risco a própria concessão. Seriam alterados os critérios de fixação da tarifa praticada pela concessionária, seja no tocante aos custos de operação e manutenção da usina, seja em relação ao investimento empregado na concessão, assim como seriam modificadas características essenciais do contrato.

24. A renovação proposta pelo Poder Concedente acarretaria alteração do regime de venda de energia, prevendo alocação de cotas de energia, obrigando a concessionária reduzir o montante dos seus contratos de venda de energia já existentes (Lei nº 12.783/13, art. 11, §3º) e rever as bases pactuadas anteriormente com seus diversos clientes”.

Defende que o ato coator configuraria violação a (i) ato jurídico perfeito (por se tratar de contrato formalizado e assinado), pelo que restaria “incólume a qualquer lei posterior, inclusive, no tocante ao prazo de prorrogação”; e (ii) direito adquirido, pois o direito à prorrogação “garantido no Contrato de Concessão nº 7/97” teria passado “a integrar, definitivamente, o patrimônio da impetrante”.

Sustenta que os entendimentos expostos por esta Suprema Corte nos autos da ADI nº 4917-MC e do RE nº 26316-AgR amparariam sua tese de que uma vez firmado o contrato é ele ato jurídico perfeito e impassível de sofrer a incidência de alterações normativas, e rebate a conclusão da Conjur-MME quanto à inexistência de direito adquirido em face de regime jurídico, argumentando que esse raciocínio “tem aplicação restrita ao campo das relações estabelecidas pelo Poder Público, regidas diretamente por lei”.

Ainda quanto à imposição de novo regime jurídico por meio da Lei nº 12.783/13, argumenta que o art. 11, § 4º, desse diploma expressamente reconheceria a existência de “‘direitos preexistentes’, os quais deveriam ser renunciados por aqueles que optassem por aderir ao modelo ali instituído. Sem a opção, se manteriam, então, os apontados “direitos preexistentes”.

Quanto à incidência anterior de outras leis sobre o contrato de geração de energia, combate o acórdão recorrido, defendendo que este se equivocou “ao asseverar que a CEMIG, outrora, já foi obrigada a se adaptar à alteração nas bases da concessão, quando teve que (i) promover a desverticalização da Companhia, separando o serviço de distribuição das atividades de geração e transmissão de energia elétrica; e (ii) alterar o cálculo da tarifa que, durante os anos de 1974 a 1993, era aferida pelo

custo do serviço, e depois passou a ser adotado o regime do *preço teto*, ou *serviço pelo preço* (cf. fl. 2.095).” (e-STJ fl. 2.163 – doc. eletrônico nº 34)

Argumenta que, em tais casos, as condições econômico financeiras do contrato se mantiveram, não tendo havido alteração do equilíbrio do Contrato de Concessão da UHE Jaguará, pois as leis que implementaram essas alterações (Lei nº 8.631/93, que cuidou do regime do custo do serviço, e a Lei nº 9.427/92, cujos arts. 14 e 15 implementaram o serviço pelo preço) teriam impactado apenas a tarifa de fornecimento de energia elétrica da concessionária distribuidora para o consumidor e não da tarifa de energia da geradora.

Defende que a definição do prazo de vigência de um contrato não seria cláusula regulamentar, mas sim cláusula econômica do contrato, pois, argumenta, ao assumir uma concessão, a empresa consideraria, para definição de preço e das condições ofertadas, o prazo para amortização dos investimentos realizados e a remuneração do capital.

Sustenta que o fundamento do pedido de prorrogação da concessão da Usina de Jaguará seria o próprio Contrato de Concessão nº 7/97, pois o poder discricionário previsto no art. 19 da Lei nº 9.074/95 já teria sido exercido pelo poder concedente “quando celebrou o Contrato de Concessão nº 7/97 e garantiu a extensão do prazo contratual por mais 20 anos, a contar de 28.8.13”.

Aponta que seria sensacionalista o argumento da União de que a prorrogação do contrato nas bases originais da concessão implicaria impossibilidade de redução da tarifa de energia elétrica e afirma que em situações semelhantes (como a edição da Medida Provisória nº 144 de 10.12.03, convertida na Lei nº 10.848/04, que instituiu o marco regulatório do setor de energia elétrica), se teria ressalvado, “o direito adquirido decorrente dos contratos celebrados antes do advento da nova lei”.

Por fim, traça considerações sobre a impossibilidade de o governo aprovar leis destinadas a se auto eximir de obrigações contratuais, firmando conclusões sobre o compromisso internacional do país frente a investidores estrangeiros.

II – DAS CONTRARRAZÕES DE RECURSO

A União apresentou contrarrazões recursais, nas quais sustenta que “não há no presente caso ato abusivo e ilegal por parte da autoridade apontada coatora e nem direito adquirido e ato jurídico perfeito a ser amparado pelo presente recurso constitucional”. Argumenta em defesa de sua posição que:

(i) não haveria “direito adquirido à prorrogação da concessão da UHE Jaguará, pois a legislação superveniente (Medida Provisória nº 579, de 11.09.12, e Lei nº 12.783, de 11.01.13) não conferiu essa possibilidade”;

(ii) “o serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica submete-se ao regime de concessão”, pelo que “a titularidade do serviço permanece com o Ente público, que poderá retomá-lo”;

(iii) O art. 19 da Lei nº 9.074/95 e o art. 1º da Lei nº 12.783/2013 dispõem que “a prorrogação dos contratos de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica está inserida no campo da discricionariedade administrativa, que poderá ser exercida a qualquer momento, quando assim reclamar o interesse público”. E arremata:

“nem mesmo a questão da natureza jurídica da cláusula relacionada aos prazos dos contratos administrativos encontra campo fértil nesse recurso, pois o prazo constitui uma das cláusulas regulamentares do contrato de concessão, passível de ser alterada de forma unilateral pelo Concedente.

(iv) “O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, no sentido de que ‘não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública.’ (MS n. 26.250. Rel. Min. Carlos Ayres. DJ de 12.03.2010)”;

(v) A referência, na lei nº 12.783/2013, à renúncia de eventuais direitos preexistentes (§ 4º do art. 11), para fundamentar o direito adquirido à prorrogação, não tem o condão de alterar o regime jurídico próprio das concessões, para transformá-las em “ajustes eternos”;

(vi) “a Lei n. 12.783/2013, submeteu os agentes concessionários de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, à contratação no regime de cotas, com tarifas reguladas no chamado Ambiente de Contratação Regulada – ACR, regime menos lucrativo que o anterior, mas que somente foi imposto às concessões que tiveram seus investimentos totalmente amortizados no momento do vencimento do seu contrato. O que se buscou foi a fixação do estabelecimento de um valor mais módico para tarifa, quando comparado ao que se convencionou chamar “mercado de energia velha”. O novo regime, porém, estabeleceu sua aplicação apenas às concessões e prorrogações convencionadas a partir da edição da nova lei, em 12/09/2013. Portanto, não se está aqui discutindo alteração de cláusula contratual vigente e tampouco violação a direito adquirido. O contrato da CEMIG, quanto à usina hidroelétrica de Jaguará, foi respeitado e está vencido, nos termos de suas cláusulas”

(vii) “a CEMIG, com base no princípio da autonomia de vontade, observando seus próprios interesses econômicos, optou por não assinar o termo de prorrogação, estabelecido em conformidade com a Lei 12.783/2013. A toda evidência, a parte contrária provocou a tutela jurisdicional do Estado com o propósito afastar a aplicação das novas regras, prejudicando sensivelmente o equilíbrio do setor e afastando o tratamento isonômico, em relação às demais empresas do setor que, participando de contratos vencidos ou de contratos vigentes até 2018, aderiram integralmente às novas regras de comercialização de energia”.

III – DO PARECER DA D. PGR

A d. PGR ofertou parecer pelo desprovimento do recurso ordinário, sob a seguinte ementa:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1 – Os contratos administrativos, por sua própria natureza, colocam a Administração em patamar diverso do particular para que seja garantida a supremacia do interesse público.

2 – Pode a Administração, visando à satisfação do interesse público, modificar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, inclusive para fixar novas condições para a sua prorrogação, observados os marcos da legalidade. As cláusulas originais, in casu, não prevalecem sobre as modificações promovidas pela Administração, não se podendo falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido à prorrogação da concessão.

3 – Parecer pelo desprovimento do recurso”.

Importa relatar, por fim, que em 27/9/17, foi realizado o leilão de quatro usinas hidrelétricas, dentre elas, a usina Jaguará, objeto do contrato sobre o qual controvertem as partes.

É o relato do necessário.

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.203 DISTRITO
FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Preliminarmente, destaco que, sob minha compreensão, a celeuma exposta nos presentes autos não perdeu seu objeto. É que mesmo com a realização do leilão da usina Jaguará, a controvérsia aqui exposta se refere à existência ou não de direito à **prorrogação do contrato de concessão** dessa usina, pelo que permanece o interesse autoral na apreciação do feito, capaz que é de conduzir a implicações na relação jurídica entre as partes.

Adentro, desse modo, na apreciação do mérito da demanda, ressaltando, desde já, que sob minha compreensão, a pretensão exposta neste recurso ordinário não merece prosperar.

Observo que na origem, cuidou-se de ato do Ministro de Minas e Energia que indeferiu pedido de prorrogação contratual da CEMIG, nos termos de parecer da Consultoria Jurídica daquela Pasta, assim ementado:

“I. Direito Administrativo. Requerimento de prorrogação de concessão de geração de energia elétrica . Art. 19 da lei n.º 9.074/95. Decreto n.º 1.717/95. Contrato de concessão. Alegação de existência de ato Jurídico perfeito e de direito adquirido.

II. Decisão do Ministro de Estado de Minas e Energia no sentido de considerar intempestivo o requerimento .

III. Posterior Interposição de mandado de segurança pela requerente no Superior Tribunal de Justiça requerendo a preservação do "direito líquido e certo de ver apreciado o seu pedido de prorrogação do prazo de concessão da Usina Hidrelétrica de Jaguará". Liminar concedida para assegurar que a empresa CEMIG permanecesse à frente da concessão da referida usina, até o julgamento do mandado de segurança nº 20.201- DF.

IV. Apreciação jurídica do mérito do pedido de

prorrogação.

V O regime Jurídico relativo à prorrogação das concessões alcançadas pelo artigo 19 da lei nº 9.074/95 foi substancialmente modificado com a edição da medida provisória nº 579, de 11.09.2012, posteriormente convertida na lei nº 12.783, de 11.01.2013. Submissão à nova legislação aplicável.

VI. Cláusulas regulamentares. Possibilidade de modificação unilateral pelo Estado. “Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte verdadeiramente mutável na concessão por ato exclusivo do Estado.” (“Curso de Direito Administrativo”. 261 ed. São Paula: Ed. Malheiros, 2009, p. 708). Ausência de direito adquirido à prorrogação do prazo da concessão.

VII. Opina-se, no mérito, pelo indeferimento do pedido”.

Verifico que o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem, por compreender que não havia o alegado direito líquido e certo à prorrogação contratual, pretendida pelo impetrante.

Tenho que a manutenção da decisão recorrida se impõe, **diante da inexistência de direito líquido e certo à prorrogação contratual**, pretendida pela impetrante.

De fato, não vislumbro em qualquer normativo (seja no contrato firmado ou na legislação atinente às concessões de serviço público) previsão que autorize a interpretação defendida pela impetrante, no sentido de que a prorrogação do contrato de concessão da Usina Hidrelétrica de Jaguara (nº 7/97) estaria condicionada tão somente a critérios objetivos (apresentação de documentos e comprovantes pela concessionária), sem qualquer espaço à discricionariedade administrativa. **Tenho, ao contrário, que a discricionariedade à prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo, e assim está, inclusive, previsto nas sucessivas legislações (e mesmo – entendo eu –**

no contrato cujas cláusulas se questiona nestes autos).

Em adição, não vislumbro no elemento “prorrogação contratual” a pretendida condição de cláusula econômica, passível de submissão ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, por essa razão, **não vislumbro qualquer impedimento à aplicação imediata, ao contrato, de novel legislação que, dispondo sobre o tema “prorrogação contratual”, advenha no decorrer do ajuste.**

Entendo pertinente discorrer, em separado, acerca de cada um dos raciocínios lançados.

I – DA NATUREZA DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

É da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa. Como acentua Joel de Menezes NIEBUHR, discorrendo acerca da prorrogação contratual:

“A Administração não está obrigada a prorrogar os contratos de prestação de serviços contínuos, ainda que dentro das hipóteses e nas situações autorizadas pela Lei nº 8.666/93. Isso porque, como dito, a validade da prorrogação depende das vantagens propiciadas por ela. Ora, a análise das vantagens ou desvantagens da prorrogação equivale à análise da sua conveniência e da oportunidade, o que toca ao núcleo da discricionariedade, uma vez que os agentes dispõem de margem de liberdade para realizar tal juízo. Registre-se que os agentes administrativos não agem com liberdade absoluta. Se a prorrogação for manifesta e objetivamente vantajosa, aos agentes administrativos não cabe pura e simplesmente recusá-la, em detrimento do interesse público.

De toda maneira, a prorrogação, além de discricionária, é ato bilateral, que depende da vontade do contratado. À Administração não é permitido impor ao contratado a

prorrogação de contrato.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.774) grifei

Essa natural discricionariedade na realização ou não da prorrogação contratual, que como destacado por Joel de Menezes, cede apenas ao interesse público, **encontra razão de ser na própria finalidade da licitação.**

A exigência de licitação se dá, consoante prevê a lei nº 8.666/93 (norma base de licitações e contratos), para “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Quando a lei se refere à licitação como forma de garantir a isonomia, **encontra-se pressuposta a igualdade de oportunidades, e portanto, a ocorrência PERIÓDICA de certames, o que define a delimitação temporal dos ajustes firmados com o Estado.** De igual modo, ao se referir à vantajosidade, quer a lei ressaltar que **o caráter competitivo que é estabelecido pela licitação é salutar ao interesse público, o que, novamente, traduz a intenção da legislação de criar mecanismos de renovação periódica da contratação.**

Por fim, ao dispor que a licitação tem por finalidade a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, traçou a lei o **ideal** a ser alcançado com a contratação **e, de igual modo, com sua renovação.** Trata-se, ressalte-se, de critério volátil, que pode sofrer modificação entre a data de formalização do ajuste e a data de sua eventual prorrogação, o que pode, desse modo, também justificar a opção pela não prorrogação do contrato.

A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido – prazo contratual – cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.

No caso dos contratos de concessão de serviços públicos, a Constituição Federal, em seu art. 175, estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos”.

Um contrato de concessão, portanto, firmado que é a partir de um certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais, ocorrendo, desse modo, o encerramento do contrato no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste.

É incongruente com a natureza da prorrogação contratual, portanto, a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual (como pretende o impetrante demonstrar ser o caso de seu ajuste).

Prorrogação é instrumento **autorizado** pela lei, **nunca imposto**; e sua realização, porque pressupõe atendimento ao interesse público (apreciação, como dito, sujeita a variação no tempo), não poderia, sob qualquer hipótese, ser antecipada, máxime ao ato inicial de formalização do contrato.

Essa regra é ainda mais pertinente em se tratando de contrato de concessão de energia elétrica, em que a prorrogação se estabelece por décadas, a exigir da Administração ainda maior atenção na análise de seu interesse na renovação. Observe-se o caso dos autos: contrato firmado em 1997, com seu término previsto para 28.8.13 e prorrogação por, até, 20 anos. **Seria inaceitável (e eventual cláusula nesse sentido poderia ser reconhecida nula) que a Administração estivesse obrigada a renovar a concessão sem atendimento dos parâmetros legais da salvaguarda do interesse público, supremo sobre o interesse particular.**

Segundo o festejado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do

interesse público pela Administração (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

Nesse passo, admitir o raciocínio pretendido pela impetrante (que implica **imposição** de renovação contratual à União, sem qualquer margem de discricionariedade administrativa) seria o mesmo que conceder ao contratado (concessionário) posição de supremacia sobre a Administração (o que é um contrassenso com os princípios e postulados administrativos) e, no mesmo passo, seria conferir à cláusula de prorrogação contratual a natureza de verdadeira cláusula exorbitante em favor do concessionário, o que evidentemente e conforme demonstrado, não se coaduna com a natureza desse instituto.

II – DA INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL OU DISPOSIÇÃO LEGAL ASSECURATÓRIA DE PRORROGAÇÃO DA CONCESSÃO

A par da própria natureza da prorrogação contratual desautorizar a imposição de sua realização ao término do contrato, é de se atentar, ainda, que a legislação regedora do contrato e as próprias cláusulas contratuais sob exame, **não continham disposição que autorizasse conclusão nesse sentido**. Ao contrário, a margem à decisão administrativa quanto ao ponto restou expressamente consignada na lei e no próprio contrato.

Observe-se: o art. 19 da Lei 9.074/95, vigente quando da formalização do contrato, previu que “a União **poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados**, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões (...)”.

Desse dispositivo se evidencia: (i) a discricionariedade administrativa à prorrogação do contrato de concessão; e (ii) a finalidade da prorrogação (critério de interesse público adotado pela lei), qual seja “a **qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados**”.

O §4º do art. 19, inclusive, foi expresso quanto à possibilidade de **negativa** da Administração à prorrogação contratual e regulou a questão

no sentido de que **“havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito”, “as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas”**.

Vale a transcrição de todo o comando legal:

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

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

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

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

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

O dispositivo transcrito recebeu, ainda, remissão expressa no contrato de concessão nº 07/97, precisamente na cláusula quarta. Observe-se o comando contratual:

CLÁUSULA QUARTA - PRAZO DAS CONCESSÕES E DO CONTRATO. As concessões de geração de energia elétrica reguladas por este contrato tem seu termo final estabelecido nos respectivos atos de outorga, conforme relacionados no Anexo I, garantida àquelas ainda não prorrogadas nesta data a **extensão de seu prazo nos termos do art. 19 da Lei 9.074/95.**

Primeira Subcláusula - O prazo de concessão de cada central geradora de que trata o caput desta cláusula **poderá ser prorrogado, mediante requerimento**, por até 20 (vinte) anos, caso a **Concessionária**, estando cumprindo adequadamente o presente contrato, **implementar disposições regulamentares que vierem a ser estabelecidas para o setor elétrico.**

Segunda Subcláusula - O requerimento de prorrogação de que trata a subcláusula anterior deverá ser apresentado em até seis meses antes do término do prazo, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes aos serviços públicos de energia elétrica, inclusive o pagamento de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, bem assim quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes.

Terceira Subcláusula - **O Poder Concedente manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação** nos termos do Decreto 1.717/95. **Na análise do pedido de prorrogação, o Poder Concedente levará em consideração todas as informações sobre os serviços prestados, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo estabelecido no referido Decreto.** O deferimento do pedido levará em consideração a não constatação, em relatórios técnicos fundamentados, emitidos pelo órgão de fiscalização, do descumprimento por parte da Concessionária dos requisitos de eficiência, segurança,

atualidade e cortesia do atendimento. **A falta de pronunciamento do Poder Concedente no prazo previsto significará a prorrogação automática das Concessões por igual período, nas mesmas condições vigentes.**

É clara, portanto, a submissão do contrato aos ditames do art. 19 supra citado, o qual expressamente prevê a faculdade na renovação contratual. O que ocorre é que a impetrante toma por base a expressão “garantida” constante do **caput** da cláusula quarta, como razão de seu alegado direito adquirido à renovação contratual. É preciso, todavia, realizar a completa leitura da expressão:

“garantida àquelas ainda não prorrogadas nesta data a extensão de seu prazo **nos termos do art. 19 da Lei 9.074/95**”

A simples remissão ao art. 19 da Lei nº 9.074/95 seria suficiente para esvaziar a alegação de obrigatoriedade de renovação contratual, como acima demonstrado. Não bastasse, a primeira subcláusula remete à expressão permissiva “poderá ser prorrogado”, além de deixar expressa a necessidade de que a **Concessionária** ter cumprido adequadamente o contrato e venha a **“implementar disposições regulamentares que vierem a ser estabelecidas para o setor elétrico”**. E, no caso, o que se teve com a edição da Lei nº 12.783/13, que se deu no curso do contrato em exame, foi precisamente o advento de novas disposições para o setor elétrico.

Não bastasse, mais adiante a terceira subcláusula prevê a necessidade de manifestação da Administração sobre o requerimento “nos termos do Decreto 1.717/95”. Esse Decreto, a seu turno, é novamente expresso quanto à possibilidade de indeferimento do pedido. Vide:

“Art. 2º, §3º. Recebido o requerimento, o DNAEE manifestar-se-á dentro de noventa dias quanto à prorrogação pretendida. **No caso de indeferimento do pedido**, o requerente poderá, no prazo de quinze dias, contado da publicação do

ato do DNAEE no Diário Oficial da União, interpor recurso ao Ministro de Estado de Minas e Energia”

Muitas são, desse modo, as previsões normativas que dispõem acerca da possibilidade, não obrigatoriedade, de realização da prorrogação contratual, não sendo possível, ademais, em análise sistemática, localizar qualquer disposição legal ou contratual que permita inferir direitos incondicionais do concessionário à renovação pretendida.

Inexiste, desse modo, ato jurídico perfeito assecuratório da pretendida prorrogação contratual.

III – DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA NOVEL LEGISLAÇÃO SOBRE O CONTRATO EM CURSO: AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

Não há dúvidas de que um dos mais sensíveis temas em contratação com a Administração Pública é o pertinente à aplicação da teoria da imprevisão aos contratos firmados. O tema se torna ainda mais tortuoso quando se refere aos contratos de concessão, em regra firmados por extenso lapso temporal, com composição de custos muito complexa e muito suscetível à elevação de tarifas aos usuários dos serviços públicos.

A realização de alterações unilaterais do contrato, portanto, se mostra muito sutil nesse campo.

Esta Suprema Corte já reconheceu a necessidade de que a alteração unilateral do contrato pela Administração, se atingido o núcleo da avença (as vantagens asseguradas a cada parte), deve vir acompanhada da adequada manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse passo, registro o eminente Min. **Marco Aurélio** nos autos da ADI nº 1746/SP:

“Presentes o interesse público e a necessidade de melhorar o atendimento aos usuários, mostra-se pacífica a óptica relativa à possibilidade de o poder concedente alterar as regras do contrato de maneira unilateral. Eventual modificação, no entanto, não pode desrespeitar o equilíbrio econômico-

financeiro do pacto e as vantagens inicialmente asseguradas à empresa concessionária.”

Naqueles autos, todavia, se tratava de alteração legislativa que dilatava o prazo de pagamento da indenização devida pelo poder concedente (municípios de São Paulo) à concessionária de serviço público (SABESP), por rompimento **antecipado** do contrato de concessão. Tratava-se, portanto, de alteração de contrato **em curso**. Reconheceu, então, esta Corte a inconstitucionalidade da previsão legal questionada, em julgado assim ementado:

“COMPETÊNCIA – LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RESCISÃO – INDENIZAÇÃO – DISCIPLINA. A teor do disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, compete à União a regulação de normas gerais sobre licitação e contratação públicas, abrangidas a rescisão de contrato administrativo e a indenização cabível. CONCESSÃO – SANEAMENTO BÁSICO – MUNICÍPIOS – ORGANIZAÇÃO AUTÔNOMA DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – ROMPIMENTO DO AJUSTE – INDENIZAÇÃO – PROJEÇÃO NO TEMPO. Implica ofensa aos princípios ligados à concessão, ao ajuste administrativo, a projeção, no tempo, de pagamento de indenização considerado o rompimento de contrato administrativo, ante a organização, pelo próprio Município, de serviços de água e esgoto. (ADI 1746/SP, Relator o Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Dje de 13/11/14)

Em diversas outras oportunidades, todas relacionadas a contratos **em curso**, esta Corte fez prevalecer a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando a alteração contratual ou legislativa impactasse na equalização do ajuste. Como destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADI nº 1746:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.733-RS, o Tribunal declarou o conflito, com a Carta Federal,

de lei do Estado do Espírito Santo que excluiu as motocicletas do rol de veículos sujeitos ao pagamento de pedágio bem como concedeu aos estudantes cinquenta por cento de desconto sobre o valor da tarifa. O Ministro Eros Grau, relator, fez ver que o ato impugnado afetou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado pela Administração, ao prever os benefícios sem qualquer forma de compensação. Considerou, ainda, haver afronta expressa ao princípio da harmonia dos Poderes, porque o Legislativo buscou substituir-se ao Executivo na gestão dos contratos administrativos de concessão.

No mesmo sentido foram as decisões proferidas nas Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.337-SC, relator Ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 21 de junho de 2003, e nº 2.299-RS, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 28 de março de 2001.”

No caso concreto, todavia, não se trata de alteração legislativa com impacto em contrato em curso. Como salientado anteriormente, o prazo contratual definido tinha seu término previsto para 28/8/13. Após essa data não havia qualquer garantia de continuidade do contrato, salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa) e se atendidos os pressupostos a tanto exigidos, dentre eles: (i) cumprimento do contrato e (ii) a implementação das disposições regulamentares que viessem a ser estabelecidas para o setor elétrico (primeira subcláusula da cláusula quarta do contrato).

No caso dos autos, por escolha governamental, se definiu novo rumo ao sistema de fornecimento de energia elétrica, por meio da MP nº 579/12, posteriormente convertida na Lei nº 12.783/13. Essa legislação trouxe novas disposições para as concessões de energia elétrica, que deviam ser observados pela Administração Pública no momento de avaliar a renovação dos contratos de concessão. A lei era expressa nesse sentido. Também a mesma lei estipulou a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação nas novas bases legais, respeitando-se assim não apenas a discricionariedade

administrativa na renovação do contrato, mas também a bilateralidade, igualmente característica dessa forma de ajuste. Vide o teor da norma, no ponto em referência:

“Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica **alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente**, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I - remuneração por tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL para cada usina hidrelétrica;

II - alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, a ser definida pela Aneel, conforme regulamento do poder concedente;

III - submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Aneel;”.

O princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que assegura a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato, **por óbvio, se aplica pelo período de vigência do ajuste**. Não se pode perder de vista que todo contrato possui um prazo definido e é sobre ele que se perfaz o equilíbrio da relação contratual, não havendo que se cogitar de sua incidência na prorrogação contratual, que pode se dar sob novos termos se assim definido em lei.

O que a novel legislação, surgida no curso do contrato, deve respeitar, portanto, são as disposições desse contrato de caráter econômico até o seu termo final, o que, no caso, foi respeitado pela lei e

RMS 34203 / DF

observado pela Administração Pública, que fez incidir as novas regras apenas para fins de prorrogação do contrato, estando o concessionário livre para aceitar ou não os novos termos contratuais, sem, entretanto, que se possa falar em violação ao equilíbrio econômico-financeiro de contrato por alteração legal prevista para incidir após o término do prazo de ajuste.

Ausente, portanto, violação ao direito da impetrante.

Pelo exposto, voto pelo não provimento do recurso ordinário, mantido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Em revisão