

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA REGULAÇÃO E
DEFESA DA CONCORRÊNCIA

FABIO ALMEIDA LIMA

A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro
O contrato de comercialização de energia elétrica no ambiente
regulado – CCEAR e os leilões de energia

BRASÍLIA

2006

FABIO ALMEIDA LIMA

A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro

O contrato de comercialização de energia elétrica no
no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia

Monografia para conclusão do curso de pós-
graduação em Direito da Regulação e Defesa da
Concorrência do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof^o. Dr. Victor Carvalho Pinto

Co-orientador: Prof^a Dr^a. Tânia Cruz

BRASÍLIA

2006

FABIO ALMEIDA LIMA

A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro

O contrato de comercialização de energia elétrica no
no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia

Monografia para conclusão do curso de pós-
graduação em Direito da Regulação e Defesa
da Concorrência do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof^o. Dr. Victor Carvalho Pinto

Co-orientador: Prof^a Dr^a. Tânia Cruz

Brasília, ____ de _____ de ____ .

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Às minhas crianças, Felipe e Isabela, fontes de inspiração para novos desafios. À Margareth, minha companheira de agora e sempre.

AGRADECIMENTOS

À Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que por intermédio de sua diretoria, concedeu valioso suporte financeiro e bibliográfico para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Dr. Victor Carvalho Pinto, pela orientação segura e liberdade na condução da pesquisa.

Aos colegas da Procuradoria Federal da ANEEL, pelas frutíferas discussões e sugestões.

RESUMO

Este trabalho analisa aspectos do novíssimo marco regulatório do setor elétrico brasileiro, sobretudo no tocante aos leilões de energia elétrica, com ênfase para o Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado – CCEAR. A presente monografia procura situar a importância do CCEAR no atual desenho do mercado de eletricidade. Buscamos identificar os fundamentos jurídico-constitucionais bem como delinear a natureza jurídica do CCEAR, definindo o regime aplicável a essa relação contratual, cujo objeto é a comercialização de energia elétrica entre as distribuidoras e as geradoras de eletricidade. Nesse sentido, pretendemos situar juridicamente a atividade econômica associada à indústria da energia elétrica, revisitando as noções de serviço público e de planejamento econômico governamental numa perspectiva constitucional. Procedemos, ainda, a um relato sobre os antecedentes históricos da modelagem jurídica-institucional do mercado de eletricidade, para melhor vislumbrar o contexto da Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro. Destaca-se o fato do uso de contratos como instrumento de regulação ter crescido em importância com a desintegração vertical, medida imposta aos agentes econômicos com o escopo de coibir a concentração de atividades inerentes à cadeia produtiva da eletricidade (geração, transmissão, distribuição e comercialização) numa mesma pessoa jurídica.

Palavras-chave:

Direito Econômico. Regulação. Contratos. Energia Elétrica.

ABSTRACT

This work analyzes aspects of the latest regulation landmark of the Brazilian electric sector, above all in regards to the auctions of electric energy, with emphasis for the Contract of Commercialization of Electric Energy in Regulated Environment - CCEAR. The present monograph looks for to point out the importance of the CCEAR in the current drawing of the electricity market. We search to identify the legal-constitutional beddings as well as delineating the legal nature of the CCEAR, defining the applicable regimen to this contractual relation, which object is the commercialization of electric energy between the deliverers and the generating of electricity. In this direction, we purpose to situate in a juridical perspective the economic activity associated to the industry of the electric energy, revisiting the slight knowledge of public utility and governmental economic planning in a constitutional perspective. We proceed, still, to a report on the historical antecedents of the legal-institutional modeling of the electricity market, better to glimpse the context of the Regulation for Contracts in the Brazilian Electric Sector. It calls attention the fact the contract use as regulation instrument increased in importance with the vertical disintegration, act imposed to the economic agents with the target to restrain the concentration of inherent activities to the productive chain of the electricity (generation, transmission, distribution and commercialization) in one same legal entity.

Key words:

Economic law. Regulation. Contracts. Electric energy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA FORMAÇÃO DE UM “MERCADO” DE ENERGIA ELÉTRICA	9
3 DESENVOLVIMENTO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL - DAS PEQUENAS EMPRESAS DE INTERESSE LOCAL AO MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELÉTRICA	11
3.1 Arcabouço Institucional do Mercado de Eletricidade Brasileiro	13
3.1.1 A ANEEL	14
3.1.2 O ONS	15
3.1.3 A CCEE	17
3.1.4 A Eletrobrás	18
3.2 O primeiro teste do modelo concorrencial – o racionamento de energia elétrica de 2001	19
3.3 O novíssimo modelo institucional do setor elétrico – o ambiente regulado de comercialização de energia elétrica	20
4 A ENERGIA ELÉTRICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	23
4.1 Da perspectiva constitucional da energia elétrica como serviço público	24
4.2 Da natureza determinativa do planejamento estatal para os serviços de energia elétrica	27
4.2.1 Da submissão dos agentes do setor elétrico ao planejamento estatal	29
5 O CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE REGULADO – CCEAR	30
5.1 Objeto e espécies contratuais	30
5.1.1 O CCEAR como contrato de compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração coligado à outorga para exploração de novo empreendimento hidrelétrico ou termelétrico – leilões de energia nova	31
5.1.2 O CCEAR como contrato autônomo de comercialização de energia elétrica gerada em empreendimentos já existentes	32
5.2 O CCEAR como contrato coativo de direito privado	33
5.3 O CCEAR como contrato-organização	35
5.4 O CCEAR como instrumento ordenador do mercado	35
5.5 Da solução de controvérsias relacionadas ao CCEAR	36
5.6 A função social do CCEAR	36
5.7 Vantagens regulatórias do CCEAR	37
6 CONCLUSÃO	39
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em Regulação, revela-se imperioso explicitar o sentido desta palavra na economia, onde o termo foi empregado originalmente, e no direito, ramo do conhecimento que vem se apropriando deste signo numa freqüência cada vez maior. Para este trabalho, adotaremos o conceito de regulação estatal da economia, desenvolvido por Alexandre Santos de Aragão (2004a, p. 162), assim enunciado: “regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

A Regulação por Contratos seria então uma espécie do gênero Regulação, que utiliza as convenções (negócios jurídicos) para ordenar o mercado e influenciar a atuação dos agentes econômicos.

Com a mais recente reforma do setor elétrico, realizada nos anos de 2003 e 2004, pretendeu-se formatar um modelo misto com participação estatal e privada, onde as empresas da cadeia produtiva da eletricidade serão responsáveis pela expansão do sistema (parque gerador, linhas de transmissão e redes de distribuição) sem perder de vista a modicidade tarifária. A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro cresceu em importância com a desverticalização ou desintegração vertical (*umbundling* – literalmente desempacotar) imposta legalmente com o escopo de coibir a concentração de atividades de um mesmo setor¹. Na cadeia produtiva da eletricidade, composta pelas etapas de geração, transmissão, distribuição e comercialização, o processo de desintegração vertical está ocorrendo sob a forma de desconcentração jurídica, pela qual se impõe que a mesma pessoa jurídica não explore mais de uma fase do ciclo econômico do setor elétrico.

Nesse cenário, revela-se de todo conveniente uma análise sobre o Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR, peça fundamental na ordenação e no planejamento setorial segundo o novíssimo marco legal da indústria da energia elétrica.

¹ Art. 4º, § 5º, da Lei nº 9.074/95 (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004).

Uma análise do CCEAR remeterá ao estudo dos chamados leilões de energia, licitações que constituem o ambiente regulado de comercialização de energia elétrica. Pires (2002), ao analisar a introdução dos leilões de energia na França, denomina este processo de reforma marginal em contraposição às reformas radicais, a exemplo da que foi implementada no Reino Unido.

No caso brasileiro, uma questão desafia os analistas do setor elétrico. Seria a introdução do ambiente regulado de comercialização de energia elétrica uma ruptura com os valores da reforma realizada na década de 1990, ou consistiria numa medida para preservar os valores reformadores mais importantes, visando a tutelar os consumidores cativos e a garantir a expansão do sistema? Tentaremos neste estudo analisar esta e outras questões que causam inquietações àqueles que militam no dia a dia no Mercado de Energia Elétrica.

2 DA FORMAÇÃO DE UM “MERCADO” DE ENERGIA ELÉTRICA

Hodiernamente, a expressão Mercado designa o ambiente em que as decisões seriam puramente mercantis, baseadas, tão-somente, na constelação de preços colocada diante do decisor, diferentemente das decisões políticas que pressupõem algum planejamento.

Contudo, nem todo o setor privado pode ser visto como submisso às regras do mercado. As chamadas megaempresas e os grandes conglomerados libertam-se do férreo jugo do mercado e o transcendem, usando, na realidade, métodos de planejamento estratégico que os distanciam das demais empresas do mesmo mercado. Estaria assim superada a clássica distinção entre setor público e setor privado. Melhor seria falar-se numa divisão entre setor de planejamento e setor de mercado, o primeiro deles englobando tanto a área pública quanto a privada composta pelas megaempresas. (GALBRAITH, 1980 apud NUSDEO, 2001, p. 223).

Especificamente quanto à cadeia produtiva da energia elétrica, pode-se afirmar que este segmento da economia esteve, historicamente, numa disputa entre modelos, que se diferenciavam, sobretudo, pelo grau de intervenção estatal. A atuação do Estado variava conforme o modelo adotado, podendo este atuar diretamente na atividade econômica, exercer o planejamento do setor, ou, simplesmente, deixar para a livre iniciativa dos agentes econômicos privados a tarefa de prover os serviços de eletricidade. A classificação de Galbraith (1980), que subdividiu a atividade econômica em setor de mercado e setor de

planejamento, explica, em parte, esse movimento cíclico que permeia a indústria de energia elétrica marcado pelo conflito entre o interesse público e o comportamento racional de agentes privados.

Várias tentativas de migração para modelos de mercado, infensos a qualquer iniciativa de planejamento estatal, foram colocados em prática no setor elétrico. Por outro lado, muitos entendem que a eletricidade deva ser tratada como uma Missão de Interesse Geral - MIG, por reunir as seguintes características: importância para um grande número de pessoas; incapacidade do mercado de prover, com suas próprias forças, a quantidade de serviço demandada, com a qualidade desejada pelos usuários; dificuldade do mercado de disciplinar as ações dos ofertantes, em termos de quantidades e de preço. (TOLMASQUIM; OLIVEIRA; CAMPOS, 2002, p. 17).

No estado norte-americano da Califórnia, onde medidas liberalizantes foram adotadas de maneira radical, verificou-se de forma intensa esse conflito de paradigmas. Ali ficaram evidentes as vicissitudes de uma migração abrupta para um mercado desregulado de energia elétrica, sem foco no planejamento. O setor de energia elétrica entrou em crise na Califórnia em 2001, depois que foi tentada a criação de um mercado livre de eletricidade. Segundo a Lei da Assembléia Legislativa da Califórnia que o fundou, a desregulamentação iria criar “uma estrutura de mercado que forneceria serviços elétricos competitivos, baratos e confiáveis”. Não foi o que aconteceu. O preço por atacado da energia elétrica disparou, multiplicando por dez o preço anterior e aconteceram apagões. O governador Gray Davis chamou a experiência com o mercado de eletricidade de “fracasso colossal e perigoso”. Antes, a maior parte da energia era produzida por empresas de serviços públicos. Os custos de produção eram altos porque, enquanto monopólios, elas podiam repassar quaisquer aumentos de custos para os consumidores e assim tinham poucos incentivos para manter baixos os custos. Esperava-se que um mercado competitivo trouxesse preços baixos. (MCMILLAN, 2004, pp. 186-187).

Do caso Californiano pode-se extrair algumas lições. No mercado de energia elétrica, a demanda não é sensível ao preço - demanda inelástica - e as consequências de uma insuficiência de oferta são graves. Quanto menos elástica for a curva da demanda da empresa, maior poder de monopólio² ela terá. Um número pequeno de produtores está em posição de impor preços muito acima dos custos de produção. Contudo, os preços elevados não ensejam,

² Poder de monopólio – capacidade da empresa de definir o preço acima do custo marginal. (PYNDICK; RUBINFELD, 2003).

imediatamente, novas fontes de energia a serem ofertadas, pois novas usinas geradoras levam anos para entrar em operação. (SCHWARTZ, 2001).

Não se pode confiar apenas na competição para manter os preços baixos, próximos dos custos de geração. Um preço alto é uma possibilidade sempre presente no mercado de eletricidade. Segundo Sauer (2001), na crise energética brasileira de 2001, verificou-se que a expansão da geração de energia não pode depender somente da ação empresarial, motivada pelas perspectivas de ganho econômico. No caso da energia elétrica, a idéia de que o lucro seja um sinal suficiente para garantir os investimentos não se confirmou na prática. Para as empresas, a restrição da oferta pode ser uma alternativa para influir no preço. Tem-se um conflito: espera-se que as empresas invistam para ter mais lucratividade, mas, do ponto de vista empresarial, pode-se aumentar o lucro sem aumentar a produção, pois quando há escassez, o preço tende a aumentar bastante em razão da demanda por energia não ser sensível ao preço (demanda inelástica).

3 DESENVOLVIMENTO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL – DAS PEQUENAS EMPRESAS DE INTERESSE LOCAL AO MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELÉTRICA

Antes de analisar a natureza do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado – CCEAR, impende trazer à baila alguns antecedentes históricos da modelagem jurídico-institucional do setor elétrico brasileiro.

No princípio da utilização da energia elétrica no Brasil, em 1889, essa atividade era caracterizada por ser um serviço de interesse local, com o estabelecimento de pequenas usinas procurando explorar os melhores aproveitamentos próximos às áreas urbanas. A acentuada dispersão dos sistemas elétricos fez com que o regime jurídico variasse de uma localidade para outra, eis que era da alçada dos Municípios conceder a exploração da geração e, acessoriamente, a distribuição. Nesse momento, a distribuição era tratada como uma atividade acessória da geração, até porque os aproveitamentos, normalmente situados próximos aos centros de carga, dispensavam maiores preocupações com o transporte da energia. Até o advento do Código de Águas, a história da energia elétrica no Brasil foi marcada pelas concessões municipais. Em 1934, o Governo Federal avocou a si a competência para dispor

sobre energia elétrica. A Constituição de 1934 e o Código de Águas definiram que a competência para legislar e conceder outorgas para exploração de energia elétrica seriam da União. (WALTENBERG, 2000, pp. 353-355).

Nos anos 40, duas empresas privadas multinacionais atuavam na indústria da eletricidade: a Light e a Amforp. Até o final da década de 40, 98% do abastecimento do serviço de energia elétrica era proveniente do setor privado. (TOLMASQUIM; OLIVEIRA; CAMPOS, 2002, p. 46).

A falta de investimentos privados na ampliação da capacidade instalada fez com que o governo federal passasse a atuar mais ativamente no setor. Em 1948, foi criada a Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF. Em 1961, foram criadas as Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás, holding que controlaria CHESF e FURNAS. Frente a crescente defasagem entre a capacidade de geração e o aumento da demanda, o governo federal e os estaduais passaram a investir fortemente no setor. A União, no período compreendido entre 1967 e 1973, transferiu aos Estados os serviços de distribuição e subtransmissão de eletricidade. Por outro lado, a geração e a transmissão ficaram a cargo da Eletrobrás, através de suas empresas regionais CHESF, FURNAS, Eletrosul e Eletronorte.

O processo de estatização do setor elétrico, que levou à intervenção governamental neste segmento da economia, culminou com a assunção pelo Estado de empresas, através da compra da Amforp e da Light. Em 1979, com a compra da Light, todas as concessionárias do setor eram constituídas por 100% de capital nacional. O modelo estatal possibilitou, principalmente na década de 70, grandes investimentos, advindos de recursos externos, autofinanciamento e empréstimos internos.

Este modelo apresentou problemas no final da década de 70 e durante a década de 80. Além do alto endividamento das empresas do setor, outros fatos levaram ao desarranjo do sistema. Entre 1973 e 1993, as tarifas eram iguais em todo o território nacional, embora os custos regionais fossem profundamente diferentes. A tarifa, equalizada nacionalmente, era mantida com a transferência de recursos das empresas superavitárias, geralmente localizadas no Sul e no Sudeste, para as empresas deficitárias localizadas no Norte, no Nordeste e no Centro-Oeste. Tal sistema, além de não induzir a uma gestão eficiente, era agravado pelo fato das tarifas serem utilizadas pelo Governo Federal como item de controle da inflação, num exemplo claro de “demagogia regulatória” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 67). Em que pese a legislação da época prever uma remuneração de 10 a 12% para as concessionárias, as tarifas ficavam sempre abaixo desses percentuais, e as denominadas insuficiências tarifárias eram contabilizadas na Conta de Resultados a Compensar – CRC, em favor das concessionárias. A

Lei n.º 8.631, de 1993, pondo fim à equalização tarifária, possibilitou a liquidação da CRC, imputando débitos para a União da ordem de 25 bilhões de dólares.

A partir de meados da década de 90, foi deflagrado o processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro. Diante do esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, buscou-se criar condições que viabilizassem a atração de capitais privados para custear e investir nesse fundamental setor da infra-estrutura nacional. O novo modelo foi concebido a partir de idéias de inserção da competição no setor e atuação do Estado como Regulador da atividade econômica.

Nesse contexto, sobrevieram emendas constitucionais bem como as Leis n.º 8.987/95 (Lei das Concessões), 9.074/95, 9.427/96 (Lei da ANEEL) e 9.648/98. Em meio a tudo isso, foi posto em prática o Programa Nacional de Desestatização e foram celebrados os contratos de concessão. Também foram segregadas, quanto ao tratamento legal e regulatório, os segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

No novo modelo do setor elétrico, os processos competitivos foram concebidos de diferentes formas, que variam para cada segmento da cadeia produtiva (geração, transmissão, comercialização e distribuição). Temos a competição no mercado, como ocorre quando dois comercializadores disputam um consumidor livre. Há também a competição pelo mercado, como no modelo de transmissão, e, no segmento distribuição, concebeu-se a competição virtual, com um padrão de referência estabelecido pelo regulador nas revisões tarifárias e a competição contra o fator X aplicado nos reajustes. (PEDROSA, 2005, p. 20).

Além disso, foram criadas novas estruturas, fundamentais para o bom funcionamento do setor reformulado: o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico), o MAE (Mercado Atacadista de Energia), a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e o CNPE (Conselho Nacional de Política Energética).

3.1 Arcabouço Institucional do Mercado de Eletricidade Brasileiro

Com o advento da Lei nº 9.648/98, estabeleceu-se a imediata entrada em vigor da liberdade de escolha do fornecimento de energia elétrica para consumidores com carga

igual ou superior a 10 MW³ e que sejam atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV. Seriam estes os consumidores livres, que não mais estariam obrigados a comprar energia da Distribuidora da sua região. A energia passou a ser comercializada no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), por intermédio de contratos financeiros de curto prazo (spot) ou de longo prazo (contratos bilaterais), denominados “contratos do mercado atacadista de energia elétrica”. Assim, foi introduzido o modelo de livre concorrência na comercialização de energia elétrica. A competição na geração e na comercialização seria deflagrada através de alguns mecanismos tais como: estímulo à entrada no segmento geração e a livre escolha do fornecedor de energia por parte dos grandes consumidores no segmento comercialização (PIRES, 1999). Ademais, assegurou-se o livre acesso à infra-estrutura de transporte de energia elétrica aos consumidores livres, mediante o pagamento de tarifas pelos serviços de transmissão de energia elétrica⁴.

No tocante às distribuidoras, a migração das concessionárias para o modelo concorrencial não se deu de forma abrupta. Previu-se uma transição, através dos chamados contratos iniciais entre geradores e distribuidoras, que reproduziriam as cláusulas dos antigos contratos de suprimento existentes. Os contratos iniciais teriam seu objeto (quantidade de energia) gradativamente reduzido, à razão de 25% ao ano a partir de 2003. Tal redução seria compensada pela aquisição de energia no MAE, através de contratos negociados livremente entre as partes envolvidas.

3.1.1 A ANEEL

A ANEEL nasceu como sucessora de fato⁵ do DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, que era um departamento federal, sem personalidade jurídica própria e sem independência. A ANEEL foi criada sob a forma de autarquia especial para ser uma agência reguladora setorial, dotada de um amplo espectro de competências, tais como:

³ Em 2000, a carga mínima exigida para o consumidor se tornar livre foi reduzida para 3 MW, conforme o art. 15, § 2º, da Lei nº 9.074/95.

⁴ O art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074/95 assim dispõe: é assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

⁵ O art. 31 da Lei nº 9.427/96 estabelece que o acervo técnico e patrimonial do DNAEE será transferido à ANEEL.

regulação técnica e econômica; atribuições de Poder Concedente para conferir outorgas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; titulação e fiscalização de atividades setoriais relacionadas com a cadeia produtiva da energia elétrica; regulação de tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica. Para conferir maior independência aos seus dirigentes, foram estabelecidos em lei mandatos com prazo determinado, estando os integrantes da Diretoria da Agência a salvo de demissões *ad nutum*. Foi instituída a taxa de fiscalização dos serviços de energia elétrica com vistas a assegurar a autonomia administrativa e financeira da Agência. (WALTENBERG, 2002, p. 372).

3.1.2 O ONS

A energia elétrica, por razões técnicas, não pode ser armazenada em grande escala, sendo que, para não haver desperdício, conferiu-se ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS ⁶ as funções de coordenar e controlar a operação dos sistemas elétricos interligados, bem como administrar e coordenar a prestação dos serviços de transmissão de energia elétrica por parte das transmissoras aos usuários da rede básica de transmissão⁷.

No caso brasileiro, a base geradora de energia elétrica tem a característica de ser eminentemente hidráulica (95%), com a geração térmica exercendo função complementar nos momentos de pico do sistema. As características do parque gerador fazem com que a geração elétrica brasileira requeira a coordenação da operação (despacho centralizado de energia) das usinas hidrelétricas, para a otimização da utilização das centrais geradoras e da rede básica de transmissão. Em sua grande maioria, os reservatórios de água das usinas são utilizados de forma planejada para que se possa tirar proveito da diversidade pluviométrica nas diferentes bacias existentes. Assim, a possibilidade de interligação de bacias localizadas em diferentes regiões geográficas assegura ao sistema brasileiro um importante ganho energético, pois,

⁶ Sobre o ONS, o art. 13 da Lei nº 9.648/98 assim dispõe: As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

⁷ A Rede Básica de Transmissão é constituída pelas linhas de transmissão e instalações (subestações, equipamentos e barramentos) que operam em tensão igual ou superior a 230.000 volts e que são utilizadas por

dessa forma, é possível tirar proveito das diferentes sazonalidades e dos níveis pluviométricos. (PIRES, 2000).

O ONS, então, exerce suas atribuições institucionais de supervisão definindo o quantitativo de energia elétrica que cada uma das empresas de geração devem ou podem produzir em determinado momento; o montante a ser transportado pelas linhas de transmissão; e o quantitativo a ser entregue às Distribuidoras.

Essa atuação justifica-se pelo fato de haver profundas discrepâncias na capacidade de geração de energia elétrica nos diferentes Estados da Federação, havendo unidades federadas que produzem mais do que necessitam e outras que produzem aquém das suas necessidades.

Diante desse quadro, o ONS, considerando o excesso e as carências do potencial de geração de energia elétrica no território nacional, intervém no sistema de energia elétrica - o qual se encontra interligado pela rede de transmissão - determinando, estabelecendo e equacionando as quotas de trabalho de cada um de seus segmentos.

Tal intervenção - coordenada e planejada do ONS - garante uma tarifa equilibrada em todo o país, mantendo acessível o produto energia elétrica a toda a sociedade independentemente de onde esteja o usuário. Evita-se, por um lado, tarifas exorbitantes para o mercado cativo de uma concessionária de distribuição instalada em um Estado que não produza energia elétrica suficiente para seu consumo e, de outro, tarifas simbólicas naqueles mercados cativos fixados em unidade da Federação com excedente de geração.

O ONS é quem centraliza o despacho da geração e da transmissão. Essa é uma característica fundamental do modelo adotado pelo setor elétrico brasileiro em 1998. Por ele, o ONS define quais linhas de transmissão serão utilizadas, quais usinas irão operar e qual a quantidade de energia que cada empreendimento deverá produzir. O despacho centralizado da geração de energia só é possível porque os contratos firmados entre os agentes do setor elétrico, registrados na CCEE, constituem apenas instrumentos financeiros. Isto significa que a produção física das usinas é completamente desvinculada dos contratos firmados por seus proprietários.

A noção de que os agentes econômicos do setor elétrico (concessionários, permissionários e autorizados) fazem parte de um “condomínio” chamado Sistema Interligado Nacional - SIN, coordenado pelo ONS, é de fundamental importância para compreender a regulação setorial.

todos os agentes do setor elétrico. Em outras palavras, a rede básica é a "autopista elétrica" do setor elétrico, por onde passa a maior parte da eletricidade produzida no Brasil.

3.1.3 A CCEE

Através da Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE que substituiu o MAE na contabilização e liquidação das transações de compra e venda de energia realizadas entre agentes do setor elétrico, tanto no Ambiente de Contratação Regulada (ACR) quanto no Ambiente de Livre Contratação (ACL). Confirma-se a redação dos arts. 4º e 5º da Lei nº 10.848/04:

Art. 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

§1º A CCEE será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

(...)

Art. 5º. A CCEE sucederá ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, criado na forma da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, cabendo-lhes adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Na CCEE, ocorre o processamento da contabilização da energia elétrica produzida e consumida no Brasil. Basicamente, a contabilização da CCEE leva em consideração toda a energia contratada por parte dos Agentes e toda a energia efetivamente verificada (consumida ou gerada).

O despacho centralizado da geração de energia pelo ONS faz com que os contratos de comercialização de eletricidade, firmados entre os agentes do setor elétrico e registrados na CCEE, sejam apenas instrumentos financeiros. A produção física das usinas é completamente desvinculada dos contratos firmados por seus proprietários.

Pode-se dizer que a contabilização da CCEE é baseada nas diferenças demonstradas no seguinte quadro:

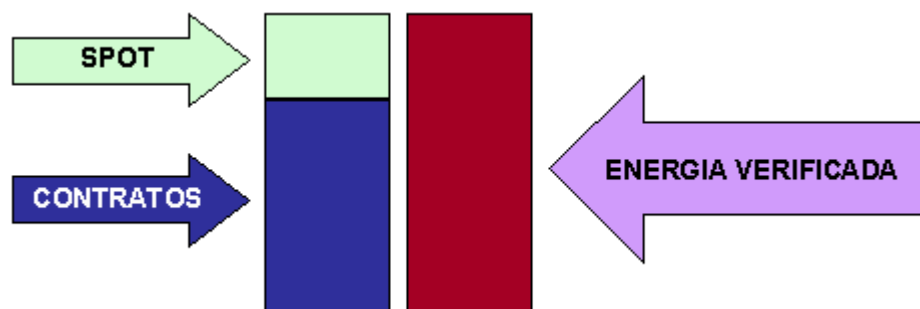


Figura 1 – Esquema de funcionamento do mercado de eletricidade

Fonte: <http://www.ccee.org.br/index.jsp> - acesso em 14/03/2006

As empresas geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia elétrica registram na CCEE os montantes de energia contratada, assim como os dados de medição, para que desta forma se possa determinar quais as diferenças entre o que foi produzido ou consumido (energia verificada) e o que foi contratado (energia contratada). Essa diferença é liquidada na CCEE, ao Preço MAE, para cada submercado (Norte, Sul, Sudeste e Nordeste) e para cada patamar (Leve, Médio e Pesado), mensalmente. É o chamado mercado de curto prazo ou "spot".

A CCEE é regida por um conjunto de regras comerciais, complementares e integrantes da Convenção de Mercado⁸, que devem ser cumpridas por todos os agentes.

3.1.4 A Eletrobrás

A Eletrobras - Centrais Elétricas Brasileiras S/A –, empresa estatal sob o controle acionário da União, é a grande holding do setor elétrico brasileiro, com ativos em Distribuição, Geração e Transmissão de Energia Elétrica. Com a privatização da Excelsa e da Light, a Eletrobrás deixou de deter o controle de empresas de Distribuição. Entretanto, no segmento geração, a Eletrobrás continua hegemônica, pois controla FURNAS, CHESF e Eletronorte, em que pese a Gerasul, resultante da cisão da Eletrosul, ter sido transferida para a iniciativa privada. A Eletrobrás acumulava funções regulatórias (regulação por holding⁹) que, gradativamente, vêm sendo redistribuídas para outras instituições. O planejamento e a coordenação da operação setorial, antes sob a responsabilidade do GCOI, controlado pela Eletrobrás, foram transferidos para o ONS. A função de planejamento da expansão setorial, relativa à identificação dos próximos aproveitamentos de geração a serem executados e das

⁸ As Regras que regem a CCEE foram homologadas pela ANEEL através da Resolução nº 290, de 03 de agosto de 2000.

⁹ Grandes *holdings* foram criadas nas décadas de 1960 e 1970, acumulando funções de aporte financeiro, supervisão e regulação técnica das empresas estatizadas: Eletrobrás, Telebrás, Siderbrás, Portobrás e outras. A regulação econômica propriamente dita consolidou-se nesse período apenas no setor financeiro, com a criação do Banco Central e de entidades para regulação de resseguros e outras operações financeiras. (Lins, Bernardo F. E. *Teoria Positiva da Regulação: instituições, economia e políticas setoriais*. Brasília: 2005).

próximas linhas de transmissão do Sistema Interligado Nacional – SIN, antes exercida pelo GCPS, foi transferida para o Ministério de Minas e energia, que, por sua vez, a atribuiu à Empresa de Pesquisa Energética – EPE¹⁰.

Por outro lado, a Eletrobrás mantém-se como representante brasileiro na participação no capital social de Itaipu Binacional, além de continuar a exercer a função de agente financiador, administrando determinados recursos setoriais (Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis – CCC, Conta de Desenvolvimento Energético, Reserva Global de Reversão – RGR, PROINFA), que são aplicados em empréstimos ou investimentos nas atividades de energia elétrica.

3.2 O primeiro teste do modelo concorrencial - o racionamento de energia elétrica de 2001

Já sob a vigência do novo marco legal para o setor elétrico, o Brasil passou por uma das mais graves crises de escassez de energia elétrica de sua história. Os níveis baixos dos reservatórios das hidrelétricas, associado a um déficit na capacidade de transmissão de eletricidade entre as regiões do país, fizeram o preço da energia disparar. O preço MAE (curto prazo) chegou a R\$ 684,00 (seiscentos e oitenta e quatro reais) por MW/h (megawatt-hora) em junho de 2001. Para que se tenha uma idéia, segundo dados da CCEE, em abril de 2005 o preço MAE era da ordem de R\$ 18,33 (dezoito reais trinta e três centavos) por MW/h.

O preço de curto prazo, pressionado pelo racionamento, serviu de parâmetro para contratos de fornecimento de energia elétrica que seriam realizados naquele período. Quem precisava contratar mais energia, tinha no preço proibitivo do MAE um obstáculo quase intransponível para criar mais demanda por eletricidade.

O “apagão” de 2001 deixou seqüelas que revelaram as fragilidades da livre comercialização de energia.

A solução apresentada para a crise do apagão foi a expansão das usinas termelétricas movidas a gás natural. Vários empreendimentos de geração de energia à base de combustíveis foram estimulados pelo Governo. No entanto, a energia termelétrica tem custos de produção

¹⁰ A criação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE foi autorizada pela Lei nº 10.847/2004. A EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

superiores à energia de matriz hidráulica, pois o processo de geração está baseado na queima de combustíveis derivados de petróleo ou do gás natural.

Num ambiente de livre negociação, preconizado pelo modelo instituído pela Lei nº 9.648/98, muitos dos investidores que ingressaram no setor de geração de energia elétrica por meio de usinas térmicas também tinham participações em empresas de distribuição de energia elétrica.

Além disso, ainda imperava no setor de energia elétrica a verticalização, malgrado já existisse cláusula nos contratos de concessão de serviço público de distribuição de eletricidade que determinava a desintegração vertical. Ou seja, uma mesma empresa ou grupo empresarial concentrava a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica. Isto, na prática, diminuía o alcance do mercado de geração de energia, pois as empresas verticalizadas e as coligadas não tinham interesse em recorrer a terceiros para adquirir eletricidade, ainda que os seus custos de produção fossem superiores aos preços praticados no mercado.

O marco legal vigente até 2003 não proibia a verticalização. Apenas se exigia que as concessionárias mantivessem uma separação contábil das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia.

3.3 O novíssimo modelo institucional do setor elétrico – o ambiente regulado de comercialização de energia elétrica

Para dar maior isonomia entre as concessionárias de distribuição de eletricidade, a Lei nº 10.848/04 estabeleceu a necessidade de segregação - desconcentração jurídica - das atividades pertinentes à cadeia do setor elétrico, ou seja, uma distribuidora de energia não poderá exercer atividades geração ou de transmissão de energia elétrica (art. 4º, § 5º, da Lei nº 9.074/95, inserido pela Lei nº 10.848/04). Além disso, segundo este diploma legal, as distribuidoras não poderão mais escolher de quem adquirir eletricidade, mesmo que uma empresa de seu grupo tenha energia para vender. Isso evita que empresas de um mesmo grupo empresarial possam se aproveitar dessa concentração de atividades para majorar preços e auferir maiores lucros em detrimento da modicidade tarifária, princípio que rege a prestação de serviços públicos no Brasil.

A concentração vertical, combatida pelo novíssimo modelo setorial, já se mostrou inconveniente em segmentos econômicos regulados, como é o caso da cadeia produtiva da energia elétrica. A verticalização pode ser utilizada como uma forma de escapar à regulamentação governamental dos preços. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 61).

A desverticalização proposta visa, também, a eliminar o subsídio cruzado que transfere custos da etapa concorrencial para a etapa monopolizada. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 42).

Além da desverticalização, segundo a Lei nº 10.848/04, as empresas concessionárias de distribuição não poderão participar de outras sociedades, bem como exercer atividades estranhas ao objeto de sua concessão. Tais medidas visam a preservar a identidade de cada concessão, evitando a contaminação na formação dos custos e da base de remuneração da atividade de serviço público, permitindo a aferição do equilíbrio econômico-financeiro de cada outorga, ensejando maior transparência à gestão e facultando ao mercado e à sociedade o pleno conhecimento dos resultados da concessionária.

Por outro lado, a Lei nº 10.848/04 enuncia, já no art. 1º, que a comercialização de energia entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre.

Esse dualismo de regimes não é novidade. As empresas estatais chinesas trabalharam por muito tempo com preços duplos (dual-track system¹¹). É o que informa JOHN McMILLAN em sua obra “Reinvenção do Bazar”, em que traça um paralelo entre as transições russa e chinesa para a economia de mercado, senão vejamos:

A Rússia liberou os preços em um único e dramático movimento. A China liberou-os furtivamente. Na China, os preços foram reformados de uma maneira pouco convencional. No sistema planejado, as empresas estatais eram obrigadas a vender sua produção para o Estado a preços fixos. Com a reforma, este aspecto do plano continuou no lugar, mas elas tiveram permissão de produzir a mais para vender nos mercados. Havia dois preços; normalmente o preço de mercado era bem mais alto do que o preço oficial. A fração da produção de empresas estatais que era vendida no mercado aumentou progressivamente.

Com preços duplos, as decisões da firma sobre quanto produzir, que insumos usar e que investimentos realizar não eram afetadas pela cota de produção para o Estado, já que ela era menor do que a produção total. Nessas decisões, o que importava era o preço recebido por qualquer produção extra, ou seja, o preço de mercado. Embora fosse uma maneira gradual de reforma de preço, **o preço duplo teve, assim, um impacto instantâneo, pois levou as firmas a se orientarem pelo mercado.** O

¹¹ Uma exposição sobre o dual-track system adotado na China, pode ser encontrada em: RODRIK, Dani. *Development Strategies for the Next Century*. Harvard University, ago 2001, Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/19.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

preço duplo evitou a reação em cadeia que a terapia de choque gerava. A permissão de vender a produção extra e comprar insumos extras nos mercados fez com que as empresas estatais pudessem criar novas relações entre as firmas, em torno da plataforma estável das maneiras existentes de fazer negócios.

(...)

Os preços duplos foram um expediente temporário para suavizar o processo de reforma, e deveriam ter sido substituídos pelo preço de mercado logo que possível, ou seja, no final da década de 1980, e não quando aconteceu, no começo da década de 1990. Embora tenham durado mais do que devia, os preços duplos foram um artifício inteligente para promover a reforma de preços com pouca ruptura (McMILLAN, 2004, pp. 202-203, grifo nosso).

Pela Lei brasileira, estão obrigadas a comprar através de licitação, no ambiente de contratação regulada, as concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica (art. 1º, § 2º, da Lei nº 10.848/04). Uma importante semelhança com o modelo chinês, é que se retirou das Distribuidoras a possibilidade de livre comercialização. Optou-se por um modelo concorrencial regulado, afastando-se as distribuidoras da exposição ao ambiente de livre competição.

A submissão das prestadoras de serviço público de distribuição a um regime regulado de aquisição de energia, mediante licitação, acaba por reafirmar, agora como premissa básica do novo modelo, a condição de tais empresas como entes delegados do Estado.

Por outro lado, ao se impedir de forma absoluta que as distribuidoras contratem a aquisição de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre - ACL, sem qualquer exceção, mesmo com relação a quantidades pouco significativas, o modelo atual dificulta a orientação da atividade de Distribuição pelo mercado, tornando sem efeito para as concessionárias de distribuição a sinalização econômica dada pelo ACL. Para Pedrosa (2005, p. 18) os sinais econômicos são importantíssimos, pois “alinham e ajustam comportamentos de produção, transporte, comercialização e consumo de forma otimizada”. Tal fato impede que ocorra no setor elétrico brasileiro uma reforma gradual de preços à chinesa (dual-track system¹²) em que, paulatinamente, se substituiria os preços regulados por preços de mercado.

A contratação regulada se dá através de licitação (art. 2º da Lei nº 10.848/04), sendo que as empresas que prestam serviços públicos de distribuição de energia elétrica devem garantir a totalidade do atendimento de seu mercado no ambiente regulado, salvo algumas exceções.

Quanto às geradoras já existentes, estas não estão obrigadas a ofertar sua energia no ambiente de contratação regulada. Todos os concessionários de serviço público de geração e

¹² Uma exposição sobre o dual-track system adotado na China, pode ser encontrada em RODRIK, 2001 (ob. cit.).

produtores independentes de energia, incluídos os autoprodutores com excedentes, poderão comercializar nos dois ambientes. Entretanto, os novos empreendimentos de geração elétrica poderão ser obrigados a ofertar um percentual mínimo de energia no mercado regulado (art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.848/04).

No ambiente de contratação regulada, a licitação se dá na modalidade leilão (art. 19 do Decreto nº 5.163/04) que é realizado pela ANEEL que, por sua vez, pode delegar a uma terceira entidade. Atualmente, os leilões vêm sendo realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, ente que substituiu o MAE. Nos Leilões relativos aos empreendimentos existentes, existe um preço máximo fixado pelo Ministério de Minas e Energia (art. 19, § 2º, do Decreto nº 5.136/04).

Paralelamente a este regime de contratação regulada, existe o Ambiente de Contratação Livre – ACL, segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, através de contratos livremente negociados.

Poder-se-ia indagar se o ACL estaria esvaziado, posto que as Distribuidoras de Energia devem comprar 100% (cem por cento) de sua demanda no mercado regulado. Todavia, existe um mercado potencial de grandes consumidores finais que podem se tornar livres (arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95), desvinculando-se da distribuidora de energia que atende à sua região e adquirindo energia junto a qualquer empresa geradora do país. Atualmente, para se tornar livre, o consumidor deve ter uma demanda mínima de 3.000 kW (quilowatts).

4 A ENERGIA ELÉTRICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vários dispositivos tratam da energia elétrica na Constituição da República Federativa do Brasil. O art. 20, inc. VIII, arrola os potenciais hidráulicos como bens da União. O art. 21, inc. XII, estabelece que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. O art. 22, IV, diz que compete privativamente à União legislar sobre energia. O art. 176 dispõe que os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e

que são pertencentes à União, e poderão ser efetuados, mediante concessão ou autorização, por brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Há ainda outros dispositivos que falam da incidência de tributos sobre energia elétrica (art. 155, § 2º, X, 'b' e § 3º) e que tratam da compensação financeira devida aos Estados e Municípios pela exploração de recursos hídricos para geração de energia elétrica (art. 20, § 1º, da CF).

4.1. Da perspectiva constitucional da energia elétrica como serviço público

Segundo Eros Grau (2001), “a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades consubstanciam serviço público”. Para melhor compreensão deste enunciado, convém, a partir duma perspectiva constitucional, apartar as noções de atividade econômica e serviço público. O art. 173 enuncia as hipóteses nas quais é permitida a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Já o art. 175 define como incumbência do Poder Público a prestação de serviços públicos. Por outro lado, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A princípio, inexistente oposição entre atividade econômica e serviço público. Serviço Público é atividade voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos, sendo, pois, atividade econômica. Logo, pode-se falar em atividade econômica em sentido amplo como gênero que engloba o serviço público, e atividade econômica em sentido estrito, área de titularidade do setor privado.

O art. 173 da Constituição Federal, e seu § 1º, tratam da atividade econômica em sentido estrito, na qual é permitida ao Estado a exploração direta somente quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Já no art. 174, a expressão atividade econômica é utilizada em seu sentido mais amplo. Refere-se às formas de atuação estatal como agente normativo e regulador. Impende divisar ainda a noção dos serviços públicos privativos dos não-privativos. Nos primeiros a prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição Federal). Já os serviços públicos não-privativos seriam

aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, que no caso estaria exercendo atividade econômica em sentido estrito. Seria o caso dos serviços de educação e saúde que, quando prestados pelo Estado, configuram serviço público não-privativo (GRAU, 2001).

Há hipóteses em que o próprio texto constitucional eleva determinada atividade econômica à condição de serviço público. Teríamos aí os chamados serviços públicos por definição constitucional. Para Eros Grau (2001), há serviço público do tipo privativo, de titularidade da União, na prestação dos serviços referidos nos art. 21, incisos X, XI e XII, da Constituição Federal. Logo, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água consubstanciarão um serviço público por definição constitucional (art. 21, XII, b, da Constituição Federal). Confirma-se, a propósito, a posição de Cirne Lima:

A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal, e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela constituição. (LIMA 1963 apud GRAU 2001, p. 253).

Infere-se, pois, que o legislador infraconstitucional não tem autonomia ampla para alterar o regime de serviço público (JUSTEN FILHO, 2003, p. 46)

Por outro lado, a mera atribuição de determinada atividade ao Estado não define, por si só, uma atividade como sendo serviço público. O monopólio nuclear (art. 177 da CF), por exemplo, não constitui um serviço público. Razões de segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado como agente econômico.

Para que reste configurado o serviço público deve estar caracterizado o interesse social. Serviço Público é atividade indispensável à consecução da coesão social (arts. 1º, 3º e 170 da CF). Com base nessas premissas, convém transcrever o conceito de serviço público formulado por Eros Grau:

Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima). (GRAU, 2001, p. 266)

Corroborando o conceito acima enunciado, Justen Filho (2003, p. 30) esclarece que o ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica propriamente dita reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana.

No tocante à energia elétrica, é pacífica a idéia de que a etapa de Distribuição e de Transmissão de eletricidade são típicos serviços públicos, regidos pelo art. 175 da Constituição Federal.

Quanto à geração de energia elétrica, entendem alguns que com a introdução de mecanismos de concorrência, tal atividade deixou de ser um serviço público. Ariño Ortiz chega a defender a tese da “morte do serviço público”, senão vejamos:

O serviço público é merecedor de um grande elogio já que foi um instrumento de progresso e também de socialização, especialmente nos estados pobres, a quem permitiu melhorar a situação de todos. Mas seu ciclo terminou. Cumpriu sua missão e hoje – como disse José Luis Villar – é necessário dar-lhe um digno enterro. (ORTIZ, 1999 apud JUSTEN FILHO, 2003, p. 38).

No particular, preferimos ficar com Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2000), que denomina tal fenômeno como o surgimento de serviços públicos competitivos. A introdução da concorrência no segmento geração de energia elétrica, por exemplo, não tem o condão de retirar o traço característico de serviço público dessa atividade, indispensável à coesão social (GRAU, 2001) e à promoção da dignidade da pessoa humana (JUSTEN FILHO, 2003).

A Lei nº 9.648/98¹³, ao possibilitar a livre comercialização de energia pelos geradores, apenas modificou a política tarifária para os serviços de geração de energia elétrica, estabelecendo um sistema de liberdade de tarifas com base no art. 175, parágrafo único, inc. III, da CF. A política de liberdade tarifária já vem sendo adotada em outras modalidades de serviço público. O art. 104 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações, estabelece que “transcorridos ao menos 3 (três) anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária”. Mais recentemente, o sistema de liberdade tarifária foi legalmente adotado nos serviços públicos de aviação civil (art. 49 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005), pois nos serviços aéreos regulares, as concessionárias determinam suas próprias tarifas, devendo apenas comunicá-las à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

Por outro lado, o fato das outorgas para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, bens dominicais da União, destinadas a geração de energia elétrica, serem conferidas através de Concessões de Uso de Bem Público – UBP (art. 5º, inc. III, da Lei nº 9.074/95), não retira a natureza de serviço público desta atividade. Tem sido usual promover-se a concessão de uso de bens públicos para hipóteses em que o particular assumirá o dever de gerar energia elétrica

a partir de potenciais hidráulicos públicos. Nestes casos, a concessão de uso de bem público é mera condição para o desempenho do serviço público. O vínculo existente, nesses casos, deve ser qualificado corretamente, ignorando-se a denominação formal adotada (JUSTEN FILHO, 2003, p. 106).

4.2. Da natureza determinativa do planejamento estatal para os serviços de energia elétrica

Ao arrepio do texto constitucional, o modelo implementado na década de 90 tentou aplicar o Planejamento Indicativo para expansão do setor elétrico. A tentativa de mudança do planejamento determinativo para o planejamento indicativo foi sugerida pela *Coopers & Lybrand*, entidade a qual o Ministério de Minas e Energia encomendou um estudo visando à reforma do setor elétrico brasileiro conhecido como RESEB (Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro)¹⁴. No modelo anterior, quando havia a necessidade de expansão da geração para garantir uma oferta confiável de eletricidade, as empresas concessionárias de serviço público tinham a obrigação de provê-la. Em se adotando o planejamento indicativo, contudo, não se poderia forçá-las a investir. (TOLMASQUIM; OLIVEIRA; CAMPOS, 2002, pp. 63-64).

Convém transcrever o que reza a Constituição Federal que é bastante explícita a este respeito, senão vejamos:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 2005).

Para as atividades econômicas em sentido estrito, conforme previsto no artigo 173 da Constituição, se prevê planejamento indicativo. Já para os serviços públicos, inclusive os previstos no artigo 175, diz a Constituição que o planejamento deva ser determinante.

O modelo da livre comercialização de energia elétrica olvidou a importância do planejamento setorial. Com o racionamento descomunal de 2001, que interferiu fortemente na vida da maioria da população, causando danos de toda ordem nas atividades econômicas,

¹³ Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição:

¹⁴ COOPERS & LYBRAND. Brazil Electricity Sector Restructuring Study: stage I – summary report. Coopers & Lybrand / Eletrobras/MME, Nov. de 1996.

ficou cabalmente demonstrado que as forças de mercado e seu planejamento indicativo não se traduziram na necessária expansão da oferta (SAUER, 2002).

Discorrendo sobre o planejamento do setor elétrico, Maria João Rolim, em seu livro *Direito Econômico da Energia Elétrica*, assim se posiciona:

Esta visão sumária da questão financeira serve para retomarmos a análise da natureza indicativa do planejamento para o setor privado, nos termos do já estudado art. 174 da Constituição da República de 1988.

Considerando a essencialidade da prestação de serviço de energia elétrica, a atribuição constitucional de seu desempenho ao Poder Público, seja de forma direta ou indireta, e a sua forma de financiamento, nossa opinião é que as metas e as diretrizes decorrentes do planejamento do setor não possuem caráter meramente indicativo para o setor privado que atue em segmentos daquela atividade.

Nossa opinião aproxima-se mais da posição sustentada pela Prof^a. Isabel Vaz, já abordada neste trabalho, sobre a natureza indicativa do planejamento e os limites da iniciativa privada. Estendendo essa posição para o exame das políticas econômicas do setor elétrico, temos que cabe ao setor privado optar/ dentro do exercício da livre iniciativa, pelo ingresso na atividade, mas, uma vez feita essa opção, a atuação desses agentes deve seguir as diretrizes do planejamento do setor. Sustentar a natureza meramente indicativa do plano para o setor privado que se beneficia de financiamentos públicos e outras condições especiais contraria, a nosso ver, as opções constitucionais, posto que a prestação do serviço de energia elétrica, independentemente da reforma que se opera, é atribuição do Poder Público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

Para realizar a tarefa, o Estado optou por atrair a iniciativa privada, e para isso poderá estabelecer medidas que viabilizem a inserção de novos agentes privados. Contudo, deverá fortalecer sua função de agente regulador e disciplinar as regras específicas para o setor, de forma a atrelar a atuação privada às finalidades sociais, indissociáveis da noção de serviço público, e à política econômica global do País. Este condicionamento, no âmbito da regulação dos serviços públicos, em especial, deve ser imperativo e não meramente indicativo, uma vez que não se trata de atividade econômica em sentido restrito, em nenhum de seus segmentos: geração, transmissão ou distribuição. (ROLIM, 2002, p. 186).

Corroborando este entendimento, confira-se a opinião de Alexandre Santos de Aragão:

Não podemos olvidar que, mesmo no contexto destas mudanças, os serviços públicos propriamente ditos, ou seja, aquelas atividades titularizadas pelo Estado e exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão, integram a esfera jurídica público-estatal, não a esfera da livre iniciativa privada, estando, conseqüentemente, sujeitos ao planejamento determinante do Estado (art. 174 da CF - para a esfera privada o planejamento é meramente indicativo), planejamento este que é exercido predominantemente através dos editais de licitação e dos contratos de delegação aos quais os particulares espontaneamente aderem.

O Estado não perdeu, portanto, o seu poder de planejamento sobre estas atividades, passando apenas a exercê-lo através de alguns novos mecanismos, de índole marcadamente concorrencial e convencional. (ARAGÃO, 2004).

Constitui-se, portanto, em obrigação para o Estado a realização de planejamento determinante (determinativo) para definir quando, quanto e em que local se dará a expansão da oferta de energia destinada a atender o conjunto dos consumidores cativos. O novíssimo

implantado em 2003, alicerçado nos leilões de energia, tem por objetivo resgatar o compromisso constitucional de realizar o planejamento determinante (ou determinativo) para o provimento do serviço público de energia elétrica.

É importante ressaltar que na segunda metade dos anos 90, antes do racionamento de 2001, foi largamente empregada a expressão “Planejamento Indicativo do Setor Elétrico”, inclusive em regulamentos da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL¹⁵ e do Ministério de Minas e Energia¹⁶, o que denota um claro viés interpretativo, prevalecente à época nas esferas governamentais, em favor da compreensão da geração de energia elétrica como uma atividade econômica em sentido estrito, imune ao planejamento determinante do setor público.

4.2.1 Da submissão dos agentes do setor elétrico ao planejamento estatal

Partindo-se da premissa de que o Planejamento Estatal para o setor elétrico é determinante para os agentes que exploram atividades econômicas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, pode-se concluir que seria constitucional, por exemplo, uma lei que obrigasse as centrais geradoras a venderem a sua produção de eletricidade através de licitação, ou seja, no leilão público de energia elétrica, celebrando o respectivo CCEAR. Contudo, em homenagem ao princípio da consensualização¹⁷, preferiu-se a participação voluntária das centrais geradoras nos referidos leilões de comercialização de energia. Por este princípio, plenamente aplicável à regulação, a mera previsão constitucional da possibilidade de a Administração atuar coercitivamente não impede que, deixando de agir positivamente, adote medidas em comum acordo com os sujeitos envolvidos (ARAGÃO, 2004a).

¹⁵ Resolução ANEEL nº 393/1998.

¹⁶ Portaria nº 84, de 17 de abril de 2000.

¹⁷ Para aprofundamento sobre o princípio da consensualização, conferir trabalho do Profº Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, nº 2, pp. 144-201, 2004).

5. O CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE REGULADO – CCEAR

No setor elétrico brasileiro, é usual a imposição aos concessionários, permissionários e autorizados à exploração de atividades relacionadas à cadeia da energia elétrica (Geração, Transmissão e Distribuição), do dever de celebrar determinados contratos (duchy of contract). São exemplos de contratos cuja celebração foi imposta aos agentes do setor elétrico: o Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição-CCD, os Contratos Iniciais, o Contrato de Uso dos Sistemas de Distribuição-CUSD. Em tais ajustes, as cláusulas são pré-estabelecidas pelo órgão regulador. Impõem-se aos agentes a celebração de várias avenças como condição para desempenhar atividades econômicas na área de energia elétrica.

Com o CCEAR não é diferente. Previsto na Lei nº 10.848/04, o CCEAR é o instrumento de comercialização de energia elétrica firmado no ambiente regulado de comercialização, ou seja, através dos chamados leilões públicos de energia elétrica (licitações). Por meio desse instrumento contratual, cujos termos são previamente aprovados pela ANEEL, os vencedores dos leilões de energia deverão formalizar um contrato bilateral quanto aos efeitos¹⁸. De um lado dessa avença figuram todos os agentes de distribuição de eletricidade como compradores, e do outro a concessionária ou autorizada de geração de energia elétrica como vendedora.

Registre-se que o CCEAR é obrigatório apenas para os Distribuidores de Energia Elétrica, pois as geradoras não estão obrigadas a ofertar seu produto nos leilões.

5.1. Objeto e espécies contratuais

O CCEAR tem por objeto a compra e venda de energia elétrica entre centrais geradoras e distribuidoras de eletricidade. Geralmente, possui longo prazo de vigência. Nos leilões de energia nova (novos empreendimentos), o prazo é de 15 anos para as usinas termelétricas e de 20 anos para usinas hidrelétricas. Já nos leilões de energia amortizada

¹⁸ Segundo M^a Helena Diniz, “toda convenção, em sua formação, é bilateral ou plurilateral, por existirem sempre duas ou mais vontades coincidentes; nos efeitos, porém, tanto pode ser bilateral como unilateral” (DINIZ, 2004, p. 82)

(energia velha), relativos aos empreendimentos existentes, os prazos podem variar. Nos leilões de energia proveniente de empreendimentos de geração existentes de nº 01/2004 e 01/2005 o período de suprimento estipulado no CCEAR foi de 8 anos.

A energia contratada através do CCEAR não implica na sua entrega física por parte do vendedor, pois o montante de eletricidade poderá ser entregue por qualquer agente da CCEE em razão da operação otimizada do Sistema Interligado Nacional – SIN, coordenada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS. O vendedor é contratualmente responsável pela entrega da energia ainda que a mesma seja efetuada por outrem.

5.1.1 O CCEAR como contrato de compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração coligado à outorga para exploração de novo empreendimento hidrelétrico ou termelétrico – leilões de energia nova

Nos leilões de energia nova, o CCEAR é uma convenção associada à outorga para exploração de empreendimento hidrelétrico ou termelétrico. Tanto é assim, que por expressa disposição contratual, o contrato de concessão ou de autorização é tido como parte integrante do CCEAR, “como se nele estivesse transcrito”. Ocorre aqui uma típica contratação coligada. Nos contratos coligados não se combinam elementos de vários contratos, simplesmente, mas o que se dá é a combinação de contratos completos. Por isso, nos contratos coligados há uma pluralidade de contratos, e a combinação deles não resulta, como nos contratos mistos, numa unicidade. Para a Prof^a Giselda Hironaka, são elementos constitutivos fundamentais dos contratos coligados: a) a celebração conjunta de dois ou mais contratos; b) a manutenção da autonomia de cada uma das modalidades que integra a modalidade nova; c) a dependência recíproca ou apenas unilateral dos contratos amalgamados; d) a ausência de unicidade entre os contratos jungidos; e) a sua regência jurídica pelas normas típicas alusivas a cada um dos contratos que se coligam. Na coligação, as figuras contratuais unir-se-ão em torno de relação negocial própria, sem perderem, contudo, sua autonomia, visto que se regem pelas normas alusivas ao seu tipo. (HIRONAKA, 2003).

Nos leilões de energia nova, é a partir do CCEAR que se concebe a pessoa jurídica que será titular da concessão ou autorização para geração de energia elétrica. Tanto é assim que o próprio edital do leilão fala na sua introdução em “contratação de energia proveniente

de novos empreendimentos, **com posterior outorga ou autorização**”. Uma vez definida em leilão a proposta vencedora, ou seja, aquela que apresentou o menor preço por MW/h (megawatt-hora), o proponente adquire o direito à contratação. Conhecido o vencedor, constituir-se-á uma sociedade de propósito específico voltada, exclusivamente, à construção da usina e à exploração do empreendimento de geração de energia elétrica. Esta sociedade será titular de uma concessão ou autorização da União. Na sistemática dos leilões de energia nova, o CCEAR é, portanto, o instrumento que proporciona o surgimento da empresa de geração de eletricidade, definindo as condições da comercialização de energia elétrica (preço, prazo, quantidade).

Nos leilões de energia nova são ofertados duas espécies de contrato: o CCEAR por quantidade, destinado aos empreendimentos hidrelétricos, e o CCEAR por disponibilidade, destinado aos empreendimentos termelétricos.

No CCEAR por quantidade, o preço é fixado por megawatt-hora para cada empreendimento de geração (usina hidrelétrica - UHE). Os riscos hidrológicos são assumidos inteiramente pelo vendedor. Se houver falha no suprimento o vendedor deverá adquirir eletricidade através de contratos bilaterais de compra e venda de energia.

Por outro lado, no CCEAR por disponibilidade, relativo aos empreendimentos termelétricos, o preço, chamado de receita de venda, é composto por duas parcelas: a) uma parcela fixa chamada de **receita fixa**¹⁹; b) uma parcela variável que corresponderá ao produto do custo variável unitário por megawatt-hora, informado no leilão pelo vendedor, pela diferença entre a energia verificada e a energia constante na declaração de inflexibilidade²⁰.

5.1.2 O CCEAR como contrato autônomo de comercialização de energia elétrica gerada em empreendimentos já existentes

Os Leilões de Energia Elétrica de Empreendimentos Existentes têm por objetivo a venda de energia elétrica proveniente destas centrais geradoras para atendimento às

¹⁹ A receita fixa inclui custo e remuneração do investimento, custos de conexão e uso do sistema de distribuição e transmissão, custos decorrentes do consumo de combustível e da operação e manutenção da usina correspondentes à declaração de inflexibilidade, custos de seguros e garantias das usinas e dos compromissos financeiros do vendedor e tributos e encargos diretos e indiretos necessários à execução do contrato.

²⁰ Declaração de inflexibilidade – declaração de geração de usina termelétrica, permitida para fins de cálculo de sua garantia física e programação eletroenergética do SIN, que se constitui em restrição que leva à necessidade de geração mínima da usina, a ser considerada pelo ONS na otimização do uso dos recursos do SIN.

necessidades de mercado das Distribuidoras. São os chamados leilões de energia velha. O CCEAR firmado neste tipo de leilão se diferencia por ser um contrato autônomo, inteiramente desvinculado da outorga ou autorização para exploração do empreendimento de geração de energia elétrica. Os vendedores já possuem a outorga ou a autorização para geração de eletricidade. Neste caso não se pode falar de contratos coligados, tal como ocorre nos leilões de energia nova.

5.2 O CCEAR como contrato coativo de direito privado

A separação entre o Direito Público e o Privado lançada pelo jurista romano Ulpiano, foi adotada como um verdadeiro dogma pelo liberalismo. Em que pesem todas as críticas já feitas a esta divisão, é incontrovertido que nosso ordenamento jurídico está edificado sobre esta premissa, haja vista que a reorganização dos sistemas econômicos ocidentais deu-se ao longo de duas linhas principais: o constitucionalismo e o movimento codificador do Direito Privado (NUSDEO, 2001, pp. 135-136). Em homenagem ao modelo tradicional de compreensão do direito, que o subdivide em público ou privado, tentaremos situar o CCEAR nesse contexto dicotômico.

No tocante à regulação do setor elétrico brasileiro, a padronização dos contratos pelos organismos estatais, sobretudo pela ANEEL, tem sido utilizada em larga escala, caindo cada vez mais em desuso a liberdade de configuração interna da relação contratual. No tocante a comercialização de eletricidade, a livre negociação de energia elétrica está atualmente confinada ao Ambiente de Livre Contratação – ACL²¹, integrado por agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores livres. As Distribuidoras e consumidores cativos não podem participar do ACL. No caso do CCEAR, somente as Distribuidoras estão previamente obrigadas à contratação regulada visando à aquisição de energia elétrica, já que para as geradoras a participação nos leilões de energia é opcional.

²¹ A Lei nº 10.848/2004 assim estabelece: A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei no 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei (Art. 1º, § 3º).

Contudo, impende observar se os limites impostos à livre contratação chegam a configurar o regime de contratação coativa. Para Orlando Gomes, “o contrato coativo, também denominado contrato ditato, imposto, forçado, constitui negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes” (GOMES, 1983 apud ARAGÃO, 2004, p. 228). A contratação coativa pode chegar ao extremo de impor o exercício coativo da atividade econômica, aniquilando o princípio da liberdade de contratar ou abster-se de contratar. Ao impor uma obrigatoriedade de contratar, o Estado coordena a atividade dos particulares. Eros Grau (1981, p. 80-81) identifica várias hipóteses de contratação coativa em disposições legais entre as quais destaca-se o dever dos bancos comerciais de aplicar parte dos seus recursos na concessão de crédito direcionado a determinados segmentos da economia. Quanto aos serviços públicos, como decorrência da cláusula geral, de *status* constitucional, consistente na obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, inc. IV, da Constituição Federal), as obrigações legais de contratar aparecem com maior nitidez (SANTIAGO, 1979, p. 227).

Entretanto, o tratamento jurídico dado aos efeitos dos atos celebrados impositivamente, sejam eles considerados contratos ou não, regem-se sempre pelo Direito das Obrigações. Na interpretação destas avenças são utilizadas as mesmas regras pertinentes aos contratos, e os efeitos da inadimplência conduzem à responsabilidade contratual segundo as normas legais e cláusulas convencionais. Logo, não há razão portanto, para, sob o argumento de que as normas imperativas que regem a contratação coativa retiram o caráter privado do ato celebrado, descaracterizar a natureza contratual dos pactos ajustados nestas condições, “publicizados” por força da regra cogente. (SANTIAGO, 1979, pp. 234-235).

Ao contrário do Código Civil revogado, que em seu art. 1079 dispunha que a manifestação de vontade era necessária à formação do contrato, na codificação atual a contribuição subjetiva não é mais prevista expressamente como pressuposto necessário à formação de um contrato. O Código Civil de 2002, em seu art. 421, limita à liberdade contratual quando reza que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por conseguinte, o fato de o CCEAR ser um contrato ditado, imposto para uma das partes (Distribuidoras), não afasta de tal pacto a regência do direito privado.

5.3 O CCEAR como contrato-organização

Entre as teorias da empresa, convém destacar a do contrato-organização. Sua origem remonta à análise econômica, que concebe a empresa como um feixe de contratos. Há uma série de possibilidades de coordenar a atividade econômica de uma ou mais pessoas. Uma delas consiste em que essas pessoas firmem contratos com um único ente, cuja função principal, além de criar e organizar esses contratos, é realizar a atividade econômica desejada pelas pessoas que com ele contrataram. Esse ente seria a empresa, que serve como um feixe de contratos para as pessoas cuja atividade econômica deve ser organizada. (RIBEIRO, 2002).

Sobretudo nos leilões de energia nova, em que o CCEAR é uma convenção associada, ou melhor dizendo, coligada à outorga para exploração de empreendimento hidrelétrico ou termelétrico, é a partir do CCEAR que se concebe a pessoa jurídica que será titular da concessão ou autorização para geração de energia elétrica. Uma vez definida em leilão a proposta vencedora, ou seja, aquela que apresentou o menor preço por MW/h (megawatt-hora), o proponente adquire o direito à contratação. Conhecido o vencedor, constituir-se-á uma sociedade de propósito específico voltada, exclusivamente, à construção da usina e à exploração do empreendimento de geração de energia elétrica. Esta sociedade será titular de uma concessão ou autorização da União. Na sistemática dos leilões de energia nova, o CCEAR é, portanto, o instrumento que proporciona o surgimento da empresa de geração de eletricidade, definindo as condições da comercialização de energia elétrica (preço, prazo, quantidade) antes mesmo da constituição da sociedade de propósito específico.

5.4 O CCEAR como instrumento ordenador do mercado

Os contratos se transformaram em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também dos fins últimos da ordem econômica. Ou seja, os contratos se tornaram verdadeiros condutores da ordenação dos mercados (GRAU, 1981, p. 77).

O CCEAR é um exemplo típico de pacto destinado à ordenação de um mercado, por ser o instrumento que vincula o agente econômico ao planejamento estatal estabelecido para a expansão do setor elétrico.

5.5 Da solução de controvérsias relacionadas ao CCEAR

O contrato configura um momento de trégua no conflito de interesses entre duas partes (CARNELUTTI, 1980 apud GRAU, 1981, p. 78) e é, por natureza, incompleto. O sistema hermético, que teve a pretensão de antever todas as situações jurídicas existentes, não tolerando a existência de lacunas, revelou-se falho justamente por não se adequar à evolução ocorrida na sociedade, contribuindo sobremaneira para a crise do contrato.

Assim, pela sua natural incompletude, mecanismos para a solução de controvérsias sobre o CCEAR precisam ser previamente concebidos de forma a minorar o risco dos investidores, dos usuários e do regulador.

Nesse sentido, os instrumentos contratuais relativos à comercialização de energia elétrica no ambiente regulado adotam expressamente o juízo arbitral como instância para solução de conflitos, através de cláusula compromissória de arbitragem. Em não sendo possível uma solução amigável, as partes deverão submeter a controvérsia à Câmara de Arbitragem da CCEE ou a outra instância arbitral escolhida de comum acordo pelos contratantes, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, da convenção de comercialização e do estatuto social da CCEE (art. 4º, § 5º, da Lei nº 10.848/04).

5.6 A função social do CCEAR

Pela teoria contratual clássica, a justiça contratual restringia-se à manutenção pelo intérprete da livre contratação e da igualdade dos contratantes. Não se admitia a hipótese de alguém contratar contra os próprios interesses. Todavia, em uma visão moderna, não se pode

afirmar que o contrato seja formado por um vínculo indissolúvel, derivado da vontade livre e consciente dos contraentes.

No novo conceito de contrato, positivado pelo Código Civil em 2002, consagrou-se a ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia da vontade. Ante a funcionalização do contrato, não apenas do ponto de vista econômico e sim, agregando a este o ponto de vista social, o contrato não pode mais ser considerado e interpretado como um elemento estanque da sociedade, de vontades individualmente consideradas, visando apenas a livre circulação de mercadorias e serviços.

O atual Código Civil, em seu art. 421, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e, no art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé”.

Assim, a justiça do contrato pós-moderno não estará apenas ligada à livre manifestação de vontades das partes contratantes – autonomia da vontade -, estando, sobretudo, atrelada ao seu interesse social.

Ao CCEAR, convenção regida pelo direito privado, aplica-se integralmente estes postulados, pois cuida da circulação de um bem essencial à vida moderna, a energia elétrica. A vontade dos contratantes no CCEAR deve ser interpretada de forma a assegurar o atendimento ao interesse social que justifica toda a regulação da cadeia produtiva da energia elétrica, consistente na satisfação das necessidades públicas.

5.7 Vantagens regulatórias do CCEAR

Uma importante vantagem do CCEAR é a redução dos custos de transação pela supressão da fase de negociações do contrato. O primeiro estudo sobre os custos de transação foi desenvolvido pelo economista norte americano Ronald Coase, que lhe valeu o prêmio Nobel de Economia. Os custos de transação são definidos, basicamente, como aqueles necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 59).

Os chamados custos de transação representam a soma dos custos de contratar no mercado com aquelas pessoas que não são proprietários e os custos decorrentes da posição de

proprietário para aqueles que são proprietários da empresa. Os custos de contratação no mercado podem ser os mais diversos. Decorrem, em geral, de contratos com clientes, fornecedores, trabalhadores, bancos, etc. Pode-se dizer que, se os custos de contratação são muito elevados para uma dessas pessoas, ela preferirá ocupar a posição de proprietário da empresa, desde que essa posição não implique custos ainda maiores. Se não for possível tornar-se proprietária, essa pessoa terá, ao menos, o estímulo de celebrar contratos de longa duração com a empresa, com o intuito de se proteger contra ações oportunistas. Contudo, contratos deste tipo podem gerar riscos para ambos os contratantes, sobretudo no tocante à alteração do substrato ou do ambiente econômico do contrato, de modo que uma parte realize ganhos extraordinários e a outra seja submetida a severas perdas. Daí, porque aquisição da empresa será sempre uma cogitação da parte contratante que estiver sujeita a elevados custos de transação (RIBEIRO, 2002, p. 156).

Os precursores da teoria dos custos de transação são, de um modo geral, mais permissivos com as concentrações verticais porque nelas identificam um benefício: a diminuição dos custos das transações.

Contudo, a concentração vertical já se mostrou inconveniente em setores regulados, como é o caso da cadeia produtiva da energia elétrica. A verticalização pode ser utilizada como uma forma de escapar à regulamentação governamental dos preços. Confira-se a respeito o magistério de Salomão Filho:

“Imagine-se, por exemplo, um distribuidor que tem seus preços regulados e adquire o produtor. Imagine-se, ainda, que em virtude da relevante participação do produtor no mercado, torne-se muito mais difícil para as autoridades determinar o preço de mercado da venda ao distribuidor daquele tipo de produto. Será, então, muito mais difícil ter acesso e confiança na estrutura de custos fornecida pelo agente sujeito à regulamentação (o distribuidor) e, portanto, muito mais difícil controlar seus preços.

No sistema norte-americano, a preocupação com esse tipo de situação é tanta que as *Merger Guidelines* (nesse ponto não modificadas pelas *Merger Guidelines* de 1992) dedicam um tópico especial a *evasion of rate regulation* (item 4.2.3). Neste item, afirma-se que não só os custos do produtor podem ser mascarados para dificultar a supervisão dos preços do distribuidor, mas também os preços do produtor podem ser ficticiamente elevados para evitar a referida supervisão. Assim, determina-se que as concentrações verticais em mercados regulamentados sejam objeto de especial cuidado. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 61).

Sem abdicar de um modelo desverticalizado para o setor de elétrico, o CCEAR ataca o chamado custo de transação na comercialização de energia entre distribuidoras e centrais geradoras, aumentando o grau de certeza e previsibilidade nas aquisições de eletricidade por parte das distribuidoras, através de leilões públicos, inibindo ações oportunistas.

Outra importante vantagem do CCEAR é a redução das barreiras à entrada de potenciais concorrentes. O ingresso no mercado se dará através de concorrência na entrada, através de leilões, em que os potenciais entrantes estarão em posição de igualdade com os agentes que já operam no mercado de energia elétrica, seja no segmento geração, distribuição ou transmissão.

Além disso, o CCEAR permite reduzir significativamente assimetria de informações, pois nos leilões são divulgados todos os instrumentos necessários à formulação da proposta e à precificação dos riscos, incluindo-se aí a licença ambiental prévia. Com a divulgação do Edital, com cláusulas conhecidas e condições uniformes para todos os agentes e para o Regulador, reduzem-se os efeitos nocivos à concorrência que decorrem da assimetria de informações, haja vista que todos estão em pé de igualdade, evitando-se que algum concorrente disponha de informação privilegiada em detrimento dos demais.

6 CONCLUSÃO

Na introdução deste estudo, lançamos uma questão: “no caso brasileiro, a introdução do ambiente regulado de comercialização de energia elétrica seria uma ruptura com os valores da reforma realizada na década de 1990, ou consistiria numa mera correção de rumo para preservar os valores reformadores mais importantes, visando a tutelar os consumidores cativos e a garantir a expansão do sistema?”

Após a análise desenvolvida, nos inclinamos por ficar com a segunda alternativa, que melhor se harmoniza com o processo de aprendizado institucional ínsito à regulação estatal da economia. Como bem assinalado por Aragão (2004, p. 186), “após ser alcançada uma definição, ela não pode, face ao princípio do *trial and error* das políticas públicas, ser considerada perene e absoluta, devendo haver um processo contínuo de ajuste no marco regulatório diante dos resultados verificados e da evolução socioeconômica e tecnológica do setor”.

A criação do chamado Ambiente Regulado de Comercialização de Energia Elétrica (ACR)²², revela uma inflexão no “ethos” reformista dos organismos governamentais

²² Segundo o Decreto nº 5.163/2004, Ambiente de Contratação Regulada – ACR é o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos.

responsáveis pelo planejamento do setor de energia elétrica no Brasil, apontando para um novo paradigma materializado na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que procura aproveitar valores da reforma realizada nos anos 90, sem descuidar da proteção ao consumidor cativo de eletricidade e da expansão do parque gerador brasileiro.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos e Concorrência*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 17. Belo Horizonte: Ed. Fórum, págs. 171-234, jul. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, nº 2, pp. 144-201, 2004a.

BRASIL. Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Legislação de Defesa Comercial e da Concorrência, Legislação das Agências Reguladoras / organizador Fernando de Oliveira Marques; obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais – 6ª ed – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

COMITÊ DE REVITALIZAÇÃO DO MODELO DO SETOR ELÉTRICO. *Relatório de Progresso Nº 2*. Brasília, 01 fev. 2002. Disponível em: <http://www.mae.org.br/leiloes_mae/documentos/docs/relatorio_progresso_2.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALBRAITH, John Keneth. *A Era da Incerteza*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1980.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: GRAU, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.549-267.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. Um novo Paradigma dos Contratos? *Revista Crítica Jurídica*. São Paulo, n. 18, jun. 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 39-71.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 29 mai. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessionárias de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LACOMBE, Américo Masset. O Contrato Coativo e sua Natureza Jurídica. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 15, pp.154-159, 1971.

Lins, Bernardo F. E. *Teoria Positiva da Regulação: instituições, economia e políticas setoriais*. Brasília: 2005.

MCMILLAN, John. *A Reinvenção do Bazar: Uma História dos Mercados*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

MME (MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA). Projeto RE-SEB – documentos contratuais e regulamentares. Versão preliminar, dez. 1997.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEDROSA, Paulo. *Desafios da Regulação do Setor Elétrico, Modicidade Tarifária e Atração de Investimentos*. Brasília: ANEEL, 2006.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PIRES, José Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fabio; SALES, André Franco. As Perspectivas do Setor Elétrico após o Racionamento. *Textos para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 97, out. 2002. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/td/td-97.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2006. 15:30.

PIRES, José Cláudio Linhares. O Processo de Reformas do Setor Elétrico Brasileiro. *Revista do Bndes*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 137-168, dez. 1999.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei nº 8.987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Cooperação e Desenvolvimento: a regulação da atividade reguladora. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.124-181.

ROLIM, Maria João Pereira; *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: 2002, Ed. Forense, p. 206.

RODRIK, Dani. *Development Strategies for the Next Century*. Harvard University, ago 2001, Disponível em: < <http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/19.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTIAGO, Murilo Carvalho. Considerações sobre o “Contrato Coativo”. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n. 21, pp.216-237, Maio de 1979.

SAUER, Ildo. Usina privatizada fará tarifa explodir. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 de Junho de 2001.

SAUER, Ildo. *Um Novo Modelo para o Setor Elétrico Brasileiro*. São Paulo, dez. 2002. Disponível em: <[http://www.bancor.com.br/Index/UmNovoModeloParaoSetorEletrico dez 2002.pdf](http://www.bancor.com.br/Index/UmNovoModeloParaoSetorEletrico%20dez%202002.pdf)>. Acesso em: 29 mai. 2006.

SCHWARTZ, Gilson. Nos EUA, desregulamentação explica crise energética. *Folha de São Paulo*. São Paulo, n., pp. , 27 de maio de 2001.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; OLIVEIRA, Ricardo Gorini & CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Empresas do setor elétrico brasileiro: estratégias e performances*. Rio de Janeiro: Cenergia, 2002.

WALD, Arnaldo. *O Direito de Parceria e a Lei das Concessões*. São Paulo: 2004, Ed. Saraiva.

WALD, Arnaldo. O Direito da Regulação, os Contratos de Longo Prazo e o Equilíbrio Econômico-Financeiro. *Direito Público*. Brasília, n. 8, pp. 113-128, Abril de 2005.

WALTENBERG, Davi A. M.. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 352-377.