PONTOS POLÊMICOS DA LEGISLAÇÃO SOBRE CONCESSÕES E PERMISSÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

MARIA APARECIDA DE A. P. S. FAGUNDES

I — Introdução; II — Percalços da Lei nº 8.987; III — Lei nº 9.074: algumas dificuldades; IV — Conclusão.

I. *Introdução*

A relevância que, hoje, assume o princípio da subsidiariedade do Estado e o agudo descompasso entre a necessidade de investimentos em infra-estrutura e a possibilidade, cada vez mais remota, do Estado provê-los determinaram o ressurgimento da concessão como importante instrumento de mobilização de capitais privados para setores carentes de expansão.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 175, a matriz da legislação sobre o regime de prestação de serviços públicos, sob a forma de concessão ou permissão, impondo, de um lado, a licitação como critério de seleção do concessionário ou permissionário e desenhando, de outro, os contornos mais gerais do que se deveria conter na lei ordinária.

A legislação infraconstitucional, tanto quanto possível, viria traduzir o equilíbrio entre o dever do Estado de fiscalizar a execução dos serviços públicos e a oferta de garantias ao empresário privado, que o estimulassem a aportar recursos à prestação daqueles.

Após longa tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Como, todavia, apesar do demorado processo de maturação, ela não logrou satisfazer, por completo, as expectativas e interesses relacionados à matéria que disciplinava, o Presidente da República cuidou de editar, no mesmo dia, a Medida Provisória nº 890, alterando-a. As normas gerais incluídas nessa Medida Provisória foram revividas por diversas outras Medidas Provisórias, expedidas a cada mês, até que, através do Projeto de Lei de Conversão nº 14, de 1995, incorporaram-se, com modificações, fruto das emendas apresentadas, na Lei nº 9.074, do dia 7 de julho daquele ano.

Não obstante o dilatado prazo pelo qual se prolongou sua elaboração e as extensas discussões que se travaram nesse interregno, verifica-se que a legislação afinal gerada, imprescindível ao desenvolvimento do País, padece de imperfeições e não se apresenta tão precisa quanto desejável.

Abordamos, a seguir, sem pretensão de exaurir a matéria, vasta que é, aspectos desses diplomas legais que, em uma primeira análise, parecem polêmicos. Alguns deles já foram objeto de consideração por parte da ainda escassa doutrina sobre o assunto. Todos ou quase todos sugerem dúvidas sobre as quais, certamente, se debruçarão juristas e tribunais nos anos vindouros.

II. *Percalços da Lei nº 8.987*

Um dos embaraços na aplicação da legislação em foco consiste em conciliá-la com a tessitura legal preexistente.

Há dispositivos que exigirão um trabalho de interpretação sistemática para que se lhes dê exegese compatível com as provisões da Constituição Federal, notadamente com o preceito ínsito ao respectivo art. 175.

De outra parte, há que se buscar a convivência harmoniosa entre as regras da legislação em comento e aquelas inseridas na Lei de Licitações e Contratos, já que, tanto os arts. 14 e 18 da Lei nº 8.987/95, quanto o art. 124 da Lei nº 8.666/93 prescrevem a incidência desta última nas licitações e contratos para permissão ou concessão de serviços públicos.

Passando, já agora, ao exame dos pontos controvertidos, suscita logo comentários o art. 5º da Lei nº 8.987, cujo teor é o seguinte:

"Art. 5º — O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo."

Salta aos olhos que a norma em tela se mostra lacunosa, pois que deixou de prever o veículo onde se fará a publicação do ato a que se refere, bem como o prazo de antecedência a ser guardado entre dita publicação e a divulgação do edital.

Mais do que isso, porém, já se indaga se essa publicação substituiria, no caso das concessões e permissões, a audiência pública, mandatória, na forma do art. 39 da Lei nº 8.666, para as licitações de valor estimado superior a cem vezes o limite para realização de concorrência para obras e serviços de engenharia, ou se constituiria uma providência adicional.

Benedicto de Tolosa Filho[1] e Antônio Carlos Cintra do Amaral[2] preconizam que a justificação não substitui a realização de audiência pública.

O primeiro dos autores acima citados lembra a dificuldade de se atribuir valor a licitações de concessões ou permissões, para efeito de observância do mencionado art. 39, já que, nestas hipóteses, não há desembolso por parte da Administração.

1 Benedicto de Tolosa Filho, *Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos*, págs. 30/32.

2 Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Licitação para Concessão de Serviço Público*, pág. 27.

Acaba, todavia, por concluir que a audiência deve ser realizada, a despeito disso, para permitir o exercício do controle por parte da sociedade sobre esses contratos que, é despiciendo notar, dizem tão de perto a seus interesses.

Mas, se a justificação não substitui a audiência pública, parece razoável entender que ela possa ocorrer concomitantemente com esta última, desde que devidamente preenchidos, até mesmo na publicação de convocação da audiência, os requisitos do art. 5º ora apreciado. De resto, os aspectos rituais de prazo e forma, omissos neste dispositivo, seriam os do art. 39, anteriormente referido.

Pode-se, também, questionar o rigor técnico da norma inscrita no art. 9º da Lei nº 8.987. Estabelece-se ali que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação...". Sabendo-se que o art. 15 da mesma Lei contempla outros critérios de julgamento das propostas que não apenas o de *menor valor da tarifa (maior oferta pela outorga de concessão e a combinação dos dois),* põe-se logo a pergunta: como será estipulada a tarifa na hipótese de se julgar a licitação pelo critério da *maior oferta pela outorga da concessão?*

Evidentemente, solução haverá, consistindo na determinação da tarifa inicial, pelo poder concedente, já no edital de licitação, o que, se, na prática, remedia o problema, não elide a deficiência do texto da lei.

O mesmo art. 9º contém mandamento, certamente salutar, no sentido de que o edital de licitação enuncie as regras de revisão da tarifa, a serem incorporadas no futuro contrato de concessão, com vistas à recomposição periódica do seu equilíbrio econômico-financeiro.

No capítulo IV da Lei nº 8.987 *(Da Política Tarifária),* onde se insere o art. 9º em apreço, não se encontra menção a reajuste de tarifas — que, diferentemente da revisão, destina-se a atualizá-las em virtude da variação dos custos necessários à prestação dos serviços — mas o art. 18, inciso VIII, e 23, inciso IV, a ele aludem, o primeiro, para ordenar a previsão dos respectivos critérios no edital, o segundo, apontando-o como objeto de cláusula essencial do contrato.

Conquanto, do ponto de vista da técnica legislativa, possa ser criticado o diploma em questão por não ter regulado toda a matéria pertinente a tarifas no capítulo IV, não subsistem dúvidas de que a previsão de reajustes ficou não apenas admitida, como prescrita.

A este passo, cabe notar que a definição da tarifa aplicável durante o prazo da concessão e dos mecanismos do respectivo reajuste e revisão constitui ponto crucial do contrato de concessão, eis que, de um lado, representa a garantia da justa remuneração do capital do concessionário, ao longo do curso do contrato de concessão e, de outro, resguarda o poder concedente de ser compelido a decidir, casuisticamente, sem dispor de critérios objetivos pelos quais se pautar os impasses resultantes de disposições vagas ou omissas.

Talvez sob a falsa presunção de que a legislação que implantou o Plano de Estabilização Econômica (Plano Real) vede os reajustes de tarifas, editais vêm sendo publicados, estampando minutas de contrato que ora omitem o critério de reajuste, ora — o que é pior — confundem, conceitualmente, reajuste e revisão, ora apenas referem que haverá revisão e/ou reajuste, sem indicar os respectivos critérios, o que torna inócua a disposição.

Ilustra bem essa assertiva a subcláusula 1ª da cláusula nona da minuta do contrato de concessão, que constou do Edital nº PND-01/95 (desestatização da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. — Escelsa), publicado na *Gazeta Mercantil*, de 25.05.95, cujo teor é o seguinte:

"Subcláusula Primeira

As tarifas de que trata esta cláusula poderão ser reajustadas, a critério do CONCEDENTE, por solicitação da CONCESSIONÁRIA, com objetivo de garantir o equilíbrio econômico-financeiro inicial deste contrato."

Como se observa, a redação da cláusula em questão peca por não estabelecer o critério de reajuste e por embalharar revisão e reajuste.

É de se acrescentar que, nem bem transcorrido um ano da celebração do contrato de concessão com a Escelsa, que se deu em 17.07.95, os jornais já noticiavam a insatisfação dos novos acionistas da empresa com o nível da tarifa em vigor e com a imprecisão da disposição contratual, que trata dos respectivos reajustes e revisões.

Se não é verdade que a legislação referente ao Plano Real impede a previsão de critérios de reajuste, ela certamente tem contribuído para criar um quadro de incertezas. Veja-se, a respeito, a norma constante do art. 70 da Lei nº 9.069, de 29.06.95, que dispõe sobre aquele Plano:

"Art. 70. A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas de serviços públicos far-se-ão:

I — *conforme atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda; e*

II — *anualmente.*

§ 1º O Poder Executivo poderá reduzir o prazo previsto no inciso II deste artigo.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, à fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, reajustes e revisões de que trata a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993."

Diante desse texto, surgem dúvidas quanto à prevalência de estipulações contratuais, que versem sobre reajustes e revisões, o que acaba concorrendo para a elaboração de cláusulas imperfeitas, cheias de lacunas, como aquela que se tomou acima como exemplo.

Mas, se, de fato, pretende-se o aprimoramento do instituto da concessão, como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, faz-se mister afastar os motivos que deram causa ao seu declínio, no passado.

Como assinala, com muita propriedade, Caio Tácito:[3]

"A distancia entre o discurso e a ação abala a credibilidade nas instituições públicas e perturba a convocação da iniciativa privada para a retomada do desenvolvimento."

Assim, impõe-se, antes de mais nada, reformular-se a postura do Governo em relação ao assunto. Mas, mesmo na vigência da atual redação do art. 70 da Lei nº

3 Caio Tácito, *A Nova Lei de Concessões de Serviço Público*, (*in* "Carta Mensal", vol. 41, pág. 27).

9.069, e, até em virtude do período prolongado pelo qual, usualmente, vigoram os contratos de concessão, devem os mesmos encerrar cláusulas que, em consonância com os mandamentos da Lei nº 8.987, contemplem critérios objetivos e claros de reajuste e revisão, posto que sujeita a respectiva aplicação, no momento, e no que for cabível, aos ditames daquela legislação.

Tem-se também discutido se a redação do art. 15 da Lei nº 8.987 afasta, ou não, a possibilidade de julgamento da licitação para concessão de serviço público pelos critérios de *melhor técnica* ou de *técnica e preço*, contemplados na Lei nº 8.666.

Se, por um lado, o prefalado art. 15 se reporta apenas aos três critérios de julgamento, já anteriormente citados, por outro, o art. 18, inciso IX, da mesma Lei, faz referência a "critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento *técnico* e econômico-financeiro da proposta" (grifamos), como dados a constarem do edital.

Predomina, por ora, a tese de que o texto do art. 15 excluiria, no caso de concessões, a licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, sem prejuízo, contudo, de a Administração poder exigir a metodologia de execução, como autoriza o § 8º do art. 30 da Lei nº 8.666, o que explicaria a menção a julgamento técnico, constante do inciso IX do art. 18 da Lei nº 8.987.

Mas — cumpre assinalar — há vozes discordantes. Floriano Azevedo Marques Neto[4] sustenta que os critérios de julgamento, arrolados no art. 15, e os tipos de licitação, contemplados na Lei nº 8.666, coexistem, cabendo, apenas, rejeitar a adoção do tipo *"melhor técnica"*, já que aquela norma da Lei de Concessões impõe a consideração *obrigatória* do critério econômico, sob um de seus três aspectos.

Desperta, outrossim, controvérsia a intelecção do inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, quando se contrasta a norma ali insculpida com as determinações do art. 124 da Lei nº 8.666 (e, já agora, com o previsto no § 2º do art. 5º da Lei nº 9.074).

O art 124 da Lei nº 8.666 reforça a vigência do inciso I do § 2º do art. 7º do mesmo diploma legal, no que respeita à necessidade de existir projeto básico para a licitação de concessão precedida de execução de obra pública.

Porém, na dicção do inciso XV do art 18 da Lei nº 8.987, o edital de licitação de concessão precedida de obra deverá conter, dentre outros dados, apenas "os elementos do projeto básico", que permitam sua caracterização.

Vem, posteriormente, o art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.074, e prevê que aproveitamentos hidrelétricos devem ser licitados com definição do "aproveitamento ótimo", podendo ser atribuído ao vencedor o desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

Como se percebe, a legislação parece ter evoluído no sentido de tornar cada vez mais tênue a obrigatoriedade de o poder concedente dispor de projeto básico antes de licitar.

Cabe indagar se estará devidamente acobertado o interesse público quando o poder concedente promove o certame sem uma inequívoca e adequada definição do que se pretende delegar ao particular. E mais: se a inexistência do projeto permitirá homogeneizar propostas para efeito de julgamento.

4 Floriano Azevedo Marques Neto, *O Critério de Julgamento nas Licitações para Concessão de Serviços Públicos e a Lei Federal nº 8.987/95*, (*in* "Boletim de Licitações e Contratos", junho/95, pág. 269.)

O assunto comporta um aprofundamento não compatível com os propósitos deste trabalho. De toda sorte, recomenda a prudência que, apesar da flexibilidade de que se impregnou a legislação, o poder concedente, sempre que possível, opte por fazer elaborar, previamente à licitação, o projeto básico.

Mais adiante, o art. 19 da Lei nº 8.987 dispõe sobre a possibilidade da participação de consórcios na licitação de concessão de prestação de serviço público, desde que o admita o edital. A redação do permissivo em foco guarda muita semelhança com a do art. 33 da Lei nº 8.666, sendo de se destacar que aquele, ao contrário deste último, não autoriza a exigência aos consórcios de acréscimo de 30% dos valores referentes à qualificação econômico-financeira, requeridos do licitante individual.

À vista de ter o art. 19 em tela disciplinado, por completo, o assunto, parece lícito concluir, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que as disposições sobre a matéria, constantes da lei específica, preponderam sobre aquelas enunciadas no Estatuto das Licitações e Contratos. No magistério de Carlos Maximiliano[5],

"se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga.

.....

Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la . Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria".

Se as normas para a participação de consórcios nas licitações não suscitam, assim, maiores dúvidas, tal já não se pode dizer da faculdade que se oferece ao poder concedente, na forma do art. 20 subseqüente.

Consoante a provisão legal em tela, o edital poderá determinar que, sagrando-se vencedor no certame um consórcio, fique o mesmo obrigado a se constituir em empresa, antes da celebração do contrato.

Compreende-se até que o objetivo almejado pelo legislador tenha sido o de simplificar o relacionamento do poder concedente com o futuro concessionário, impondo ao consórcio licitante a criação de uma pessoa jurídica, voltada para o fim específico de explorar a concessão.

A matéria foi enfocada por Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald,[6] valendo reproduzir os comentários feitos, pelo que têm de esclarecedores:

"Justifica-se a previsão pelo fato de que a organização societária oferece como vantagem a estabilidade maior nas relações internas entre as diversas consorciadas,

5 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição, págs. 358/360.

6 Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, O *Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, 1996, pág. 136.

que passarão a ser sócias, e, igualmente, entre o poder concedente e a sociedade (que consolida os direitos, interesses e obrigações de todos os consorciados), tornando, ainda, desnecessário o recurso da previsão de solidariedade, para a responsabilização civil pelas faltas cometidas na prestação do serviço, cuja reparação será havida diretamente da empresa concessionária."

Todavia, em que pese esse louvável intuito, há que se cercar de cuidado a aplicação do dispositivo em tela, de sorte a harmonizá-lo com o próprio princípio da *licitação obrigatória.*

É preciso exigir-se, no edital, que a empresa a ser constituída pelos integrantes do consórcio detenha, também ela, as condições de habilitação requeridas para a participação no pleito. Do contrário, um consórcio, constituído, por exemplo, por uma conceituada empreiteira, um banco de grande porte e uma projetista de renome pode-se transformar em uma empresa que não preencha as condições de habilitação técnica e econômico-financeira, demandadas para a assunção das obrigações relativas à prestação do serviço público, cuja concessão se licitou.

Na verdade, a nova empresa deverá reunir um amálgama das condições exibidas pelos consorciados, de forma a que não se frustre a escolha *intuitu personae,* feita pelo poder concedente ao declarar vitorioso o consórcio.

Desse modo, a nova empresa não se caracterizará como um *"terceiro"*, que não participou da licitação, mas, antes, como uma entidade que integra as aptidões previamente demonstradas pelos consorciados.

Se não adotadas essas cautelas, a aplicação da disposição em comento poderá implicar, a um só tempo, em vulneração dos princípios insculpidos nos arts. 37 e 175 da Constituição Federal, porque estará ferindo o preceito da licitação obrigatória, e em desobediência aos mandamentos da própria Lei nº 8.987, especialmente àqueles consubstanciados no art. 18, inciso V, dos quais se extrai o comando para que a escolha do concessionário seja precedida da aferição de sua habilitação para a execução do serviço.

Vale lembrar que, não tendo se ocupado o dispositivo em tela de estabelecer quaisquer regras para a constituição da empresa pelos consorciados (tipo de sociedade, quem pode ou deve ser sócio, e assim por diante), será aconselhável que elas venham traçadas no edital.

Cabe ainda uma palavra sobre o tema. A exigência, no edital, de substituição do consórcio por empresa pode significar um óbice à formação de consórcios com a presença de empresas estatais, em face da determinação, contida no inciso XX do art. 37 da Constituição Federal (reproduzida em algumas Constituições Estaduais), no sentido de subordinar a autorização legislativa a participação dessas últimas empresas em empresas privadas. Evidentemente, de um lado, a incerteza quanto à obtenção dessa autorização, e, de outro, o tempo necessário para providenciá-la, incompatível com os prazos para preparo de propostas em licitações, representarão um obstáculo para que se cogite de contar com o concurso daquelas empresas em tais consórcios.

Ora, sabe-se que empresas estatais são hoje as maiores, senão as únicas, detentoras dos conhecimentos técnicos específicos, necessários ao desempenho de determinados serviços públicos, até porque, em alguns casos, coube-lhes a exclusividade,

na respectiva prestação, nas últimas décadas. Por conseguinte, nessa fase de transição entre um regime de prestação de serviços públicos predominantemente pelo Estado e o que agora se inaugura, em que vários deles serão delegados ao empresário privado, seria recomendável que se aliassem o acervo técnico, constituído por aquelas empresas, ao longo dos anos, e os capitais privados, disponíveis para investimento.

Compete, portanto, ao poder concedente, avaliar, tendo presentes as características de cada serviço público, se há interesse no sentido de que empresas estatais agreguem esforços aos de investidores privados, participando da licitação da respectiva concessão.

Note-se, por oportuno, que a própria Lei nº 8.987 não afasta a possibilidade da concessão ser outorgada a empresa estatal; antes, pelo contrário, admite-a, a teor do que prevê o respectivo art. 17, parágrafo único. Tal possibilidade também se infere do art. 32 da Lei nº 9.074.

Essa parceria entre concessionários estatais e capitais privados já vem sendo articulada, sobretudo no setor elétrico, para conclusão de hidrelétricas inacabadas. Nada impede, todavia, que ela se dê com vistas à participação na licitação de uma nova concessão.

Se a decisão se inclinar pela otimização, em proveito da sociedade, de todos os recursos técnicos e financeiros em oferta, aí compreendidos aqueles de que dispõem uma ou várias estatais, melhor será que o poder concedente não se valha da faculdade de exigir a constituição de empresa, que, na prática, como se viu, pode inviabilizar o concurso daquelas estatais. A lei, frise-se, não tornou imperativa a constituição de empresa: deu uma mera alternativa ao poder concedente. Logo, nada impede que o edital preveja a adjudicação do contrato a consórcio, se vencedor.

Vem rendendo, outrossim, ensejo a polêmica a interpretação do que pretendeu o legislador ao erigir, consoante o inciso XV da cláusula 23 de Lei nº 8.987, como uma das cláusulas essenciais do contrato de concessão, aquela relativa ao foro e — aí reside a controvérsia — ao "modo amigável de solução das divergências contratuais".

O Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 286/93, assentara entendimento no sentido da inadmissibilidade de juízo arbitral em contratos administrativos, em resguardo de princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).

No rumo da mesma vertente, o Tribunal Federal de Recursos negara homologação de laudo arbitral que encerrava pendência entre órgão da administração federal indireta e empresa privada (decisão na Apelação Cível nº 137.279, publicada no *Diário da Justiça,* de 26.06.1989).

Mais recentemente, todavia, em face da novidade introduzida pelo dispositivo que ora se perscruta, o Tribunal de Contas da União, aparentemente, maleabilizou a opinião antes perfilhada, passando a aceitar a inclusão, nos contratos de concessão, de cláusula que estabeleça a arbitragem para solução de conflitos, desde que a mesma observe o princípio da indisponibilidade do interesse público. (Decisão nº 188/95, mencionada no bojo da Decisão nº 394/95, publicada no *Diário Oficial da União,* Seção I, de 28/08/95.)

É bem de se ver que, na prática, a diretriz traçada pelo Tribunal inviabiliza a adoção do juízo arbitral. Isto porque, evidentemente, não se vislumbra hipótese de arbitragem em que, de alguma forma, não se entregue a um terceiro (o árbitro) a decisão sobre os interesses envolvidos na pendência.

Assim, no particular, o Tribunal de Contas da União, ao interpretar a lei, acaba por torná-la inócua para os fins almejados pelo legislador.

Se, como regra, a pessoa administrativa não pode dispor dos interesses públicos confiados à sua cura, na hipótese em tela ela o faria com respaldo em expressa autorização legal, inserida no dispositivo em comento, ficando, portanto, perfeitamente atendido o princípio da legalidade.

No ponto que ora se examina, andou bem o legislador. Compreendeu ele a necessidade de, em determinadas circunstâncias, flexibilizar o regime jurídico do Direito Administrativo, autorizando a previsão de composição amigável entre as partes, sem recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em contratos de longa duração, como são os de concessão de serviço público, cuja continuidade, inclusive, há que ser preservada. Afigura-se razoável contar com alternativas e soluções que ajudem a superar, satisfatória e agilmente, as eventuais controvérsias, surgidas no percurso de extenso trato contratual.

Sobreleva, ademais, meditar sobre a autorização para transferência de concessão, contemplada na redação do art. 27 da Lei nº 8.987.

Calha acentuar que o exame do processo de elaboração legislativa que culminou na edição da supracitada lei revela que, ao reverso do que afinal predominou, a transferência de concessão não estava, inicialmente, admitida.

O Projeto de Lei do Senado nº 179, de 1990, a ela não aludia. Já o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado (nº 202/91) estipulava, no art. 25:

"Art. 25 — São vedadas:

I — a transferência da concessão; e

II — a subconcessão."

Põe-se, destarte, como um desafio, para o intérprete, investigar o que teve em mente o legislador, ao permitir, no dispositivo em questão, a transferência da *concessão,* mediante simples anuência do poder concedente, quando, no artigo anterior (art. 26), cuidou de submeter a subconcessão à prévia realização de concorrência. Registre-se a aparente incoerência do texto legal, eis que a cessão parcial supõe anterior competição e a transferência, certamente mais radical, depende, apenas, de concordância do poder concedente.

Alguns autores já manifestaram sua perplexidade diante da possibilidade de transferência da concessão, deferida pelo art. 27, em tela. Assinalam ora a infringência à regra constitucional de licitação obrigatória, com o repasse do contrato a terceiro, que não se submeteu ao certame, ora a contradição entre o disposto nos arts. 26 e 27.

Entende Toshio Mukai[7] que o dispositivo em análise e respectivo parágrafo

7 Toshio Mukai, *Concessões e Permissões de Serviços Públicos — Comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à Medida Provisória 1.017/95, das Concessões do Setor Elétrico,* págs. 52/53.

único são inconstitucionais, pois ofendem o princípio da licitação para outorga de concessão, vulnerando o art. 175 da Constituição Federal.

Colhe-se, ainda, a seguinte opinião de Antonio Carlos Cintra do Amaral[8]:

"Paradoxalmente, a lei exige a realização de licitação para subcontratação (§ 1º do art. 26) e omite-se em relação à transferência (art. 27).

É óbvio que, se para subconceder (concessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida a realização de licitação para transferência de concessão (cessão total). Feriria o princípio constitucional da isonomia (igualdade) a transferência da concessão sem realização prévia de licitação."

Em comentário ao artigo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[9] aduz:

"O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita "sempre através de licitação"; ora, sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória"

Na mesma linha, Helli Alves de Oliveira[10], dissertando sobre o assunto, assinala:

"A transferência da concessão, a nosso ver, esbarra e fere princípio da licitação, uma vez que para a outorga da concessão, o poder concedente e o concessionário foram obrigados a se submeter aos princípios e procedimentos legais para a seleção, resultando na concorrência aberta e transparente de todos os interessados. Portanto, não cabe a uma personagem envolvida, seja poder concedente ou concessionário, decidir sobre uma terceira, alheia ou não ao certame realizado, que irá executar e/ou prestar o serviço."

Mas, a despeito das respeitáveis e fundadas opiniões acima reproduzidas, cabe ao intérprete, tanto quanto possível, extrair do texto legal a exegese que confira às palavras e definições conotação útil e que, ao demais, se revele compatível com os ditames constitucionais aplicáveis à matéria.

Já enunciava o antigo brocardo que *"devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia" ("verba cum effectu, sunt accipienda").* Na lição sempre lúcida de Carlos Maximiliano:[11]

"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, *prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".*

Ou ainda:[12]

8 Ob. cit., pp. 11/12.

9 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 1996, pág. 75.

10 *Os Serviços Públicos de Energia Elétrica e a Nova Legislação sobre Concessões* (*in* "Concessão de Serviço Público", pág. 51.)

11 Ob. cit., pág. 166.

12 Ob. cit., pig. 305.

"Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda *dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público."*

Nessa ordem de idéias, não deve o intérprete descartar, desde logo, a aplicação do art. 27, sob a alegação de inconstitucionalidade, até porque o administrador não se absterá de fazê-lo incidir nas hipóteses concretas. Vale a pena, portanto, contribuir para que se busque uma solução, a um só tempo, razoável e compatível com o preceito constitucional.

Em primeiro lugar, verifica-se que, embora aparentemente paradoxal, pode haver justificativa para que se imponha a licitação para a subconcessão e, não assim, para a transferência, até porque, em um caso, ela é viável e, no outro, não.

Veja-se, por exemplo, a *subconcessão* da exploração de uma rodovia. É legítimo supor-se que as condições a serem preenchidas para a manutenção de parte da estrada não sejam as mesmas exigíveis para toda sua extensão. Mostra-se possível, por isto mesmo, que a competição a ser travada, no caso de subconcessão dessa rodovia, diferencie-se daquela realizada para a concessão de exploração da rodovia toda, envolvendo, inclusive, interessados de outro porte, com características adequadas à prestação de serviços, que como visto, possuem configuração diversa. Revela-se, por conseguinte, exeqüível e vantajosa a instauração de outro certame.

Tome-se o mesmo exemplo da exploração de rodovia, imaginando-se, agora, que se tencione *transferir* a concessão.

Ao reverso do que ocorre na subconcessão, se o poder concedente fosse compelido a abrir licitação para escolha do novo concessionário, estaria adstrito a manter o mesmo nível de exigências, estabelecido na licitação para a outorga da concessão.

A competição, nesta hipótese entre candidatos do mesmo porte daqueles que acorreram à primeira licitação, seria, na prática, pouco ou nenhuma, já que os interessados na transferência não poderiam ofertar preço superior ao constante da proposta do concessionário anteriormente eleito.

Percebe-se, do exposto, que subconcessão e transferência de concessão são situações diversas; em face de suas singularidades, estão a merecer soluções distintas.

Não se está sugerindo, todavia, que, por inviável a licitação, esteja o poder concedente livre de amarras para autorizar toda e qualquer transferência de concessão.

Parece, antes, que, com o art. 27, quis o legislador dotar o poder concedente de uma alternativa que, estabelecendo-lhe parâmetros para o exercício do poder discricionário, facilitasse o atendimento do interesse público, em circunstâncias específicas.

Volte-se ao exemplo da exploração da rodovia e figure-se, agora, que o concessionário apresente ao poder concedente uma alternativa de manutenção da estrada que, valendo-se de sofisticada inovação tecnológica, redunde em otimização de custos e, por conseguinte, enseje a redução do pedágio. Admita-se que a adoção dessa proposta dependa da transferência da concessão para um consórcio, que congregará aquela concessionária e a empresa detentora da nova tecnologia, e que

responderá, na forma do contrato de constituição do mesmo consórcio, solidariamente, pelas obrigações derivadas do contrato em vigor.

No caso, o requisito constitucional de realização da licitação foi atendido, quando da outorga da concessão. De mais a mais, o consórcio interessado na transferência reúne todas as condições de habilitação, exigíveis para a assunção do serviço, até porque integrado pelo próprio concessionário original, que já as havia preenchido, agregando-se às mesmas as vantagens ofertadas pela técnica revolucionária, concebida pelo outro consorciado, tudo com repercussão favorável no preço cobrado do usuário.

Na verdade, o contrato de concessão poderia prosseguir com o concessionário original, que, em nenhum momento, perdeu as condições que o fizeram vitorioso no certame. Ora, se ele poderia permanecer como único concessionário, a um custo mais alto para o usuário, em que medida estariam quebradas as regras da isonomia, e mesmo da licitação obrigatória, por se associar, em consórcio, a um terceiro, com ganho para o mesmo usuário?

A maleabilidade introduzida pelo art. 27 favorece, no exemplo apresentado, e certamente o fará em outras hipóteses, o interesse público, sem que se possa dizer violada a Constituição. Até pelo contrário, com a transferência, estará o poder concedente dando cumprimento aos princípios constitucionais da finalidade e da razoabilidade.

Pode, assim, o poder concedente, diante do caso concreto, atento à diretriz constitucional e às balizas legais, usar da competência discricionária, concordando, ou não, com eventuais transferências de concessão.

Outras indagações, derivadas da interpretação da Lei nº 8.987, já têm vindo à baila. Somos, porém, compelidos a nos restringir aos pontos até aqui abordados, eis que o apertado escopo deste trabalho não comporta maiores digressões sobre referido diploma legal.

III. *Lei nº 9.074: Algumas dificuldades*

Questões, não menos instigantes para o intérprete, emergem das providências instituídas pela já citada Lei nº 9.074, que veio complementar a disciplina das concessões de serviços públicos, contida na Lei nº 8.987.

Ao tempo em que abranda o rigor dos arts. 42 e respectivos parágrafos e 43, parágrafo único, da Lei nº 8.987, permitindo a prorrogação de concessões de geração de energia em hipóteses para as quais se previa a extinção da concessão, a Lei nº 9.074 tem a maior parte de suas disposições dedicada ao estabelecimento de regras relativas aos serviços de energia elétrica (Capítulo II) e à reestruturação dos serviços públicos concedidos (Capítulo III).

A lei ora em apreciação apresenta, é certo, até pela complexidade da matéria que regula, imperfeições e dificuldades para o intérprete, algumas delas adiante enfocadas.

Mas, a par disso e antes de mais nada, deve-se realçar que ela tem o mérito de contemplar um conjunto de normas, que ensejam a adoção de soluções, inclusive no

campo das parcerias entre as esferas pública e privada, hoje tão necessárias quanto celebradas, pelo que contribuem para o soerguimento de setor carente de investimento.

Dentre essas regras, cumpre destacar aquela inserida no art. 18, que propicia embasamento jurídico à formação de *consórcio* para geração de energia elétrica para fins de serviço público, para uso exclusivo dos consorciados, para produção independente ou para essas atividades associadas.

Além dessa autorização genérica para formação de consórcios, dispõe-se, também agora, no plano legal, mercê da norma insculpida no art. 21, de uma específica, voltada para a constituição de consórcios que retomem e concluam obras, referentes a empreendimentos de geração de energia, paralisadas ou em atraso, quando do advento da Lei nº 8.987. Nessa hipótese, a concessão original é transferida, pela concessionária de geração de energia, para o consórcio, constituído entre esta e terceiros.

Por força do parágrafo único desse art. 21, ficou convalidada a situação de consórcios formados ou em formação na data da publicação da lei. Desse modo, legitimou-se, por exemplo, o consórcio formado para a construção e exploração da Usina Hidrelétrica de Igarapava, da Cemig.

As dúvidas que cercam a transferência de concessão já foram abordadas anteriormente. Pode-se entender que transferência de concessão que se impõe pela aplicação do art. 21 seria uma daquelas hipóteses, a que aludimos na primeira parte deste trabalho, em que, além de não se configurar violação à Constituição Federal, fica priorizado o atendimento do interesse público, ameaçado pela possível escassez de energia.

Mas, como mencionamos, a Lei nº 9.074 trouxe também dúvidas. Estas já aparecem na leitura das disposições constantes do respectivo art. 2º, convergindo alguns opinamentos em lhes apontar falhas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[13] a elas se refere, enfatizando ser inconstitucional a exigência de lei autorizativa para a prática de um ato tipicamente administrativo, como é a outorga de concessão. Vislumbra, aí, a ingerência de um poder (Legislativo) sobre o outro (Executivo), sem dispositivo constitucional que a respalde, com quebra, portanto, do princípio da separação de poderes. Na verdade, o art. 175 da Constituição Federal se limita a determinar que os serviços públicos serão prestados diretamente ou mediante concessão ou permissão, enunciando as matérias que serão regulamentadas por lei ordinária, dentre as quais *não* se inscreve a caracterização das hipóteses de delegação.

Arnoldo Wald, Luiza R. de Moraes e Alexandre de M. Wald[14], dando conta dessa impropriedade, sugerem, para contornar o problema que

"o Legislador edite norma genérica, delegando atribuição ao Chefe do Executivo (a quem cabe a organização e a administração do serviço público) para definir os casos em que a delegação será feita a terceiro...."

13 Ob. cit., págs. 47/48.

14 Ob. cit., pág. 176.

Os parágrafos 2º e 3º do art. 4º da lei em comento tratam de estipular os limites de prazo das concessões de geração (trinta e cinco anos) e de distribuição e transmissão (trinta anos) de energia elétrica, contratadas a partir de sua entrada em vigor. Nesses dispositivos, refere-se, como, de resto, é próprio da concessão, que a estimativa de prazo considerará a necessidade de amortização do capital investido.

Ainda nos mesmos dispositivos, encontra-se a autorização para prorrogação da concessão dos serviços acima aludidos, no máximo por período igual ao inicial, a critério do poder concedente.

A indefinição, de um lado, quanto à própria prorrogação, e, de outro, quanto à respectiva extensão, impede que se conheça, de antemão, o dimensionamento do prazo total da concessão e, portanto, do tempo disponível para a amortização dos capitais nela vertidos, o que repercute na fixação da tarifa.

Presume-se que, diante disso, tanto o proponente, na hipótese de licitação *pelo menor valor da tarifa,* quanto o poder concedente, no caso da *maior oferta pela outorga da concessão,* levarão em conta, para determinação da tarifa, apenas o prazo inicial da concessão. Caberá, destarte, ao poder concedente, na oportunidade de eventual prorrogação, buscar a adequação da tarifa, para o novo período contratual, eis que, provavelmente, a essa altura, o investimento já estará amortizado.

Aliás, cumpre registrar que, na disciplina da prorrogação das concessões, o texto legal em apreço desbordou daquela margem de liberdade deixada, por vezes, ao administrador para que, à vista do caso concreto, possa ele, no exercício da discricionariedade, atuar com a agilidade e justeza que se espera da resposta estatal.

Se é certo que a lei não logra prever soluções para todos os fatos plurais da vida, não é menos certo mostrar-se desejável que ela coloque balizas que delimitem, minimamente, a prática da atividade discricionária, o que, na espécie, não ocorreu.

Vem a propósito a lição de Hely Lopes Meirelles[15]:

"Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa, confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador, e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção, na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato".

Não obstante a imprecisão das normas ínsitas aos parágrafos em tela, deverá o poder concedente, como óbvio, deliberar sobre as prorrogações, atento à *finalidade* que presidiu à sua autorização, pela lei, levando em conta, dentre outros aspectos, a adequação dos serviços que vêm sendo prestados e as vantagens que advirão da manutenção do concessionário para a continuidade dos mesmos serviços e para a modicidade das tarifas.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello[16], aplicável ao articulado nas provisões comentadas,

"...nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discrição administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida

15 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 7ª edição, pág. 144.

16 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo,* 5ª edição, pág. 27.

pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas inexatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpra quando a Administração adota medida discrepante do razoável".

Os termos com que redigido o art. 6º também se revelam elásticos em demasia. Mas, para que possamos analisá-los, convém que nos detenhamos, um pouco, na figura do chamado produtor independente de energia elétrica.

A Lei nº 9.074, em seu art. 11, define o produtor independente de energia elétrica como

"a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida por sua conta e risco".

Malgrado a canhestra formulação, infere-se da definição acima que o produtor independente (pessoa jurídica ou consórcio) receberá concessão ou autorização para produzir energia, por sua conta e risco, podendo vender toda essa energia ou parte dela.

Vale a pena, agora, contrastar essa definição com a de concessionário de serviço público, que se extrai do art. 2º da Lei nº 8.987. Assim é que, à luz deste dispositivo, compreende-se ser concessionário de serviço público a pessoa jurídica ou o consórcio que, escolhido mediante concorrência, receba delegação para prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Percebe o intérprete, interessado na distinção entre o concessionário de serviço público de geração de energia elétrica e o produtor independente de energia elétrica que:

a) produtor independente e concessionário de serviço público podem ser pessoa Jurídica ou consórcio;

b) produtor independente e concessionário de serviço público produzem energia para vendê-la;

c) produtor independente e concessionário de serviço público atuam por sua conta e risco;

d) produtor independente e concessionário de serviço público têm seu relacionamento com o poder concedente sujeito a um termo final, já que, hoje, à luz do art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666 não há contrato administrativo por prazo de vigência indeterminado.

A diferença entre ambos estaria, se tomarmos apenas as definições, em que o produtor independente pode, eventualmente, utilizar, ele próprio, a energia que produzir, à maneira de autoprodutor. O outro traço distintivo — forma de escolha e modalidade de contrato que celebram com o poder concedente —, na verdade, não concerne à conceituação do que seja cada um deles, mas, antes, dela decorre.

Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald[17] explicam que *"configura-se a produção independente quando a venda da energia elétrica gerada é o objetivo do empreendedor por sua conta e risco".*

17 Ob. cit., págs. 192/3.

assinalando que

"o legislador da Lei nº 9.074/95 consignou o conceito de que o produtor independente não é um autoprodutor, mas também não é um concessionário de serviço público de energia elétrica".

A verdade é que, a partir da definição contida na Lei nº 9.074, não se consegue atinar a natureza jurídica do produtor independente. Não se cuida de preocupação meramente acadêmica, mas de suma importância para a identificação do regime jurídico a que ficará subordinado.

O ponto crucial da questão consiste em averiguar se a criação da figura do produtor independente pode ser conciliada com o tratamento dispensado, pela Constituição Federal, à prestação de serviços, na área de produção de energia elétrica.

Nessa linha, a investigação da natureza jurídica do produtor independente pressupõe que se assentem alguns conceitos, sendo o primeiro deles o de serviço público.

A noção de serviço público não é uniforme na doutrina, variando conforme as exigências de cada povo, a cada época.

Já dizia Laubadère[18] que

"il n'existe pas de service public par nature".

Artigos recentemente escritos sobre temas ligados a concessão têm tomado o conceito traçado por Celso Antônio Bandeira de Mello[19] como o que mais aclara os contornos do serviço público. Ele assim se enuncia:

"Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público."

Esta definição aponta dois elementos caracterizadores do serviço público. Um deles é o substrato material, ou seja, a referência a atividades que um Estado, em um determinado momento, assume como próprias. O outro, formal, consiste na sujeição dessas atividades ao regime de direito público, que impõe, por exemplo, a submissão ao princípio da legalidade; a utilização de técnicas autoritárias pelo Estado, como a prática de atos unilaterais; a continuidade necessária das atividades etc.

Como preleciona Marco Aurélio Greco[20],

"o que caracteriza o serviço público é o regime a que está submetida uma certa atividade....

.....

Não resta dúvida de que o regime jurídico peculiar é que servirá para extremar o que especialmente se deve entender por serviço público".

Do exposto, vê-se que cabe ao Estado erigir determinada atividade como serviço público. Como ele o faz? Há atividades que são assim desde logo caracterizadas na Constituição Federal. Outras poderão ser qualificadas como tal, respeitados os limites

18 Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, pág. 19.

19 Ob. cit., pág. 348.

20 Marco Aurélio Greco, *Aspectos da Concessão de Serviço Público* (*in Revista de Direito Público*, vol. 21, pág. 57.)

traçados na Carta, já que, no que toca à ordem econômica, esta preserva a livre iniciativa.

A Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XII, letra *b*, indica como serviços públicos, privativos da União, *a serem por ela explorados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão,*

"os serviços e instalações de energia elétrica *e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*" (grifamos).

Tem-se aí, como primeira premissa, que tais serviços — e todos eles, sem restrição alguma — são, portanto, por definição constitucional, serviços públicos: ou o Estado os presta ou atribui o seu exercício a um terceiro, sob a forma, também já delineada na Constituição, a saber, autorização, concessão ou permissão.

Cabe aqui apenas ressalvar que, como pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro[21],

"aquela mesma atividade que constitui serviço público *propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas".*

Mais adiante, o art. 175 da Carta Magna, como já aqui referido, institui a obrigatoriedade de licitação para seleção do concessionário ou permissionário e traz a matriz da legislação que deveria conter as regras sobre o regime das concessionárias e permissionárias.

Em cumprimento ao desiderato constitucional, foi editada, como vimos, a Lei nº 8.987, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Extrai-se aqui outra premissa: as regras inscritas na Lei nº 8.987 estão voltadas para o regime de prestação de *serviço público, por parte de concessionário ou* permissionário.

Nesse contexto, promulga-se a Lei nº 9.074, que *"estabelece normas para outorga e prorrogação das* concessões e permissões de serviços públicos *e dá outras providências"* (grifamos), criando-se, na forma do respectivo art. 11, já citado, a figura do produtor independente de energia elétrica.

De fato, se cumpre ao Estado estabelecer o que é serviço público; se, na Constituição Federal, o Estado qualificou como serviço público, dele privativo, sem nuances ou exceções, a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica; se os serviços públicos assim qualificados só podem ser prestados por ele, Estado, ou por concessionário ou permissionário de serviço público, então ou o produtor independente — que produzirá energia — é concessionário de serviço público ou, na vigência da atual redação dos dispositivos constitucionais citados, não poderia existir.

Nessa trilha, Marco Aurélio Greco[22] declara, com base na doutrina italiana:

".....pode-se afirmar que a liberdade de opção do legislador ordinário é abso-

21 Ob. cit., págs. 84/85.

22 Ob. cit.

luta, só encontrando barreira nos dispositivos constitucionais diante dos quais deve flectir-se. É que, quando a Constituição impõe a uma pessoa política o dever de desempenhar uma certa atividade, assim procedendo não dá liberdade de opção ao legislador ordinário....."

Mas, a esta visão contrapõem-se outras ponderações.

De um lado, temos os fatos, o aspecto prático. Argumenta-se que a introdução do produtor independente no cenário do setor elétrico traz diversas vantagens, tais como maior competitividade e a possibilidade de se atenderem consumidores que ou o Estado não consegue suprir ou, para fazê-lo, deixaria de atender outros tantos.

Do ponto de vista jurídico, cabem também algumas considerações, sendo a primeira delas atinente à imprestabilidade da criação do produtor independente, como uma figura especial, se de concessionário se tratasse.

Assenta, mais uma vez, aqui, o magistério de Carlos Maximiliano[23], já citado neste trabalho, no sentido de que se deve preferir a interpretação que faça eficiente a providência legal àquela que a torne inócua e, mais, de que se deve perseguir a exegese da norma que a torne compatível com os preceitos constitucionais.

No caso específico, como compatibilizar as contradições apontadas entre a figura do produtor independente e o raciocínio que deflui do texto constitucional?

Em primeiro lugar, para justificar a existência do produtor independente, é preciso que se suponha que ele *não é concessionário de serviço público.* Do contrário, estaria o intérprete incorrendo no erro de admitir que a Lei nº 9.074 contém palavras e, mais do que palavras, conceitos inúteis, já que, se produtor independente e concessionário de serviço público se confundem, bastariam, no particular, as disposições da Lei nº 8.987.

Mas, se o produtor independente não é concessionário de serviço público e se, não obstante isto, admite-se que ele produzirá energia elétrica, como harmonizar os permissivos da Lei nº 9.074 sobre ele, produtor independente, com o sistema constitucional, pelo qual os serviços e instalações de energia elétrica ou são explorados diretamente pelo Estado ou o são pelo concessionário ou permissionário de serviço público?

Afigura-se como uma alternativa esmiuçar, em nível de regulamento, a idéia de que, na hipótese de venda de energia elétrica pelo produtor independente, este serviço se despiria da condição de serviço público. Em outras palavras, aquele que optasse por ser atendido pelo produtor independente abriria mão das vantagens inerentes ao serviço público, em troca dos benefícios que daí adviriam. Por seu turno, o gerador ficaria sujeito às leis de mercado, correndo os riscos correspondentes.

Trata-se, é obvio, de uma sugestão ousada, até porque pode-se alegar que a lei, e menos ainda o regulamento, não teriam o condão de distinguir onde a Constituição não o fez.

Mas, quer-se crer que, através do caminho apontado, na pior das hipóteses, tenta-se enxergar os óbices existentes e contorná-los, na busca de solução mais consistente e razoável. Parece-nos insuficiente afirmar que o produtor independente

23 Ob. cit., pág. 166.

não é concessionário de serviço público. É necessário, antes, dizer o que ele é, e como convive com a ordem jurídica vigente no País, ou seja, a que regime se encontra submetido.

Evidentemente, ainda que se adote solução na linha do acima aventado, outros aspectos terão que ser ponderados, e regulados, dado que, nas hipóteses previstas nos incisos IV e V do art. 12 da Lei nº 9.074, o produtor independente fará as vezes de concessionário de serviço público.

Certamente, em virtude da dificuldade em determinar a natureza jurídica do produtor independente, traçando-lhe contornos que o diferenciem do concessionário de serviço público, e, mais ainda, em decorrência da árdua tarefa de harmonizá-lo com os preceitos constitucionais, relativos a serviços de energia elétrica, o fato é que a Lei nº 9.074 mostra-se omissa e claudicante nas disposições que a ele se referem.

Assim, o art. 5º prescreve que será objeto de concessão, mediante licitação,

"II — o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 KW, destinados à produção independente de energia elétrica."

Mais à frente, o art. 6º, já mencionado, prima pela imprecisão quando enuncia que *"as usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização"*.

Reza, por outro lado, o parágrafo único do art. 11 que

"o produtor independente de energia elétrica está sujeito a regras operacionais e comerciais próprias, atendido o disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou ato de autorização".

Adiante, o art. 13 explicita que o aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, será objeto de concessão de uso de bem público.

São inúmeras e complexas as questões que derivam de toda essa indefinição e falta de rigor técnico na elaboração legislativa.

Desse modo, voltando ainda uma vez ao art. 6º, não se concebe a razão pela qual não está ali contemplado o critério da adoção de autorização ou de concessão, precedida de licitação, para a implantação de termelétricas pelo produtor independente. Deixa-se, também, ao intérprete supor que a concessão, neste caso, será de uso de bem público, como expressamente determinado, no art. 13, *para o aproveitamento de potencial hidráulico.*

De mais a mais, se admitida a idéia de que o produtor independente não presta serviço público, surgem questionamentos ligados às regras que presidem o seu desempenho e o relacionamento com o poder concedente.

Já se tem discutido, por exemplo, as formas de extinção do contrato do produtor independente com o Poder Público e, singularmente, fruto da própria ambigüidade da figura criada, fala-se em encampação e caducidade.

A *encampação e a caducidade* são algumas das formas de extinção, típicas, próprias, do contrato de concessão de *serviço público.*

Como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Melo[24], no seu clássico estudo sobre concessões, a encampação consiste

24 Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, *Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público, (in Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, pág. 209.).

"no ato jurídico pelo qual o poder concedente chama a si, no curso da exploração, a empresa, para execução do serviço que vinha sendo levado a efeito por terceiros, mediante delegação.

O serviço, apesar de concedido, continua a ser serviço público, por conseguinte, permanece o Estado com a prerrogativa de explorá-lo nos moldes mais convenientes à coletividade...."

Fica claro que a encampação tem raiz e justificativa na natureza do serviço que se presta, cuja continuidade ficará a cargo do Poder Público, a quem cabe, originariamente, prestá-lo, ou a quem ele entenda oportuno e conveniente. Nas palavras de Marcello Caetano[25], a faculdade de encampar

" é característica das concessões a longo prazo, constituindo um meio de defesa dos interesses coletivos de que o concedente poderá usar quando o concessionário, embora cumprindo formalmente as cláusulas da concessão, não assegura a exploração do serviço público em termos satisfatórios para a coletividade, ou quando se entenda que politicamente não convém continuar a empregar o processo de gestão indireta".

Já a caducidade é a nomenclatura da rescisão por inadimplemento do contrato, também específica para os contratos de concessão de serviço público.

Constitui traço distintivo do serviço o regime a que se encontra sujeito, a diferençar o serviço público dos demais serviços.

Infere-se, portanto, que só terá cabimento aplicar as modalidades de extinção acima indicadas ao contrato com o produtor independente se se concluir que ele presta serviço público e que, por essa razão, deve celebrar contrato de concessão de serviço público.

De outra parte, ao perfilhar-se a opinião de que o produtor independente não é concessionário de serviço público, torna-se impróprio prever no contrato que firmará com o Poder Público aquelas formas de extinção.

Ao contrato de concessão de uso de bem público que, consoante o art. 13 da Lei nº 9.074, será celebrado com o produtor independente, aplicam-se as regras e os institutos de Direito Administrativo, contidos na Lei nº 8.666, mais especificamente a revogação e a rescisão.

Já ensinava M. Seabra Fagundes[26]:

"A rescisão e o resgate ou encampação constituem modalidade de revogamento integral aplicáveis, aquela aos contratos de direito público, em geral, e esta às concessões de serviço público."

A se enveredar pela alternativa de que o produtor independente não é concessionário de serviço público, atendendo às peculiaridades do contrato que celebrará, pode-se prever, no mesmo, pagamento de indenizações, nas hipóteses de revogação por interesse público ou de rescisão pela Administração.

A propósito, podemos citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:[27]

25 Marcelo Caetano, *Manual de Actividade Administrativa,* tomo II, págs. 1.046/7

26 M. Seabra Fagundes, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, (in Revista de Direito Administrativo,* Seleção Histórica, pág. 57).

"A concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual, como o nome já indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica. Se o Poder Público, instado por conveniências administrativas, pretende rescindi-lo antes do termo estipulado, terá de indenizar o concessionário."

Outra dúvida que já vem sendo freqüentemente suscitada diz respeito à possibilidade de reversão das instalações destinadas à produção independente.

Anteriormente à edição da Lei nº 8.987, não havia consenso na doutrina a respeito da chamada "reversão", que consiste na transferência dos bens do concessionário para o concedente, em conseqüência da extinção da concessão.

Prevalecia o entendimento de que o regime de bens da concessão se insere na parte contratual da mesma, cabendo às partes fixá-lo. Sustentavam alguns juristas que, à falta de estipulação contratual, presumia-se a possibilidade de reversão, onerosa ou gratuita.

A legislação do setor elétrico, de seu turno, já previa que dos contratos de concessão constasse cláusula, estipulando as condições da reversão.

A Lei nº 8.987, em seu art. 35, § 1º, determina que, extinta a concessão (de serviço público, porque é dela que ali se cuida), retornam ao poder concedente os bens reversíveis.

Já vimos que, se o produtor independente não reveste a condição de concessionário de serviço público, descabe aplicar-lhe as disposições próprias do regime de concessão de serviço público.

Mas, se isso é verdade, não menos real é a constatação de que parte dos motivos que justificam a reversão subsiste no caso do produtor independente . É que os bens aplicados aos serviços só têm serventia para o produtor independente na vigência de seu relacionamento com o poder concedente, tanto mais que, no caso do setor elétrico, não podem, em geral, ser removidos. De outra parte, para o poder concedente eles podem ser valiosos, em futura contratação.

Seria, portanto, o caso de se cogitar de, em regulamento, prever a transferência dos bens do produtor independente para o concedente, ainda que não se a denomine reversão, e a forma de eventual indenização.

Outro tópico que demanda uma reflexão mais aprofundada é o que diz respeito às regras a que fica submetido o produtor independente, quando estiver atuando na qualidade de concessionário de serviço público (incisos IV e V do art. 12, já aludido). Somos de opinião que, nessa circunstância, o razoável seria que ficassem assegurados ao usuário os benefícios de serviço público (regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas) já que, naqueles casos, o usuário não terá optado por ser atendido pelo produtor independente, socorrendo-se dele ou por negociação feita pelo concessionário local de distribuição ou compelido pela emergência.

Convida, outrossim, à meditação a norma inscrita no art. 27 da lei em análise, pela qual fica permitida a realização de leilão, no lugar da concorrência, para outorga

27 Ob. cit., pág. 447.

de *nova concessão,* simultaneamente à privatização de empresas sob controle direto ou indireto da União, prestadoras de serviços públicos, e à prorrogação das concessões existentes.

Esse dispositivo se harmoniza com as regras contidas na Lei nº 8.031, de 12.04.90, que cria o Programa Nacional de Desestatização (alterada por Medidas Provisórias, que vêm sendo editadas mensalmente), em particular com aquelas ínsitas ao art. 4º e 8º, mencionando, uma, como modalidades de desestatização, a alienação de participação acionária (inciso I) e a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (inciso VI) e associando, a outra, a privatização da empresa prestadora de serviço público à delegação de concessão ou permissão do serviço a ser explorado.

Se a questão da transferência das concessões existentes para a empresa privatizada, conquanto controvertida, pode ser solucionada, como já expusemos, nos comentários feitos ao art. 27, parágrafo único da Lei nº 8.987, temos aqui a novidade de outorga de concessão, não mediante concorrência, mas através de leilão.

Desfiam-se alguns argumentos em desfavor da adoção do leilão para outorga de concessão.

Toshio Mukai[28] está entre os que entendem que o leilão não preenche a exigência de licitação para outorga da concessão, decorrente do art. 175 da Lei Fundamental.

Por via da concessão, defere-se ao particular poder jurídico sobre uma manifestação da administração pública, transferindo-se-lhe um feixe de privilégios e prerrogativas de direito público. Por esse motivo, faz-se imprescindível o acurado exame prévio das condições que dele se exigirão, para que bem possa dar conta do exercício desse serviço, que prestará em nome do Poder Público.

Pode-se, pois, supor, que, embora o art. 175 da Carta Magna não decline a modalidade da licitação que impõe seja feita, tenha sido intento do legislador o de submeter o interessado na concessão a esse exame. Nessa linha, a Lei nº 8.987 terá eleito a concorrência como a modalidade de licitação cabível para a seleção de concessionária, porque comporta ela a fase de habilitação, na qual se pode averiguar a plena qualificação dos candidatos ao futuro contrato de concessão.

Efetivamente, não diz com a vocação do leilão — no caso, oferta de lances para aquisição de controle acionário — ensejar que se perscrute o atendimento de requisitos tais como, por exemplo, a capacitação técnica para o desempenho de determinado serviço público.

Dessa sorte, licitar controle acionário não significaria licitar a concessão. Em um caso, busca-se a melhor oferta; no outro, pretende-se a menor tarifa, ou a maior oferta pela concessão, ou a combinação dos dois, de proponente cuja capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal tenham sido preliminarmente aferidas.

É, ainda, curioso observar que, na hipótese de concorrência, exceção feita ao consórcio que se transforme em empresa, mercê do disposto no art. 20 da Lei nº 8.987, o licitante (pessoa jurídica ou consórcio) será o futuro concessionário. No

28 Ob. cit., págs. 89/91.

caso do leilão, a concessão será licitada pelos interessados no controle acionário da empresa a ser privatizada e o concessionário será esta última, já em mãos da iniciativa privada: ou seja, licitante e concessionário são pessoas diversas.

Há, no entanto, uma vertente de opinião que entende adequada e harmônica com o ordenamento constitucional a adoção do leilão para fins de escolha do concessionário. Filiam-se a essa corrente Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald[29], que comentam o assunto nos seguintes termos:

"Em primeiro lugar, o texto constitucional — art. 175 — não explicitou a modalidade licitatória a ser observada para a outorga das concessões de serviços públicos, deixando ao legislador ordinário a atribuição de traçar o regime aplicável, de acordo com cada situação específica."

Não obstante, os referidos autores deixam de oferecer argumentos que superem as dificuldades com a apuração da qualificação dos interessados, assentando o seu raciocínio subseqüente na transferência da concessão, quando, no caso, além desta última, fica autorizada a outorga de nova concessão.

De todo modo, ainda aqui, pede-se do exegeta aquele esforço de interpretação, a que já aludimos anteriormente neste trabalho, que busque conformar a disposição em comento ao preceito constitucional.

Nessa linha, pode-se sustentar que o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica se daria pela manifesta habilitação da empresa privatizada, anteriormente concessionária de serviço público, continuando a mesma a dispor de instalações e pessoal qualificado para o desempenho de atividades que já vinha executando.

Cumpre, todavia, lembrar que esse entendimento pode levar à conclusão extrema de que, se uma empresa, hoje concessionária, participar de concorrência para outorga de nova concessão, estará ela liberada da fase de habilitação, o que não encontra respaldo na Lei nº 8.987.

IV. *Conclusão*

Não se esgotam aqui os temas polêmicos, nascidos dessa recente legislação, nem se pretendem definitivas as soluções propostas neste trabalho. Coloca-se, agora, para aqueles que irão dar aplicação às novas regras, para os juristas e para os magistrados, a tarefa de colaborar, com criatividade, na lapidação desse novo ordenamento jurídico, inovando, como se faz indispensável, mas sem perder de vista que, na dúvida, deve prevalecer a interpretação que melhor resguarde o interesse público.

29 Ob. cit., pág. 218.