

**Prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica:
constitucionalidade, nova duração e juridicidade da modernização contratual
pretendida**

Márcio Monteiro Reis¹

Resumo

O presente artigo analisa o regime jurídico das prorrogações de concessões de distribuição de energia elétrica cujos prazos se encerram entre 2025 e 2031, regulamentadas pelo Decreto 12.068/2024 e pelo termo aditivo padrão aprovado pela ANEEL. Examina-se a constitucionalidade dessas prorrogações à luz do art. 175 da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional aplicável, concluindo-se pelo seu amparo jurídico com base na Lei 8.987/95 e na Lei 9.074/95. Identifica-se fragilidade na fixação de prazo único de 30 anos para todas as prorrogações, defendendo-se a necessidade de análise individualizada de cada concessão para estabelecer prazos menores e sucessivos, baseados na amortização dos investimentos específicos, até o limite legal máximo. Estabelece-se distinção conceitual fundamental entre prorrogação, que mantém o contrato original e sua equação econômico-financeira, e renovação, que pressupõe nova licitação. Analisam-se os limites jurídicos impostos à modernização contratual pretendida, especialmente quanto à introdução de nova matriz de alocação de riscos e à flexibilização do regime de regulação econômica, concluindo-se que alterações substanciais que transfigurem o objeto contratual ou modifiquem significativamente a equação econômico-financeira original configuram burla ao processo licitatório. O estudo contextualiza as determinações do Tribunal de Contas da União nos Acórdãos 1.836/2013 e 2.253/2015 e examina como o Decreto 12.068/2024 busca atender a essas recomendações, preservando os princípios da isonomia e da vinculação ao edital, essenciais para a legitimidade das prorrogações.

¹ Membro da Comissão Especial de Energia Elétrica da OAB-RJ, doutor em direito público pela UERJ, professor de direito administrativo no Ibmecc-RJ, ex-Procurador da Fazenda Nacional e advogado no Rio de Janeiro, sócio de Queiroz Maluf Reis.

Palavras-chave

Contrato de concessão / prorrogação / distribuição de energia elétrica / ANEEL

1. Introdução

No segmento de energia elétrica, a iniciativa privada exerceu um papel histórico relevante, no início do século XX, na implantação das primeiras infraestruturas de geração e distribuição. Talvez por essa razão, nunca houve nesse setor — como havia com os serviços de telecomunicação, por exemplo, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 8/95 — uma vedação constitucional para a sua exploração privada. No entanto, os anos 60 e 70 testemunharam um amplo movimento de estatização. Os principais ativos de distribuição no país passaram, nessa época, a ser operados por companhias estatais federais ou estaduais.

Nos anos 90 — quando a maior parte dos serviços públicos eram prestados por empresas estatais —, a grave crise econômica pela qual o país passava, com importantes repercussões fiscais, que dificultavam o equilíbrio das contas públicas, deu início a um movimento de desestatização. Em 1995 foi promulgada a primeira lei geral de concessões e permissões de serviços públicos, que regulamentou a possibilidade de delegação de serviço público a empresas privadas, prevista pelo art. 175 da Constituição. A Lei 8.987/95, no entanto, manteve vigentes, por força do disposto em seu art. 42, todos os contratos de concessão anteriores à sua promulgação, tendo a Lei 9.074/95, em seu art. 22, disciplinado a prorrogação dessas concessões antigas no setor elétrico. Grande parte das concessões de distribuição tiveram os seus prazos estendidos até 2015, quando a autorização legislativa, presente no art. 7º da Lei 12.783/2013, viabilizou novas prorrogações.

A prorrogação dessas concessões anteriores à Lei 8.987/95 foram acompanhadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que proferiu os Acórdãos 1.836/2013² e 2.253/2015³, nos quais expressou grandes preocupações com a forma pela qual o assunto vinha sendo conduzido. As principais críticas foram a ausência de avaliações

² TCU. *Acórdão nº 1.836/2013-Plenário*. Processo TC 001.843/2013-3. Min. Relator José Múcio Monteiro, sessão de 17/07/2013

³ TCU. *Acórdão nº 2.253/2015-Plenário*. Processo TC 003.379/2015-9. Min. Relator José Múcio Monteiro, sessão de 09/09/2015.

adequadas previamente à decisão de prorrogar cada contrato e a ausência de previsão de contrapartidas que pudessem beneficiar os usuários do serviço concedido. Observou-se, ainda, que, em vez de estabelecer requisitos objetivos de qualidade do serviço prestado até aquela data, que pudessem servir como parâmetros para a decisão acerca de cada concessionária, as regras que foram instituídas previam metas a serem cumpridas no futuro, o que significava, na prática, a existência de prorrogações automáticas.

Deste modo, além das determinações referentes às concessões de distribuição de energia elétrica, cuja prorrogação se discutia naquele momento, o TCU decidiu tratar também das concessões não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013. Tratava-se de um conjunto de empresas cujos contratos de concessão teriam seus prazos encerrados entre 2025 e 2031. O objeto do presente estudo recairá exatamente sobre essas prorrogações, que estão sendo discutidas neste momento.

No § 266 do seu Acórdão 2.253/2015-Plenário⁴, o TCU indicou ser “fundamental a clareza e transparência quanto à definição das diretrizes e regras que devem balizar os procedimentos de licitação ou prorrogação dos contratos, em prol da segurança jurídica e regulatória e, especialmente, da qualidade do serviço a ser prestado”. Determinou, então, ao Ministério das Minas e Energias (MME), no item 9.5.1 do referido acórdão, que:

9.5.1 com base no art. 4º, § 4º, da Lei 9.074/1995, adote as providências para definição, com antecedência mínima de três anos do termo final dos contratos de concessões de distribuição de energia elétrica, prorrogáveis ou não, [d]as diretrizes, regras e regulamentos necessários a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões de distribuição não alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013;

Em 2023, tal prazo foi prorrogado pelo TCU por meio do Acórdão de relação

⁴ TCU. *Acórdão nº 2.253/2015-Plenário*. Processo TC 003.379/2015-9. Min. Relator José Múcio Monteiro, sessão de 09/09/2015.

1.245/2023 – Plenário⁵ e, em junho de 2024, foi finalmente publicado o Decreto nº 12.068/2024, que regulamentou as condições para a prorrogação das concessões de distribuição e estabeleceu as diretrizes para a modernização dos respectivos contratos. Tal decreto foi precedido por consulta pública⁶, tendo o resultado⁷ sido submetido ao TCU, que proferiu o Acórdão 118/2024-TCU⁸ antes da publicação do referido decreto. Em seguida, coube à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a elaboração da minuta de um termo aditivo padrão de prorrogação⁹, aprovada na reunião de diretoria de 25/02/2025. Cabe, ainda, àquela agência reguladora, a realização dos estudos e análises para apresentar ao MME proposta quanto ao cabimento da prorrogação em cada caso. Até o momento, apenas o contrato de concessão mantido com a EDP Espírito Santo, que venceria em julho de 2025, foi prorrogado. Com a assinatura do 5º Termo Aditivo, houve a sua prorrogação por mais 30 anos, até julho de 2055.

O objeto do presente artigo versará sobre o regime jurídico dessas prorrogações, a duração mais conveniente para a extensão de prazo de que se cuida e a constitucionalidade da proposta de modernização contratual que se pretende empreender por ocasião das prorrogações. Por restrição de espaço e de modo a não cansar os leitores, não se tratará, por ora, dos requisitos estabelecidos para a análise do cabimento da prorrogação de cada uma das concessionárias de distribuição. Esse tema, especialmente relevante, será tratado em um novo artigo, em continuação ao presente.

⁵ TCU. *Acórdão de relação nº 1.245/2023-Plenário*. Processo TC 006.591/2023-0. Min. Relator Antonio Anastasia, sessão de 21/06/2023.

⁶ Consulta Pública MME nº 152/2023, com base nas propostas veiculadas pela Nota Técnica nº 14/2023/SAER/SE

⁷ A Nota Técnica nº 19/2023/SAER/SE consolidou todas as contribuições apresentadas.

⁸ TCU. *Acórdão nº 118/2024-Plenário*. Processo TC 037.158/2023-6. Min. Relator Aroldo Cedraz, sessão de 31/01/2024.

⁹ A elaboração do termo aditivo padrão também foi precedida pela Consulta Pública ANEEL nº 27/2024, com a disponibilização ao público de uma primeira minuta de termo aditivo, veiculada pela Nota Técnica nº 1.056/2024–SCE/SFF/SFT/SMA/STE/STD/STR, tendo as contribuições sido objeto de análise pela Nota Técnica Conjunta nº 5/2025.

2. O regime jurídico das prorrogações de concessão de serviço público e sua duração

Após o primeiro caso de prorrogação do contrato de concessão, realizado com a concessionária EDP Espírito Santo, cujo prazo foi estendido até julho de 2055, resta ainda um conjunto de 19 concessionárias, cujos contratos de concessão se extinguirão entre junho de 2026 e março de 2031. Em todos esses contratos há cláusula, com redações variadas, prevendo expressamente a possibilidade de prorrogação dos prazos de vigência.

Nesse sentido, deve-se notar que, ao tratar da possibilidade de delegação da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, por meio dos contratos de concessão ou permissão, o constituinte originário determinou, no art. 175, parágrafo único, I, que a lei ordinária deve dispor sobre o caráter especial desses contratos, autorizando expressamente que o seu regime jurídico contemple a possibilidade de prorrogação do seu prazo.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), por sua vez, estabeleceu expressamente em seu art. 23, XII, que uma das cláusulas essenciais dos contratos de concessão é exatamente aquela que deve tratar das condições para a sua prorrogação, sem estabelecer qualquer limite legal para a fixação do período de sua vigência original. Tratando especificamente dos serviços de distribuição de energia elétrica, a Lei 9.074/95, em seu art. 4º, §3º, determinou que a fixação desse prazo deve sempre atender ao período reputado necessário para a amortização dos investimentos previstos, não podendo superar os 30 anos de duração. Corroborou-se, ainda, a possibilidade de prorrogação desses contratos de concessão, “no máximo, por igual período”.

Surge nesse ponto a primeira crítica ao termo aditivo padrão de prorrogação, aprovado pela ANEEL, cuja cláusula primeira, que trata do objeto, tem a seguinte redação:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

Constitui objeto deste TERMO ADITIVO:

I. promover a alteração dos termos e condições do CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE

DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA no
XX/XX-DNAEEouANEEL, que passa a vigorar nos termos e
condições abaixo estabelecidas, a partir da data da assinatura
deste TERMO ADITIVO; e

II. formalizar a prorrogação por 30 (trinta) anos do CONTRATO
DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE
DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA no
XX/XX-DNAEEouANEEL até XX de xxxxxxxx de 20XX, a
partir de XX/XX/20XX, de acordo com o Decreto nº 12.068, de
20 de junho de 2024, Portaria MME nº XXX, de XX de
xxxxxxx de 20XX, e com fulcro na Lei nº 9.074, de 7 de julho
de 1995.

No Brasil, há uma prática arraigada e pouco refletida, de que as prorrogações de contratos de concessão devem se dar uma única vez, por igual período¹⁰. Não parece, no entanto, haver lógica econômica ou jurídica que aconselhe que assim seja. Não há, em princípio, nenhuma vantagem em limitar a uma o número de prorrogações possíveis, nem muito menos a estabelecer previamente, quando da celebração do contrato, um prazo certo para a prorrogação que, eventualmente, se fará muitos anos à frente. Na experiência que se colhe do direito comparado também não se identificam práticas similares. Em Portugal, Lino Torgal¹¹, ao contrário, adverte que o prazo da prorrogação não deve equivaler ao prazo original, nem ser dele próximo:

De todo modo, diríamos que a duração máxima admissível da prorrogação que venha a ser, caso a caso, discricionariamente fixada, não deve equivaler à duração inicial do contrato ou, sequer, a um período próximo dela. Se, como foi referido, a decisão de continuidade do concessionário se poderá justificar à luz de considerações específicas e transitórias, a verdade é que

¹⁰ Abordei o tema em capítulo dedicado à duração e quantidade dos períodos adicionais de prorrogação em: REIS, Márcio Monteiro. *O tempo nos contratos de concessão de serviço público: prazo, extinção, prorrogação e renovação*. Belo Horizonte: Forum, 2024, p. 283 e seguintes.

¹¹ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 239.

essa mesma decisão vem obstar à (re)abertura ao mercado da atividade pública concedida, podendo, dessa forma, impossibilitar o eventual advento de uma proposta (e, ulteriormente, a celebração de um contrato) com atributos mais favoráveis para o interesse público.

Muitas vezes é o próprio legislador que estabelece essa regra¹². Nesses casos, não sobra espaço para que a Administração Pública aja de forma diferente. Não é o que ocorre, no entanto, no caso presente. É certo que as concessões não podem se prorrogar indefinidamente¹³. Deste modo, a principal preocupação do legislador deve estar concentrada em estabelecer limites, o que se verifica na redação da Lei 9.074/95, que restringiu, em seu art. 4º, §3º, as prorrogações dos contratos de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica a um período máximo equivalente ao inicial (trinta anos). Não estabeleceu, todavia, nenhuma restrição quantitativa. Deste modo, desde que sua soma não ultrapasse os trinta anos fixados para a duração inicial do contrato, pode-se cogitar de quantas prorrogações sejam consideradas adequadas.

O tempo de duração dos contratos deve ser fixado como uma função da sua equação econômico-financeira, ou seja, pelo tempo necessário para a amortização dos investimentos previstos, assim como para a remuneração do concessionário pela taxa de retorno estabelecida. É nesse sentido a orientação normativa contida no art. 4º, §3º da Lei 9.074/95, quando indica que “as concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica (...) terão o prazo necessário à amortização dos investimentos”. Não há nenhuma razão, portanto, para que não seja adotada a mesma prática em relação à fixação do prazo de cada uma das prorrogações que venham a ser acordadas em seguida.

Não há, como se vê, qualquer fundamento para a afirmação contida no item 4.4.4 da Nota Técnica nº 14/2023/SAER/SE do MME de que “com efeito, o art. 4º, §3º, da Lei

¹² Exemplificativamente, pode-se referir ao art. 99 da Lei nº 9.472/97, que trata do setor de telecomunicações e mais recentemente, o art. 5º da Lei nº 13.448/2017.

¹³ Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia no voto proferido no julgamento da ADI 5991, “*Reconhecido é que prorrogação indefinida do contrato é a burla às determinações legais e constitucionais quanto a licitação obrigatória para a adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos.*” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 5991, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/02/2020, DJe-169, divulgado em 03/07/2020 e publicado em 06/07/2020)

nº 9.074/1995, autoriza a prorrogação das concessões por apenas uma vez e pelo prazo de até 30 anos, a critério do Poder concedente”. Se é verdade que a prorrogação deve se dar a critério do Poder concedente — e desde que haja também a anuência do concessionário¹⁴ — e que o tempo máximo permitido para a extensão do prazo são os mesmos trinta anos do período original; não é verdade que esses novos trinta anos devam obrigatoriamente ser estabelecidos de uma só vez, numa prorrogação única. Nada impede a Administração Pública de realizar prorrogações menores e sucessivas até que seja atingido o período limite.

Dessa forma, a decisão da ANEEL de padronizar um período único de trinta anos para todas as prorrogações — inserindo a indicação desse prazo no termo aditivo padrão aprovado —, não parece ser a fórmula a mais adequada, pois não se compatibiliza com a presunção de que o prazo contratual deve estar relacionado ao tempo necessário e suficiente para a amortização dos investimentos.

Não há relação entre os compromissos de investimento adotados originalmente e aqueles que serão adotados quando da prorrogação do contrato. Deste modo, não existe nenhuma razão para a equiparação desses prazos. O ideal seria uma análise individualizada de cada caso, para que fosse estabelecido o tempo mais consentâneo com as características do plano traçado para cada concessão a ser prorrogada. Nesse sentido, o que ora se preconiza é que os prazos de prorrogação sejam fixados na menor extensão que permita conciliar a amortização dos investimentos necessários com a modicidade tarifária. Quanto menor for esse prazo, mais reduzidas serão as chances de

¹⁴ É importante registrar que a prorrogação não decorre de uma decisão unilateral do Poder concedente. Para que o contrato seja prorrogado será necessário o consenso entre as partes. Nesse sentido, vide as seguintes considerações doutrinárias: “*Ponto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa.*” (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo, Malheiro, 2019, p. 236); “*Além disso, a prorrogação não poderá, a nosso ver, ser administrativamente imposta ao concessionário, dependendo, em qualquer caso, a sua efetivação de uma manifestação de vontade deste, formulada nos termos fixados no contrato. (...) não são admissíveis prorrogações forçadas do prazo do contrato por acto unilateral do concedente.*” (TORGAL, Lino. *Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos*. *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra, v. 1, pp. 219-263, jan./abr. 2011, p. 244 e 245) e “*(...) a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público tem natureza jurídica de um ato administrativo lato sensu, mais precisamente de um negócio jurídico administrativo, isto é, de uma declaração de vontade destinada a produzir os efeitos jurídicos queridos pelos declarantes (Poder concedente e concessionária).*” (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 128 e 129.

surgirem eventos de desequilíbrio contratual e mais simples será a sua correção. A administração contratual será tanto mais simples quanto menor for o prazo da execução contratual, sem que isso impeça novas prorrogações sucessivas, desde que o prazo de todas elas somadas não ultrapasse o limite de trinta anos.

As prorrogações convencionais¹⁵, como essas de que se cuida, decorrem de um pacto firmado entre as partes, desde o início da contratação, de que, findo o prazo inicialmente ajustado, poderiam voltar a negociar a ampliação desse prazo para que o contrato possa seguir sendo executado, nas mesmas condições, caso isso seja do interesse tanto do concessionário quanto do poder concedente. Não há nada, insista-se, a aconselhar que o prazo da prorrogação seja equivalente ao prazo original. Muito menos deve-se supor que, inexistindo lei que tivesse criado tal vinculação, esteja a administração pública obrigada a reproduzir, por ocasião da prorrogação, a duração do período de vigência original do contrato.

Não se pode olvidar, contudo, que os contratos de concessão são usualmente firmados por longo prazo, de modo que atravessam transformações sociais, econômicas e regulatórias, às quais devem ser adaptar. Estão também sujeitos a alterações unilaterais por parte do Poder concedente. É preciso compreender, portanto, o que significa manter as condições originais. Contratos de concessão são essencialmente incompletos e mutáveis¹⁶. Deste modo, por ocasião de sua prorrogação pode ser necessária a introdução de certas adaptações e modernizações. O limite dessas adequações é a

¹⁵ Prorrogação convencional, ou por interesse público, como a ela se refere parte da doutrina, são espécie das prorrogações ordinárias e ocorrem quando, ao final do prazo inicialmente estabelecido, as partes ajustam, por interesse mútuo, o prosseguimento da execução contratual por um período estendido. No julgamento da ADIN 5991, assim se pronunciou a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, conceituando as prorrogações ordinárias: “a prorrogação de contrato de concessão ordinária ocorre quando, previsto no ato contratual originário e atendidos os requisitos nele estabelecidos, o contrato tem a sua duração alongada no limite temporal firmado, a critério do poder concedente, que define as condições técnico-administrativas e econômico-financeiras necessárias a prorrogação, facultando-se ao contratado aceitar ou não os novos termos.” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 5991 MC, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/02/2020, DJe-169 divulgado em 03/07/2020 e publicado em 06/07/2020). Vide, a esse respeito, as considerações em REIS, Márcio Monteiro. *O tempo nos contratos de concessão de serviço público: prazo, extinção, prorrogação e renovação*. Belo Horizonte: Forum, 2024, p. 194 e seguintes.

¹⁶ “Em ambientes economicamente dinâmicos e sofisticados, na proximidade de mercados densos e concorrenciais, é de esperar que cresça o número de contratos com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado, ‘acordos de princípio’, ‘agreements with open terms’ — deixando soluções para serem encontradas mais tarde, quiçá ao sabor da evolução dos contextos e oportunidades, mesmo quando previamente haja o cuidado de se demarcar um núcleo intangível de escolhas possíveis e de escolhas vedadas.” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007)

manutenção do equilíbrio da sua equação econômico-financeira, que deve ser preservada ao longo de toda a sua execução. É desse tema que se tratará na sequência.

3. A modernização contratual decorrente da prorrogação das concessões

A prorrogação do contrato de concessão não admite a transfiguração do seu objeto. Novos investimentos a serem incluídos, por exemplo, devem manter uma conexão direta com o objeto originalmente instituído, sendo necessário, ainda, um exame prévio comparativo em relação à possível incorporação de tais elementos em um novo contrato autônomo, a ser licitado de modo independente da concessão em curso¹⁷. Somente quando isso não se revelar viável ou mais vantajoso é que poderá haver a modificação do contrato existente para incluí-los em seu objeto, como bem anota Ana Paula Barcellos em observações relacionadas a concessões rodoviárias, mas que são igualmente aplicáveis às concessões de serviços de energia elétrica¹⁸:

Parece natural que em concessões rodoviárias cujo prazo inicial varia entre 20 e 25 anos novas necessidades surjam ao longo do caminho. Será preciso demonstrar, porém, que essas novas necessidades estão diretamente conectadas ao objeto original da concessão, de modo que é mais racional e eficiente alterá-lo, para incluir a nova demanda, do que segregar essas novas necessidades em um objeto autônomo a ser licitado de forma independente.

¹⁷ Luís Roberto Barroso também menciona a necessidade, para que se proceda à prorrogação antecipada, de se demonstrar previamente que não é viável licitar de forma autônoma a alteração ou que fazê-lo redundaria em solução anti-econômica e ineficiente. A esse respeito, vide: BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro* (edição especial), Rio de Janeiro, p. 198 a 200.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva Pereira e PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coords.) *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199. Laís Senna também adverte que “(...) o estabelecimento de termos totalmente distintos daqueles que foram inicialmente pactuados não seria admissível, pois aí haveria a concretização do instituto da novação, garantindo à concessionária prestadora de serviço um novo contrato, sem que tenha havido certame licitatório para esta contratação. Isso acarretaria a violação ao princípio da concorrência garantido na Constituição Federal.” (SENNA, Laís Ribeiro de. *Alteração de prazo dos contratos de concessão de serviços públicos como forma de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018, p. 51)

O limite que não pode deixar de ser observado será sempre a preservação do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato¹⁹. Como se viu, a prorrogação jamais poderá redundar em desequilíbrio. Isso não quer dizer que não seja possível alterar fatores da equação econômico-financeira do contrato de concessão, desde que respeitado o equilíbrio estabelecido pela licitação realizada na origem. Esse é, na verdade, um limite para qualquer alteração contratual, já que ignorar o equilíbrio da equação econômico-financeira significaria admitir uma verdadeira contratação nova, sem nenhum parâmetro de mercado a embasá-la, o que seria afrontoso ao texto expresso do art. 175 da Constituição e ao próprio princípio da moralidade.

Alterações substanciais realizadas por ocasião de uma prorrogação podem configurar verdadeira violação da isonomia entre os participantes da licitação original, gerando vantagens indevidas ao vencedor, como bem adverte Williamson²⁰, uma vez que cria condições novas que não eram conhecidas pelos licitantes, as quais poderiam ter produzido um resultado distinto para o processo seletivo:

(3) Falta de paridade de lances durante a renovação do contrato. Para que não seja significativamente prejudicada a competição quando da renovação de um contrato, a sua participação na execução contratual não deve colocar os vencedores da concorrência original em uma vantagem substancial sobre os

¹⁹ Essa é a posição defendida, entre outros, por Alexandre Aragão, ao tecer as seguintes considerações: “Não estamos de forma alguma a afirmar que as condições de prestação de serviços públicos concedidos não possam ser alteradas, mas sim que eventuais alterações têm limites e não podem desnaturar a equação econômica licitada.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27). Flávio Amaral Garcia professa o mesmo entendimento: “Contudo, para além de proteger os direitos do concessionário em casos do exercício da , a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independentemente da natureza da mutação. Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.” (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros: 2021, p. 269)

²⁰ “(3) Lack of bidding parity during contract renewal. Lest meaningful competition at the contract renewal interval be upset, participation in contract execution should not place winners of the original competition at a substantial advantage over nonwinners. As discussed generally elsewhere (Peacock and Rowley, 1972, p. 242; Williamson, 1975, pp. 26-35), however, and as expressly developed in the context of CATV in the following subsection, there are reasons to believe that bidding parity at contract renewal intervals will not obtain.” (WILLIAMSON, Oliver E. Franchise bidding for natural monopolies: in general and with respect to CATV, *The Bell Journal Of Economics*, vol. 7, n 1. New Jersey: Rand Corporation: 1976, p. 83)

não-vencedores. Como já abordado de modo mais genérico (Peacock e Rowley, 1972, p. 242; Williamson, 1975, pp. 26-35), no entanto, e como expressamente desenvolvido no contexto da CATV na subseção seguinte, há razões para acreditar que a paridade de licitação em momentos de renovação não será obtida.

Ao tratar dessas modificações, Helène Hoepffner admite que o objeto contratual seja adaptado, retificado ou ajustado, rejeitando a possibilidade de que seja trocado, substituído por outro objeto, inteiramente distinto do anterior. É possível refinar os seus contornos, mas não se pode atentar contra a sua essência, impondo modificações excessivas e irrazoáveis²¹. Guglielmi recorda que as prorrogações não consistem em novação contratual. Elas se dão por meio de aditivos contratuais, de modo que devem respeitar o contrato original e não pretender transformá-lo em um novo²².

O art. 43 da Diretiva 2014/23/EU^{23 24}, relativa à adjudicação de contratos de concessão, ao tratar da sua modificabilidade, estabelece, em seu inciso I, alínea ‘e’, que tais modificações serão possíveis desde que não sejam substanciais. De modo a procurar dar objetividade à definição quanto ao tipo de alteração que poderia ser interdita por

²¹ “(...) le pouvoir de modification unilatérale ne doit ni dénaturer ni modifier les conditions essentielles du contrat, notamment pas son objet. L’Administration peut adapter, rectifier ou ajuster l’objet d’un contrat. Elle ne peut pas le changer, le modifier en lui en substituant un nouveau, le bouleverser en augmentant ou en diminuant démesurément les quantités initialement fixées ou le dénaturer en imposant des prestations exclues de l’objet du contrat initial. L’Administration ne peut pas utiliser son pouvoir de modification pour imposer au cocontractant des changements excessifs dépassant une mesure raisonnable’. Elle ‘peut affiner son projet initial, le rectifier au besoin, mais il lui est interdit de porter atteinte à ce qui constitue l’essentiel de la convention, ce en vertu de quoi les parties sont déterminées à contracter’.” (HOEPFFNER, Helène. *La modification du contrat administratif*. Paris: LGDJ, 2009, p. 165)

²² “Premièrement, une prolongation de contrat n’est pas, en droit des contrats, considérée comme une novation de la convention initiale. (...) En ce sens, la prolongation ne modifie ni l’objet du contrat de délégation de service public, ni sa cause, ni les parties contractantes. (...) Les prolongations contractuelles font d’ailleurs l’objet d’avenants, ce qui montre bien qu’elles ne transforment pas le contrat initial en un contrat qui serait nouveau ou différent. (...) En revanche, une prolongation induite par la volonté de faire assurer au délégataire un autre service public, complémentaire de celui prévue au contrat, ne serait pas juridiquement une prolongation, mais une véritable novation et encourrait donc annulation.” (GUGLIELMI, Gilles J. et alli. *Droit du service public*. 4^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 805)

²³ UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2014/23/UE*, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. Relativa à adjudicação de contratos de concessão.

²⁴ Reproduzido pelo art. 36, 5 do Decreto nº 86/2016, da França, que dispõe sobre os contratos de concessão.

transformar substancialmente o objeto contratual, refere-se àquela que “torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente”, indicando, em seu inciso 4²⁵, algumas hipóteses de modificação substancial, obrigando, nesses casos, a realização de uma nova licitação:

- a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito da concessão;
- d) Um concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário, em casos não previstos no n.o 1, alínea d).

No considerando 76 da respectiva diretiva, estabelece-se não ser aceitável que “uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão”. Na França, o Conselho de Estado expediu, em 2005, opinião no sentido de que um aditivo de prorrogação não pode modificar

²⁵ No considerando de número 75 da referida diretiva, afirma-se que: “*É obrigatório um novo procedimento de concessão em caso de alterações materiais à concessão inicial, em particular do âmbito de aplicação e do teor dos direitos e obrigações recíprocos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais dessa concessão. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.*” (UNIÃO EUROPEIA. Legislação. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2014/23/UE*, de 26 de fevereiro de 2014 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L 94/1, de 28 de março de 2014. *Relativa à adjudicação de contratos de concessão.*)

elementos essenciais da concessão, nem incluir investimentos dissociados dos investimentos anteriormente previstos, alterar as responsabilidades pelos investimentos inicialmente previstos ou atribuir novos investimentos em valores desproporcionais aos previstos originalmente²⁶.

No Brasil, ao tratar de prorrogações no setor portuário, o TCU expressou sua preocupação com o “risco de que a repactuação desses contratos, para compatibilizá-los aos novos regramentos, implique alterações de tal monta que acabem por transfigurar os contratos originais, configurando, assim, burla à licitação”²⁷. Já ao examinar a prorrogação do contrato de concessão da rodovia que liga o Rio de Janeiro a São Paulo (Via Dutra), rejeitou algumas das modificações pretendidas por entender que configuravam “burla ao processo licitatório, uma vez que levaria a profundas mudanças nas relações contratuais vigentes, transfigurando um contrato primordialmente de operação rodoviária para um essencialmente de execução de obra pública”²⁸. Considerou-se que o nível de alterações pretendidas no contrato original importava, na verdade, em uma pactuação nova, a qual deveria, portanto, ser precedida de licitação:

Ainda quanto à burla a licitação, enfatiza-se que, caso se optasse pela prorrogação da avença para financiar as novas obras, observar-se-ia um desvirtuamento ainda mais intenso do contrato, pois, além de serem alteradas as obrigações da concessionária, também se modificariam o prazo, a TIR e as regras regulatórias, o que resultaria em essencialmente um novo contrato, não precedido do devido processo licitatório.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já teve oportunidade de afirmar que a

²⁶ “b) Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l’un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire (cf. Avis Section des finances du Conseil d’État no 364 803 du 8 juin 2000). c) Enfin, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d’investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l’entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement.” (FRANÇA. Jurisprudência. Conselho de Estado. *Opinião (Avis) n° 371.234*, de 9 de abril de 2005. Section des travaux publics. Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant.)

²⁷ TCU. *Acórdão 2.200/2015*. Plenário. Processo TC 024.882/2014-3. Min. Relatora Ana Arraes.

²⁸ TCU. *Acórdão n° 2.247/2018-Plenário*. Processo TC 031.581/2015-3. Relator Min. Augusto Nardes.

prorrogação de um contrato não pode transformá-lo em um contrato novo, sob pena de nulidade²⁹:

3. Prorrogar contrato é prolongar o prazo original de sua vigência com o mesmo contratado e nas mesmas condições. Termo aditivo a contrato administrativo que fixa novo período de prestação de serviço mas mediante novas condições, não previstas no contrato original, introduzidas mediante negociação superveniente à licitação, constitui, não uma simples prorrogação de prazo, mas um novo contrato. Nas circunstâncias do caso, considerada sobretudo a especificidade do objeto contratual (que não é de simples prestação de serviços), o Termo Aditivo representou uma contratação sob condições financeiras inéditas, não enquadrável na exceção prevista no pelo art. 57, II da Lei 8.666/93 e por isso mesmo nula por violação às normas do processo licitatório.

Também o Supremo Tribunal Federal enfrentou tal questão, tendo consignado na ementa do Acórdão 5.991³⁰ que “a imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato (...) observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”. Percebe-se claramente a preocupação da Suprema Corte com a necessidade de preservação da essência de qualquer contrato: a manutenção do equilíbrio de sua equação econômico-financeira. Em seu voto, proferido por ocasião do julgamento da medida cautelar³¹, a Ministra Carmen Lúcia afirmou em seu voto:

É certo que a Constituição faz referência à prorrogação de contratos e o que se prorroga não começa nem recomeça. O contrato administrativo, no Brasil, depende, em regra, de objeto

²⁹ STJ. Primeira Turma. *RMS 24.118/PR*, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008, DJe de 15/12/2008.

³⁰ STF. Tribunal Pleno. *ADI 5991*. Relatora Cármen Lúcia, julgado em 07/12/2020, DJe 045, divulgado em 09/03/2021 e publicado em 10/03/2021.

³¹ STF. Tribunal Pleno, *ADI 5991 MC*, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/02/2020, DJe-169, divulgado em 03/07/2020 e publicado em 06/07/2020.

licitado e adjudicado ao vencedor do certame.

Mas a prorrogação de um contrato em curso não pode ser burla à regra da licitação. Por isso, não se pode alterar o objeto do contrato prorrogado, não se pode permitir a alteração de volume de objeto contratado a tornar outro, livre de seleção prévia.

No que diz respeito às prorrogações dos contratos de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica, de que se cuida, um dos pontos mais sensíveis nesse sentido são os incisos XII e XIV do art. 4º do Decreto 12.068/2024, que estabeleceram como diretrizes para o termo aditivo ao contrato de concessão, a alocação de riscos e o aprimoramento das condições econômicas.

No termo aditivo padrão aprovado pela ANEEL foi inserida uma cláusula décima quinta tratando de uma nova alocação de riscos contratual, inexistente no contrato original. Ao tratar do tema, a Nota Técnica Conjunta nº 5/2025, firmada por representantes de vários órgãos daquela agência reguladora, trata do ganho de eficiência com uma alocação de riscos mais adequada e admite expressamente que alguns riscos que anteriormente cabiam à concessionária sejam transferidos pelo aditivo ao Poder concedente, sem contudo enfrentar a juridicidade dessa providência:

157. A eficiente alocação de riscos contratual pode diminuir o custo da concessão à sociedade, ou seja, diminuir o custo do serviço. A lei que rege as concessões (nº 8.987/95) traz que a concessão de serviço público é por conta e risco da concessionária. Em que pese haver interpretações mais estritas sobre esse texto da Lei, de que todos os riscos seriam alocados à concessionária, entendemos que a adequada interpretação deve ser ponderada pelos impactos na prestação do serviço, uma vez que o repasse de todos os riscos à distribuidora pode levar a aumento do custo da concessão, bem como a deterioração da qualidade do serviço. Portanto, propomos que alguns riscos sejam alocados ou compartilhados com o Poder concedente.

158. Como regra geral, os riscos devem ser alocados à parte que

possui capacidade (ou possui mais capacidade) de influenciar ou controlar a ocorrência do evento, antecipar-se ou responder a ele, controlando seu impacto, ou de absorvê-lo com menor custo. (...)

162. A estruturação da Cláusula de risco se deu da seguinte forma: o texto da Subcláusula Primeira refletiu o que estabelece a Lei das Concessões. Em seguida, a Subcláusula Segunda retira alguns riscos da distribuidora. (...)

Já o voto proferido pela Diretora Agnes Maria de Aragão da Costa, que conduziu a decisão da Diretoria colegiada da ANEEL na aprovação do termo aditivo padrão de prorrogação³², ao celebrar a construção de um contrato de concessão com matriz de risco, deixa clara uma certa confusão entre prorrogar o contrato e promover uma contratação nova:

385. Depois de 27 anos de regulação, finalmente construímos um contrato de concessão de serviço público de distribuição com matriz de risco, o que já é uma realidade em outros segmentos, como transmissão de energia, e em outros setores.

Nesse sentido, parece útil estabelecer uma distinção terminológica entre prorrogação, quando o contrato original é mantido, preservando-se a equação econômico-financeira original com a extensão do prazo contratual; e renovação, quando se desfaz o vínculo contratual antigo, pela extinção do contrato, com a obrigatória realização de uma nova licitação³³ que dará origem a um novo contrato, portanto, com uma nova equação

³² ANEEL. Processo nº 48500.902208/2024-34. “Resultado da Consulta Pública nº 027/2024, instituída com vistas a obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão para prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, com vistas a formalizar a prorrogação das concessões, nos termos do Decreto nº 12.068, de 20 de junho de 2024, e da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

³³ Ao contrário da redação do inciso XXI do art. 37 que, ao estabelecer a licitação como a regra geral para todas as contratações públicas, ressalva expressamente “os casos especificados na legislação”; o art. 175 não contém ressalva semelhante e impõe sempre a realização prévia licitação para a constituição de novos vínculos contratuais de concessão ou permissão de serviço público. Há, no entanto, diversas e abalizadas opiniões em contrário, sustentando a possibilidade de se valer das hipóteses autorizadoras da dispensa de licitação, assim como do reconhecimento de sua inexigibilidade, nos termos da Lei nº 14.133/2021 (ou, anteriormente, da Lei nº 8.666/93), que seria subsidiariamente aplicável, nesse aspecto, aos contratos de

econômico-financeiro a ser estabelecida pelas propostas que virão a ser apresentadas.

Com a chegada ao fim do período original de vigência do contrato, havendo previsão contratual para a sua prorrogação, abre-se para o poder concedente duas possibilidades: prorrogar o contrato, desde que haja interesse também do concessionário em manter a operação; ou renovar a concessão, promovendo uma licitação que poderá se basear em um modelo contratual inteiramente distinto daquele que se extinguiu. Embora possa parecer uma questão de menor relevância, essa é uma distinção importante. Nos documentos preparados tanto pelo MME como pela ANEEL e mesmo nos votos dos seus diretores é comum encontrar a expressão “renovação”, acompanhada muitas vezes de referência a um novo contrato, quando se está a tratar, na verdade, da prorrogação do contrato vigente. Essa confusão terminológica transmite por vezes a concepção errada de que o momento da prorrogação permite a elaboração de um novo contrato. E isso não é verdade. Na prorrogação, as partes estão vinculadas ao equilíbrio econômico-financeiro fixado pela licitação, quando da celebração original do contrato.

Não se discute que a introdução de uma matriz de risco clara, estabelecendo o tratamento que as partes devem dar a eventos aleatórios e fora de seu controle³⁴ —

concessão ou permissão de serviço de serviço público. Vide, a esse respeito, a doutrina de: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos – outras formas de gestão associada. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transporte coletivos urbanos (um estudo de caso). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. IX, Direito das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110 e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019.

³⁴ “Observe-se que, diante desse contexto muito complexo, a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público. (...) trata o risco somente pelo seu aspecto ‘profilático’. Melhor dizendo, dá-se teoricamente solução para prejuízos já existentes e contabilizados. Não há, de parte dessa teoria, preocupação com a formulação de soluções que previnam o prejuízo.” (PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 115). Não por outra razão, tem sido preconizado o desenvolvimento de matrizes de risco nas modelagens de concessões e PPPs: “(...) com o advento da regulamentação das parcerias público-privadas no direito brasileiro, surge uma nova possibilidade de engenharia contratual: a alocação dos riscos feita de maneira prévia, no próprio contrato administrativo.” (ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 126). No mesmo sentido: PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 129 a 133.

procurando atribuí-los do modo mais eficiente possível às partes, de acordo com as suas capacidades³⁵ —, pode representar um avanço na modelagem dos contratos de serviço de energia elétrica. No entanto, é um avanço que deveria ocorrer quando da concepção de novos modelos contratuais a serem testados junto ao mercado, promovendo-se a necessária licitação. A definição de uma matriz de risco, atribuindo a responsabilidade das partes pelas consequências de eventos indesejados, é parte relevante da equação econômico-financeira que, como referido, deve ser respeitada ao longo de toda a execução do contrato, não se admitindo a mudança do equilíbrio contratual em meio à sua execução, mesmo por ocasião de sua prorrogação.

Deve-se reconhecer, contudo, que tal decisão não coube primordialmente à ANEEL, que apenas deu cumprimento a diretriz inserida no Decreto 12.068/2024. Além disso, não se pode ignorar a existência de entendimentos doutrinários divergentes, como os expressados por Rafael Vêras, Marcos Nóbrega e Frederico Turolla³⁶, que defendem a necessidade de adaptação das matrizes de riscos nos contratos, em especial os de longo prazo, em virtude de suas inevitáveis inconsistências:

Por fim, é de se destacar que o regime de adaptação de uma matriz de riscos, tal como o regime econômico da responsabilidade civil, deve aprender com execução do contrato de concessão. Assim é que, tal como os tribunais reexaminam

³⁵ “(..) *el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se realiza en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión, de modo que cada una de las partes asuma aquellos riesgos que está más preparada para atender.*” (ACEVEDO, Rafael Fernández. *Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional*. In: MOREIRA: Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilibrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 260). No mesmo sentido: “*A regra fundamental que deve orientar a alocação dos riscos está em atribuir o risco à parte com melhores condições para gerenciar a sua prevenção ou, não sendo isso possível, minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização*” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 338) e “(..) *um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar, isto é, há que se alocar o risco, de acordo com a sua natureza, àquele capaz de reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se concretizar, às expensas menores, ou suavizar os prejuízos resultantes. Em suma, deve suportar determinado risco aquele que detenha mais adequado controle sobre a gestão ou sobre os resultados oriundos de sua materialização.*” (ROCHA, Iggor Gomes. *Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles e GABARDO, Emerson (coords.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 119).

³⁶ VÉRAS, Rafael *et ali*. *Matrizes de risco experimentais em concessões*. Working paper. In: PSP Hub – Infrastructure and urbanism studies, novembro de 2025, pp. 21 e 22.

indenizações e padrões de precaução, ao apreciar cada litígio, as matrizes de riscos devem [ser] alteradas, a partir dos dados produzidos, por cada projeto concessionário, para o que o experimentalismo será uma ferramenta poderosa, como será demonstrado no próximo item.

(...)

Em resumo, mais do que abstrações, os módulos concessórios devem se valer da experiência e da percepção de que se aprende fazendo (learning by doing). Daí a necessidade do advento de uma governança regulatória experimental, que possa dar conta da necessidade da constante atualização das matrizes de risco, a depender da fase do projeto.

No que diz respeito ao aprimoramento das condições econômicas, um dos principais pontos é a introdução nos contratos de concessão, pelo termo aditivo de prorrogação, de disposições que facilitam a inserção de competição no setor, ou seja, que permitam que serviços tradicionalmente prestados de forma exclusiva pela concessionária, passem a ser prestados em regime concorrencial, como já ocorre em outros setores da economia.

Para tanto, foram estabelecidas diretrizes nas alíneas b e c do inciso XIV do art. 4º do Decreto 12.068/2024 apontando para a flexibilização contratual, com o objetivo de que “serviços que possam ser ofertados de modo concorrencial sejam facultados a outros agentes”, recomendando-se “a separação dos serviços a serem prestados inicialmente pela concessionária, que sejam futuramente passíveis de serem prestados em ambiente competitivo”. O texto do decreto deixa claro que tais adaptações devem ser buscadas, desde que “assegurada a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão”, preocupação expressa nos itens 4.2.2 e 4.2.3 da Nota Técnica nº 19/2023/SAER/SE.

Segundo o voto proferido pela Diretora Agnes Maria de Aragão da Costa³⁷, na consulta pública promovida pela ANEEL foram recebidas muitas manifestações de apoio quanto

³⁷ ANEEL. Processo nº 48500.902208/2024-34. “Resultado da Consulta Pública nº 027/2024, instituída com vistas a obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão para prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, com vistas a formalizar a prorrogação das concessões, nos termos do Decreto nº 12.068, de 20 de junho de 2024, e da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

às alterações contratuais implementadas no sentido de “as distribuidoras não terem direito de exclusividade em serviços que possam ser oferecidos de forma concorrencial por outros agentes”, assim como quanto à “possibilidade de a distribuidora exercer outras atividades, sujeitas a determinadas condições estabelecidas pela ANEEL, e a faculdade de terceiros poderem executar serviços prestados pela distribuidora, conforme regulação da ANEEL”.

No que se refere a esse aprimoramento das condições econômicas é igualmente polêmica a diretriz para que se admita maior flexibilidade normativa para ajustar o regime de regulação, facultando à ANEEL, inclusive, reconhecer custos de capital e operação entre revisões tarifárias. Nesse ponto, acatando orientação de sua Procuradoria Federal especializada, a Diretoria da ANEEL introduziu no termo aditivo de prorrogação apenas a possibilidade de uma flexibilização futura, que dependerá da prévia concordância da concessionária. Criou-se, deste modo, uma opção a ser oferecida no futuro às concessionárias, de migração do regime regulatório originalmente previsto de price-cap — no qual se estabelece uma tarifa máxima em cada revisão, de modo que o concessionário assume o risco de mercado, podendo apropriar-se de eventuais ganhos de eficiência — para um regime alternativo a ser definido pela ANEEL, no futuro. Assim se manifestou a Diretora Agnes Maria de Aragão da Costa em seu voto condutor:

198. A partir do opinativo da PFANEEL, a STR aceitou parcialmente as contribuições ao estabelecer dois regimes de regulação possíveis: (i) regime “a”: manutenção do regime vigente (price-cap) como default; (ii) regime alternativo “b”: a ser definido posteriormente, por regulação, cabendo a migração em processo de revisão tarifária, caso haja concordância da distribuidora após conhecimento das regras do novo regime.

Ressaltou, ainda, em seu voto, que esse “menu de contratos”, que “possibilitará uma mudança de regime econômico, por adesão, durante a vigência do contrato a partir de aprimoramentos regulatórios sobre suas condições econômicas”, revela “a modernidade do contrato que estamos a propor”. Não se discute, a esse respeito, a modernidade de tais inovações, a adequação ou a eficiência de se adotar um regime regulatório flexível.

Fugiria ao escopo do presente estudo pretender aprofundar uma análise a esse respeito. A preocupação que ora se externa diz respeito ao fato de que, ao contrário da convicção expressada pela Diretora em seu voto, a ANEEL não deveria estar propondo um contrato. O que se discute no momento atual é a prorrogação de contratos de concessão já existentes.

Não se nega a possibilidade de realizar algum tipo de modernização contratual por ocasião das prorrogações, mas em hipótese nenhuma se deve cogitar de um novo contrato. Note-se a esse respeito que algumas das vezes em que o TCU identificou transfiguração indevida do objeto contratual por ocasião de sua prorrogação envolviam a sua compatibilização com novos regramentos³⁸ ou a modificação de regras regulatórias³⁹. Não parece, contudo, que essa preocupação tenha permeado a decisão da agência reguladora quando da aprovação do termo aditivo padrão. Revela-se, na verdade, difícil de se sustentar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a alteração de um regime de price-cap, para outro regime como, por exemplo, os cogitados revenue-cap ou TOTEX.

Essa, no entanto, é uma discussão que restou adiada pela ANEEL, uma vez que na cláusula sexta, subcláusula sétima, parágrafo segundo do termo aditivo padrão de prorrogação se estabeleceu que a Parcela B — uma das parcelas que comporá o valor da tarifa — “será reajustada conforme o regime de regulação econômica a), sendo opcional à DISTRIBUIDORA o regime de regulação econômica b), que será definido seguindo o devido rito regulatório, conforme os procedimentos estabelecidos pela ANEEL”.

Assim, quando a ANEEL for definir, no futuro, o regime de regulação econômica alternativo pelo qual será reajustada a Parcela B, será imprescindível demonstrar, do ponto de vista da teoria econômica, que sua adoção não altera o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato e, portanto, não o desnatura nem viola a vinculação às condições licitadas.

4. Conclusão

O presente estudo analisou o regime jurídico das prorrogações das concessões de

³⁸ TCU. *Acórdão 2.200/2015*. Plenário. Processo TC 024.882/2014-3. Min. Relatora Ana Arraes.

³⁹ TCU. *Acórdão nº 2.247/2018-Plenário*. Processo TC 031.581/2015-3. Min. Relator Augusto Nardes.

distribuição de energia elétrica cujos prazos se encerram entre 2025 e 2031, não alcançadas pela Lei 12.783/2013, à luz do Decreto 12.068/2024 e do termo aditivo padrão aprovado pela ANEEL. Examinou-se, em especial, três questões fundamentais: a constitucionalidade dessas prorrogações, a duração mais adequada para a extensão dos prazos contratuais e os limites jurídicos impostos à modernização contratual pretendida.

Quanto à constitucionalidade, constatou-se que as prorrogações encontram amparo no art. 175, parágrafo único, I, da Constituição Federal, que expressamente autoriza que o regime jurídico dos contratos de concessão contemple a possibilidade de prorrogação de prazo. Ao tratar especificamente das concessões de distribuição de energia elétrica, a Lei 9.074/95, em seu art. 4º, §3º, fixou o prazo máximo de 30 anos para os contratos, prorrogável por igual período. Trata-se, portanto, de instituto jurídico previsto tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional aplicável, não havendo óbice de natureza constitucional ou legal às prorrogações em análise.

No que se refere à duração das prorrogações, identificou-se significativa fragilidade jurídica na opção adotada no termo aditivo padrão aprovado pela ANEEL, que estabelece prorrogação fixa de 30 anos para todos os contratos. Não há fundamento legal que imponha a realização de uma única prorrogação pelo período máximo permitido. Ao contrário, o art. 4º, §3º da Lei 9.074/95 apenas limita a soma das prorrogações ao máximo de 30 anos, sem estabelecer restrição quantitativa. A legislação determina que o prazo contratual deve ser fixado em função do tempo necessário para a amortização dos investimentos previstos, conforme preceitua o próprio art. 4º, §3º da Lei 9.074/95. Deste modo, não havendo relação necessária entre os compromissos de investimento originais e aqueles que serão adotados quando da prorrogação, não existe justificativa para a equiparação automática desses prazos. O ideal seria a análise individualizada de cada concessão, fixando-se o prazo na menor extensão que permita conciliar a amortização dos investimentos necessários com a modicidade tarifária, admitindo-se prorrogações menores e sucessivas até o limite legal de 30 anos adicionais.

No tocante à modernização contratual pretendida pelo Decreto 12.068/2024, verificou-se que, embora seja possível realizar ajustes, adaptações e aprimoramentos quando da prorrogação de contratos de concessão, há limites jurídicos inafastáveis que

devem ser observados. Primeiro, não se pode transfigurar o objeto contratual, admitindo-se apenas sua adaptação, retificação ou ajuste, mas nunca sua substituição por objeto inteiramente distinto, sua transfiguração ou alterações que possam causar distorções e representar burla ao princípio licitatório. Segundo, deve-se preservar rigorosamente o equilíbrio da equação econômico-financeira original do contrato, cuja manutenção é uma imposição constitucional. Terceiro, não se pode introduzir alterações substanciais que configurem verdadeira violação da isonomia entre os participantes da licitação original, gerando vantagens indevidas ao concessionário, uma vez que condições novas que não eram conhecidas pelos licitantes poderiam ter produzido resultado distinto para o processo seletivo.

Identificaram-se, nesse sentido, pontos críticos na proposta de modernização contratual apresentada no termo aditivo padrão aprovado pela ANEEL, especialmente no que se refere à introdução de nova matriz de alocação de riscos contratuais e à flexibilização do regime de regulação econômica. A matriz de riscos, ao transferir ao poder concedente riscos que anteriormente cabiam à concessionária, altera elemento essencial da equação econômico-financeira estabelecida na licitação original. A definição da matriz de riscos, que estabelece a responsabilidade das partes pelas consequências de eventos indesejados, é parte relevante da equação econômico-financeira, que deve ser respeitada ao longo de toda a execução do contrato. A possibilidade de migração do regime de regulação de price-cap para regime alternativo a ser futuramente definido pela ANEEL, embora condicionada à concordância da concessionária, suscita questionamento quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro original, especialmente porque a alteração de um regime para outro (como revenue-cap ou TOTEX) pode impactar significativamente os riscos e retornos da concessão.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a prorrogação não pode importar em transfiguração do contrato original, o que configuraria verdadeira burla ao processo licitatório. Como destacou a Ministra Carmen Lúcia, “a prorrogação de um contrato em curso não pode ser burla à regra da licitação”, razão pela qual “não se pode alterar o objeto do contrato prorrogado”.

O TCU, especialmente nos Acórdãos 1.836/2013 e 2.253/2015, já havia demonstrado

preocupação com a forma pela qual as prorrogações anteriores foram conduzidas, criticando a ausência de avaliações adequadas e de contrapartidas aos usuários. As determinações contidas nesses acórdãos, que se procurou atender quando da elaboração do Decreto 12.068/2024, impõem a necessidade de vigilância contínua quanto à preservação dos limites impostos pelos princípios da isonomia e da vinculação ao edital.

Em síntese, as prorrogações das concessões de distribuição de energia elétrica previstas no Decreto 12.068/2024 encontram amparo constitucional e legal, mas devem observar limites jurídicos claros. A fixação de prazo único de 30 anos para todas as prorrogações não se revela a fórmula mais adequada, sendo recomendável a análise individualizada de cada concessão para estabelecer prazos menores, baseados na amortização dos investimentos específicos. Quanto à modernização contratual, embora desejável e necessária para adequar os contratos às novas realidades regulatórias e tecnológicas, não pode ultrapassar os limites impostos pela necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro original e pelo respeito aos princípios vinculação ao edital e da isonomia entre os participantes da licitação. Alterações substanciais que transfigurem o objeto contratual ou modifiquem significativamente a alocação de riscos e o regime de remuneração originalmente estabelecidos configurariam, na prática, a celebração de novo contrato sem a prévia realização do procedimento licitatório exigido pelo art. 175 da Constituição Federal. A linha divisória entre modernização legítima e burla à licitação pode ser tênue, o que impõe especial cuidado para que seja observada com rigor, sob pena de comprometimento da segurança jurídica e da própria legitimidade das prorrogações.