

**4^a Seção – Comentários
à Jurisprudência**

***Section 4 – Comments
on Jurisprudence***

PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: COMENTÁRIOS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.203/DF

*EXTENSION BY PUBLIC INTEREST OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS:
COMMENTS ON THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN
THE ORDINARY APPEAL ON WRIT OF MANDATE 34.203/DF*

FELIPE MONTENEGRO VIVIANI GUIMARÃES

Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Advogado na área do Direito Administrativo.
felipemvg@hotmail.com

Recebido em: 05.07.2018
Aprovado em: 28.08.2018
Received in: 07.05.2018
Approved in: 08.28.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Os presentes comentários tratam da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade das partes (ou, simplesmente, prorrogação por interesse público). Eles justificam-se, dentre outras razões, porque, recentemente, vários atos normativos foram editados no Brasil autorizando a prorrogação por interesse público de diversos contratos de concessão, de modo que o interesse teórico e prático sobre o tema é realmente muito grande em nosso País, neste momento. Por fim, o objetivo dos presentes comentários consiste em analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF, com vistas a apresentar os principais aspectos do instituto jurídico da prorrogação por interesse público assentados pela Suprema Corte.

ABSTRACT: These comments deals with the proration of the term of validity of the public service concession contracts for reasons of convenience and opportunity of the parties (or, simply, proration by public interest). They are justified, among other reasons, because several normative acts have been issued recently in Brazil authorizing the proration by public interest of many concession contracts, so that the theoretical and practical interest in the subject is very great in our Country, at this moment. Finally, the purpose of these comments is to analyze the decision of the Federal Supreme Court in the Ordinary Appel on Writ of Mandate 34.203/DF, with a view to present the main aspects of the legal institute of proration by public interest settled by the Supreme Court.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo – Concessão de serviço público – Prorrogação.

KEYWORDS: Administrative law – Public service concession – Prorogation.

SUMÁRIO: 1. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF. 1.1. O caso concreto. 1.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal. 2. Comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF.

Ementa: Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato de concessão de usina hidrelétrica. Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. 1. O contrato administrativo se encerra 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 contrato. Nesse passo, é incongruente com a natureza da prorrogação contratual 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. 2. A discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo e, assim, está, inclusive, prevista nas sucessivas legislações relativas às concessões de energia elétrica (Leis n. 9.074/95 e n. 12.783/13) e também no termo cujas cláusulas se questiona nos autos. 3. Recurso Ordinário não provido. (RMS 34.203/DF, relator(a): Min. Dias Toffoli, 2ª T., j. 21.11.2017, processo eletrônico DJe-053, divulg. 19.03.2018, public. 20.03.2018).

1. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.203/DF

1.1. O caso concreto

Em 10 de julho de 1997, a União Federal e a Companhia Energética de Minas Gerais (“Cemig”)¹ celebraram o Contrato de Concessão do Serviço Público de Geração de Energia Elétrica 007/97 (“Contrato de Concessão 7/97”), cujo objeto

1. Posteriormente, as concessões da Cemig foram transferidas para a Cemig Geração e Transmissão S/A, conforme as Resoluções Autorizativas Aneel 583 e 1.338, respectivamente, de 22 de maio de 2006, e de 22 de abril de 2008.

compreendeu diversas centrais geradoras, dentre outras, a Usina Hidrelétrica Jaguarua (“UHE Jaguarua”).

O Contrato de Concessão 7/97 estabeleceu, em sua Cláusula Quarta, que o termo final do prazo de vigência da concessão referente à UHE Jaguarua seria o dia 28 de agosto de 2013, “garantida” a prorrogação da outorga por “até vinte anos”, desde que:

- (i) formulasse, tempestivamente, um “requerimento de prorrogação”, acompanhado dos “comprovantes” de cumprimento de suas obrigações legais e contratuais; e
- (ii) estivesse “cumprindo, adequadamente, o presente Contrato”.

No curso do Contrato de Concessão 7/97, a Presidente da República editou a Medida Provisória 579, de 11 de setembro de 2012, posteriormente convertida na Lei federal 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a qual estabeleceu novas condições para a prorrogação por interesse público das concessões do serviço público de energia elétrica em geral.

Especificamente em relação às concessões do serviço público de geração de energia elétrica, a Lei 12.783/13 dispôs, em seus art. 1º e 15, que tais outorgas poderiam ser prorrogadas, desde que a concessionária de geração aceitasse, expressamente, as seguintes condições:

- (i) a redução da “tarifa” de energia proporcionalmente aos níveis de “investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados”;
- (ii) a “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” (que fornecem energia elétrica aos chamados “consumidores cativos”); e
- (iii) a inclusão de “padrões de qualidade” no ajuste.

Como se vê, as condições para prorrogação constantes do Contrato de Concessão 7/97 e da Lei 12.783/13 são bastante diferentes.

Pois bem.

A Cemig não concordou com as novas condições para prorrogação estabelecidas pela Lei 12.783/13. Com efeito, a Concessionária argumentou, em síntese:

- (i) que ela teria direito subjetivo à prorrogação da concessão referente à UHE Jaguarua, visto que o Contrato de Concessão 7/97, Cláusula Quarta, dispôs que, se a Cemig cumprisse as condições objetivas previstas no ajuste, a extensão de prazo estaria “garantida”; e mais,

(ii) que ela teria direito subjetivo à prorrogação da concessão referente à UHE Jaguará segundo as condições originais do Contrato de Concessão 7/97, e não conforme as novas condições da Lei 12.783/13, tendo em vista que o ajuste constituiria ato jurídico perfeito, protegido contra os efeitos da *lex posterior* (CRFB/88, art. 5º, XXXVI; e LINDB, art. 6º, *caput* e § 1º).

Assim sendo, a Cemig formulou o pedido de prorrogação da concessão referente à UHE Jaguará perante o Poder Concedente com base nas condições do Contrato de Concessão 7/97, e não nas da Lei 12.783/13.

Entretanto, após a instrução processual perante a Agência Nacional de Energia Elétrica, o Ministro de Estado de Minas e Energia decidiu indeferir o pedido de prorrogação da Cemig. E, para tanto, a referida autoridade administrativa argumentou, em resumo:

(i) que a Cemig não teria direito subjetivo à prorrogação da concessão referente à UHE Jaguará, mas mera expectativa de direito, uma vez que a prorrogação dos contratos de concessão seria uma faculdade do Poder Concedente, e não um dever jurídico; e mais,

(ii) que a Concessionária não teria direito subjetivo à prorrogação da concessão referente à UHE Jaguará segundo as condições originais do Contrato de Concessão 7/97, já que a cláusula de prorrogação é uma cláusula regulamentar dos contratos de concessão de serviço público, podendo, pois, ser alterada, unilateralmente, pelo Poder Concedente, e não havendo, portanto, que se falar em ato jurídico perfeito na matéria.

Contra a decisão do Ministro de Minas e Energia, a Cemig impetrou o Mandado de Segurança 20.432/DF perante o Superior Tribunal de Justiça, requerendo que a Corte Superior:

(i) anulasse o ato coator; e

(ii) ordenasse a prorrogação da concessão referente à UHE Jaguará, nos termos do Contrato de Concessão 7/97.

Nada obstante, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu os argumentos do Poder Concedente e, por maioria, denegou a segurança². Por sua clareza, vale transcrever o trecho principal do voto da Min. Assusete Magalhães; *verbis*:

2. Nesse sentido, votaram os Ministros Ari Pargendler (relator original), Herman Benjamin (relator para o acórdão), Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Assusete Magalhães. No sentido contrário, votaram os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Arnaldo Esteves Lima, para quem a CRFB/88, “art. 5º, XXXVI”, protege o “ato jurídico perfeito”; o “Contrato de Concessão n. 007/1997” é um ato jurídico

após a licitação pública. Isso porque essa alteração contratual alteraria as condições efetivas da proposta, que a CRFB/88, art. 37, XXI, determina sejam mantidas ao longo de toda a concessão.

Por derradeiro, alguns aspectos importantes do instituto jurídico da prorrogação por interesse público ainda podem ser extraídos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF; a saber:

(i) *Institutos afins*: no julgamento, o Supremo Tribunal Federal utilizou as expressões “prorrogação contratual” e “renovação contratual” como sinônimas. Contudo, a nosso sentir, os institutos jurídicos da prorrogação e da renovação dos contratos de concessão não se confundem, tendo em vista que o regime jurídico atribuído a um e outro pela CRFB/88, art. 175, parágrafo único, I; e 223, é distinto⁷;

(ii) *Natureza jurídica: negócio jurídico bilateral*: no julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirmou, ainda, que “bilateralidade” é uma “característica” da prorrogação por interesse público, pelo que existe, sempre, “a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação”. Essa afirmação é relevante, porque, a nosso sentir, as demais espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público (a saber: a prorrogação por emergência e a prorrogação por reequilíbrio⁸) podem ser impostas, unilateralmente, pelo Poder Concedente;

(iii) *Finalidade*: no julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirmou, ainda, que a “finalidade da prorrogação” dos contratos de concessão do serviço público consiste em promover o “interesse público”, mais precisamente, a “qualidade do atendimento aos consumidores”. Essa afirmação também é

7. Cf.: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. A prorrogação das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente é compatível com a Constituição de 1988 ou ela constitui uma contrafação administrativa de renovação? *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, p. 111-147, jul.-dez. 2017. passim.

8. Entendemos: (i) por prorrogação por emergência aquela realizada para garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido, quando, próximo ao final do contrato de concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar licitação pública para nova outorga da atividade; e (ii) por prorrogação por reequilíbrio aquela realizada para recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária, em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, causado pela concretização de risco atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente.

importante, porquanto a finalidade do instituto jurídico da prorrogação por interesse público orienta o Poder Concedente ao decidir (discrecionariamente) sobre a matéria; e

(iv) *Limites: alteração do conteúdo do contrato*: no julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por fim, que a prorrogação por interesse público “pode se dar sob novos termos, se assim definido na lei”. Essa afirmação também é relevante, já que alguns doutrinadores de escol entendem que, na prorrogação por interesse público, somente a cláusula de prazo pode ser alterada, mantido todo o mais⁹.

Enfim, esses eram os comentários que julgamos pertinentes acerca da importante decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Garantia dos Interesses dos Usuários por Meio dos Ganhos Econômicos Advindos da Prestação de outros Serviços de Telecomunicações pela Concessionária do STFC Compartilhamento ou Transferência Integral, de Paulo Firmeza Soares – *RDCom* 6/129-143 (DTR\2013\456); e
- Alteração em Contrato de Concessão Rodoviária, de Floriano Peixoto de Azevedo e Marques Neto – *RTrib* 44/203-220 (DTR\2002\734).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2014\3218.

9. BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 318, out.-dez. 2002.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, n. 7, ano 2, p. 257-266. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.