



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

CAMILA ALVES DE SOUZA

**OS EFEITOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS DE
COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE
REGULADO – CCEAR**

BRASÍLIA

2009

CAMILA ALVES DE SOUZA

**OS EFEITOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS DE
COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE
REGULADO – CCEAR**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2009

Aos meus avôs, Arnoldo e Edson, *in memoriam*, que teriam ficado exultantes com esta conclusão de curso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José Carlos e Magda, impulsionadores da recém-iniciada carreira profissional;

às famílias Alves e Souza, por compartilharem do meu entusiasmo pelo Direito;

ao meu noivo, Danilo, por renovar diariamente minha motivação para concluir o curso;

ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição e disponibilidade, e

às amigas Ana Carolina e Cristiane, por dividirem comigo todas as vivências desta graduação.

"O ensino, como a justiça, como a administração, prospera e vive muito mais realmente da verdade e moralidade com que se pratica do que das grandes inovações e belas reformas que se lhe consagram."

Ruy Barbosa

RESUMO

A presente monografia, fundamentada em pesquisa bibliográfica, versa sobre os efeitos jurídicos dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, especificamente quanto àqueles decorrentes de suas peculiaridades em relação aos contratos administrativos de forma geral, discutindo-se, a propósito, o papel regulamentador do Estado, o exercício de serviços públicos por particulares e a sistemática de funcionamento do Setor Elétrico a partir de 1993, com foco no novo modelo, instituído em 2004. Com base no trabalho realizado, concluiu-se pelo papel do CCEAR como instrumento fundamental na organização e na regulamentação do Setor Elétrico pelo Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo – contratos administrativos – CCEAR – agências reguladoras – ANEEL – Setor Elétrico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	10
1.1 A PRINCIPIOLOGIA QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
1.1.1 <i>Os princípios constitucionais</i>	10
1.1.2 <i>Os princípios da Lei n. 9.784/1999 – a indisponibilidade do interesse público</i>	15
1.2 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	18
1.2.1 <i>Características dos contratos administrativos</i>	18
1.2.2 <i>A principioologia do Direito Administrativo e sua aplicação aos contratos administrativos</i>	24
2 OS AMBIENTES DE CONTRATAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E OS AGENTES DO SETOR.....	25
2.1 OS AMBIENTES DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	25
2.1.1 <i>O Ambiente de Contratação Livre e o Ambiente de Contratação Regulada</i>	33
2.1.2 <i>A celebração do CCEAR</i>	36
2.2 OS AGENTES DO SETOR ELÉTRICO	37
2.1.1 <i>Os geradores</i>	37
2.1.2 <i>Os transmissores</i>	39
2.1.3 <i>Os distribuidores</i>	40
2.1.4 <i>Os comercializadores</i>	41
3 CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE REGULADO	42
3.1 PECULIARIDADES DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE REGULADO – EFEITOS QUE MERECEM DESTAQUE	42
3.3.1 <i>O papel instrumentalizador</i>	42
3.3.2 <i>Contrato como marco inicial para pessoa jurídica</i>	44
3.3.3 <i>A contribuição para a segurança jurídica e econômica do Setor</i>	45
3.2 REFLEXÕES SOBRE O RUMO DA REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o presente trabalho consiste em um olhar jurídico sobre um campo hoje eminentemente técnico, mas que possui papel fundamental para o desenvolvimento econômico e social do País, visto que se reflete em todo o universo de consumidores de energia elétrica.

O pressuposto ora adotado é o de que os princípios que regem a Administração Pública, em combinação com as lições trazidas pelos antigos modelos de funcionamento do Setor Elétrico, podem culminar numa trajetória de crescente eficiência na prestação dos serviços públicos.

Objetiva-se demonstrar que os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR têm tripla dimensão quanto aos efeitos que geram, pois: (i) se prestam a instrumentalizar a regulação do Setor Elétrico pelo Estado, ao mesmo tempo em que (ii) consistem em marco inicial para o surgimento da concessionária de geração de energia elétrica e (iii) contribuem sobremaneira para que haja segurança jurídica e econômica no Setor, ao inibir altas de preços da energia elétrica.

Promove-se, ainda, análise da trajetória de regulação do Setor Elétrico até o Novo Modelo, que tem como marco a Lei n. 10.848, 15 de março de 2004.

Tecem-se considerações, a propósito, quanto às medidas implementadas com o Novo Modelo e os fatores-chave para a atual estabilidade do Setor Elétrico, ressaltando-se a importância de não incorrer nos erros experimentados no passado, como a

total estatização das empresas exploradoras das atividades econômicas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, por um lado, e, por outro, a total liberalização do mercado de energia elétrica, com descuido do necessário papel regulador do Estado.

Por fim, após ponderação acerca dos posicionamentos públicos adotados ao longo do tempo para o Setor Elétrico, apresentar-se-ão reflexões sobre a otimização do mercado de energia elétrica brasileiro à luz do Direito Administrativo e da função regulamentadora do Estado, traduzida, em particular, na celebração dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 A principiologia que rege a Administração Pública

Para a compreensão do tema proposto nesse trabalho, é necessário debruçar-se preliminarmente sobre a principiologia que rege a Administração Pública, ferramenta sem a qual não podem ser analisadas as peculiaridades dos contratos administrativos e dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR.

A concepção de princípio doravante utilizada consiste naquela de pedra angular do sistema normativo, adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹

1.1.1 Os princípios constitucionais

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 37, *caput*, cinco princípios pelos quais se deve pautar a Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

Sem prejuízo de demais disposições normativas acerca da conduta da Administração Pública dispersas² na Constituição Federal e de princípios implícitos no texto constitucional, os princípios listados no *caput* do artigo 37 da Carta Magna foram alçados, por seu exposto destaque, a princípios básicos para a atividade de gestão pública.

O princípio da legalidade, inserido no citado artigo, encontra guarida no correspondente artigo 5º, II, da própria Constituição, mas, ao ser aplicado à Administração Pública, ganha significação distinta daquela prevista no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, porquanto é harmonizado com os demais princípios enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição.

A diferença de significação, no entanto, não se refere à essência do princípio, mas à sua extensão. Enquanto o artigo 5º, II, da Constituição prevê que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", a conjugação dos princípios listados no *caput* do artigo 37 da Constituição determina que a Administração Pública retire da lei não apenas vedações de conduta, mas todas as suas condutas.

Acerca do tema, cumpre citar a doutrina de Alexandre de Moraes:

[...] o administrador público somente poderá fazer o que tiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba.³

A previsão de que à Administração somente caberá fazer o que permitido em lei se explica pela função precípua do administrador de gerir recurso alheio, público, sobre

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 295.

³ Idem, p. 296.

o qual não exerce poderes de proprietário, mas tão somente de executor⁴ das finalidades elegidas em lei.

Da mesma lógica deriva o princípio da impessoalidade, o qual exige a substituição da vontade individual do administrador pela vontade da lei, em consonância com o seu papel meramente instrumental, em consecução da finalidade última de todos os atos administrativos: o interesse público⁵.

Em virtude do teor do princípio em comento, Hely Lopes Meirelles denomina-o princípio da finalidade. Confira-se a literalidade de sua conceituação:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é do que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador que só pratique o ato para o seu *fim legal*. [...] a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público.⁶

O princípio da moralidade, por seu turno, tem caráter menos objetivo do que os princípios anteriores, pois implica valoração do administrador sobre a prática de seus atos, e, em última análise, ponderação sobre os conceitos de ético e antiético.

Para fins de definição de ato moral, analisar-se-á, assim, mais do que a correspondência entre o ato e a lei, mas a congruência entre o ato e os padrões éticos, sendo esses avaliados em relação aos efeitos decorrentes do ato e sua proximidade ou distanciamento da já mencionada finalidade de interesse público.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 296.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 91 e 92.

⁶ Idem, pp. 91 e 92.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre sobre alguns dos valores que compõem os padrões éticos em referência:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de **honestidade, retidão, equilíbrio justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições**. A moralidade exige **proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.**⁷ (grifei)

Intimamente correlacionado com os demais, está o princípio da publicidade, dado que também ressalta a natureza administrativa de mera execução das atividades impostas por lei, visando a afastar o autoritarismo e a obscuridade nos atos praticados pelo Poder Público.

A publicidade é aqui entendida como a divulgação formal aos administrados dos atos praticados em âmbito interno pela Administração, sendo essa divulgação condição para a eficácia⁸ do ato, a qual permite que este produza efeitos externos, ou seja, fora dos órgãos da Administração.

Destaque-se ainda que a publicidade, além de dar a conhecer aos administrados os atos praticados em âmbito interno, efetiva o direito da sociedade de impugnar tais atos, se contrários à lei; ou seja, permite que os administrados exerçam seu papel de fiscalização da Administração.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94.

Por fim, o princípio da eficiência, acrescentado ao rol do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, realçou o necessário comprometimento do administrador com os resultados colimados pela lei, ou seja, com resultados de interesse público⁹.

Alexandre de Moraes ressalta que:

[...] o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

O insigne doutrinador salienta ainda as características¹⁰ que compõem o princípio da eficiência, quais sejam: (i) o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; (ii) a imparcialidade; (iii) a neutralidade; (iv) a transparência; (v) a participação e aproximação dos serviços públicos da população; (vi) a eficácia; (vii) a desburocratização; e (viii) a busca da qualidade.

Os princípios constitucionais em comento buscam reafirmar a função instrumental do administrador, como executor das políticas públicas previstas em lei, bem como visam a aproximar a Administração Pública do administrado, seja para garantir o acesso da população aos serviços prestados, seja para firmar o interesse público como meta do administrador.

1.1.2 Os princípios da Lei n. 9.784/1999 – a indisponibilidade do interesse público

Além dos cinco princípios básicos da Administração Pública elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 300.

¹⁰ *Idem*, pp. 304-307.

“regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, traz, no bojo do seu artigo 2º, *caput*, outros princípios relativos à atuação administrativa que não foram expressamente contemplados na Constituição:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Os princípios enumerados pela Lei n. 9.784/1999 ainda não estudados são, portanto: razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público, os quais, ainda que especificados à atuação administrativa apenas em lei federal, possuem conteúdo de observância obrigatória para os demais entes federativos¹¹.

Cumprir observar que o princípio da finalidade tem significação coincidente com o princípio da impessoalidade, o qual foi detalhado no item anterior.

O princípio da razoabilidade, também denominado princípio da proibição de excesso¹², e o princípio da proporcionalidade são diretrizes para a ponderação dos atos administrativos, os quais deverão ter a exata medida necessária para a consecução dos fins colimados pela norma jurídica.

Os excessos praticados pelo administrador, ainda que ocorridos quando do cumprimento da lei, são caracterizados como abusivos e ilegais, porquanto não atendem ao interesse público¹³.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

¹² *Idem*, p. 93.

¹³ *Ibidem*, p. 94.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório igualmente protegem o administrado de eventuais abusos e discricionariedade da Administração, garantindo a possibilidade de que este possa se pronunciar e apresentar defesa em situações de litígio com o Poder Público.

O contraditório e a ampla defesa estão inseridos na Constituição Federal como direitos fundamentais, tendo a Lei n. 9.784/1999 tão somente ressaltado sua aplicação ao âmbito administrativo em qualquer situação de conflito entre administrado e Administração, não se restringindo aos processos administrativos punitivos¹⁴.

A segurança jurídica, por sua vez, também foi apenas destacada na Lei n. 9.784/99, pois a estabilidade nas relações jurídicas é considerada um pilar do próprio Estado de Direito¹⁵.

O princípio do interesse público (ou supremacia e indisponibilidade do interesse público) enseja muitas e diversas interpretações. Compõe o conteúdo de outros princípios bem como é utilizado como fundamento para variados atos administrativos, em virtude de seu caráter amplo.

Em primeira análise, o princípio encerra uma limitação do administrador em sacrificar¹⁶ o interesse público em prol do particular, enfatizando o mister da gestão pública de assegurar a proteção dos interesses da coletividade.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do direito de defesa em inquérito administrativo**. RDA 183/13.

¹⁵ *Idem*, p. 99.

¹⁶ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

Ocorre que os interesses da coletividade têm contornos difusos, não havendo métodos precisos para aferi-los. Dessa imprecisão decorre a dificuldade na conceituação do princípio, apontado pela doutrina pátria como uma falha de grandes proporções jurídicas¹⁷.

Marçal Justen Filho aponta os efeitos práticos da imprecisão do conceito de interesse público:

O direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público — nessa acepção, o interesse público é *indisponível*. Essas concepções são relevantes, mas propiciam problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público. Isso dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais¹⁸.

Além da possibilidade de brecha à arbitrariedade da Administração ao se invocar o princípio do interesse público, há, ainda, a possibilidade de dificultar o controle dos atos administrativos:

A doutrina costuma invocar o "interesse público", mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR observou que "*interesse público*" é um "*lugar comum*", e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente — o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta o seu controle¹⁹.

Se os princípios constantes no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal buscam salientar a função instrumental do administrador, os princípios enfatizados na Lei n. 9.784/99, numa visão geral, procuram assegurar a ponderação do administrador ao cumprir o seu mister plasmado na norma jurídica, buscando conter eventuais excessos e ilegalidades por

¹⁷ Idem, p. 36.

¹⁸ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 35 e 36.

¹⁹ Idem, p. 36.

parte da Administração Pública, além de frisar a finalidade última da própria Administração: o interesse público.

1.2 Contratos administrativos

1.2.1 Características dos contratos administrativos

A Administração utiliza-se de ferramentas para realizar as atividades de interesse público a ela incumbidas por lei. Um dos principais instrumentos para a prestação dos serviços públicos é a celebração de contratos administrativos, por meio dos quais a Administração obtém a colaboração espontânea do particular²⁰ na consecução de seus objetivos.

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que "regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências", conceitua, em seu artigo 2º, parágrafo único, o contrato administrativo:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

O acordo de vontades mencionado no artigo acima possui caráter *sui generis*, pois existe uma significativa diferenciação entre o acordo de vontades do âmbito administrativo e aquele formalizado à luz do Direito Civil, no âmbito do Direito Privado.

²⁰ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 276.

Com efeito, no contrato administrativo, regido pelo Direito Público, a vontade de pelo menos uma das partes — a da Administração — é substituída pela vontade da lei. Ou seja, a Administração pactuará com o particular baseando-se nas suas atribuições e limitações legais, restringindo-se, assim, a margem para sua discricionariedade.

Isso significa dizer que a Administração não poderá realizar ajuste com o particular que extrapole ou contrarie as suas funções legais, ainda que, em tese, o objeto do contrato não seja reputado ilícito.

Significa dizer ainda que a obrigatoriedade da conduta da Administração perante o particular não é oriunda dos termos do ajuste pactuado, mas da própria norma jurídica.

Acerca da classificação sistemática dos ajustes em comento, Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ alerta para o fato de que a expressão *contrato administrativo* configura um gênero, o qual comporta duas espécies, a saber:

(i) contratos administrativos e

(ii) contratos de Direito Privado celebrados pela Administração.

Os contratos administrativos propriamente ditos²² são marcados pelas prerrogativas especiais da Administração Pública, à qual é facultada a alteração unilateral das

²¹ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 613.

²² Idem, p. 613.

obrigações do outro contratante, a extinção unilateral do contrato, a fiscalização de sua execução e a imposição de sanções ao particular²³.

A detalhar tais prerrogativas da Administração nos contratos administrativos, confira-se a redação do artigo 58 da Lei n. 8.666/1993:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Os contratos administrativos se dirigem à concessão de serviços públicos ao particular, à realização de obras públicas, à contratação de serviços e às compras e aos fornecimentos previstos na Lei n. 8.666/1993²⁴.

²³ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 613.

²⁴ *Vide* artigo 6º da Lei n. 8.666/1993.

Os contratos de concessão ou permissão, de maior relevo para o presente estudo, são celebrados com o escopo de transferir ao particular, temporariamente, o exercício de determinado serviço público.

O permissivo legal para a concessão e a permissão de serviços públicos tem assento no artigo 175, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Confiram-se, nos termos do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, as características dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

O conceito elaborado pelo insigne doutrinador reúne os mais importantes elementos dessa espécie de contrato administrativo: (i) o exercício do serviço público, (ii) em seu nome e assumindo o risco da atividade, (iii) submetendo-se às condições impostas pelo poder concedente, (iv) auferindo remuneração correspondente às tarifas cobradas dos consumidores do serviço, (v) assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As características acima enumeradas podem ser identificadas nos artigos listados abaixo, extraídos da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual "dispõe sobre o

regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências":

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco e por prazo determinado**; [...]

Art. 9º A **tarifa** do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o **equilíbrio econômico-financeiro**. [...]

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu **equilíbrio econômico-financeiro**.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, **cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros**, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. (Grifei)

O particular, portanto, ao passo que colabora espontaneamente com a Administração Pública, contribuindo para a maior especialização técnica e eficiência no desempenho do serviço público, se beneficia com o pagamento das tarifas pelos consumidores (administrados).

Frise-se que o particular, apesar das prerrogativas de que dispõe a Administração nessa seara — justificadas pela necessidade de proteção ao interesse público —, não é lesado pelo Estado, sendo assegurada a sua contraprestação (oriunda do pagamento das tarifas), nos termos pactuados no contrato.

Os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração, de outro modo, não se submetem às prerrogativas especiais da Administração tal qual os contratos administrativos propriamente ditos.

As situações em que a Administração celebra contratos sob a égide do Direito Privado estão previstas no artigo 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/1993:

Art. 62. [...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

O legislador expressamente optou por não submeter os contratos listados no inciso I do parágrafo 3º do artigo 62 da Lei n. 8.666/1993 ao regime de contratação de Direito Público, em virtude de limitações de natureza jurídica e econômica²⁵.

A limitação econômica se pauta nos efeitos financeiros que decorrem da aplicação do regime de Direito Público ou de Direito Privado. No caso dos contratos de seguro, financiamento e os demais constantes do artigo supramencionado, a aplicação dos dispositivos concernentes ao Direito Público oneraria a Administração em maior grau do que a sua submissão ao regime de Direito Privado.

O critério econômico se refere, portanto, à seleção do regime de menor impacto financeiro para a Administração, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público (nesse caso traduzida em recursos públicos).

A limitação jurídica consiste na não intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente para não prejudicar o mercado privado e a livre concorrência²⁶.

²⁵ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 613

²⁶ Idem, p. 613.

1.2.2 A principiologia do Direito Administrativo e a sua aplicação aos contratos administrativos

A partir do exposto acerca da principiologia relativa ao Direito Administrativo e das características dos contratos administrativos propriamente ditos, cumpre ter presentes os pontos de confluência entre os tópicos estudados.

Tanto os princípios constitucionais quanto aqueles ressaltados pela Lei n. 9.784/1999, bem como as prerrogativas da Administração nos contratos administrativos propriamente ditos, apontam para um norte comum, qual seja, o da proteção ao interesse público.

A supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pelo administrador são pontos recorrentes nas motivações dos atos administrativos e na própria sistemática jurídica dos setores interligados ao Direito Administrativo.

No Setor Elétrico não é diferente. O interesse público figura como princípio fundamental na sistemática do Setor, do qual o administrador lança mão para adotar determinadas posturas e, em especial, para intervir nas atividades desenvolvidas no mercado de energia elétrica, com a finalidade de regulá-lo, como será comprovado adiante.

2 AMBIENTES DE CONTRATAÇÃO E OS AGENTES DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

2.1 Os ambientes de contratação de energia elétrica

Antes de adentrar na análise da postura da Administração no mercado de energia elétrica e no específico estudo do Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado como forma de regulação do Setor, levando-se em consideração o princípio do interesse público, convém apresentar um retrospecto quanto à contratação de energia ao longo dos últimos dezesseis anos, bem como delinear as principais funções de cada um dos agentes e instituições do Setor, para a melhor compreensão das conclusões alcançadas nesta pesquisa.

A sistemática atual de contratação de energia dividida em dois ambientes, livre e regulado, é fruto do recente aperfeiçoamento do Setor Elétrico, que tem como marco inicial o ano de 1993, quando entrou em vigor a Lei n. 8.631, de 4 de março de 1993, a qual “dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências”.

A reforma iniciada com a Lei n. 8.631/1993 (i) extinguiu o regime anterior de remuneração garantida, (ii) criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores de energia elétrica e (iii) promoveu a desqualificação tarifária²⁷:

²⁷ LIMA, Ricardo Gobbi. **Comercialização de Energia** – Alguns Conceitos e Princípios *in* **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**, Coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 365-376.

Art. 1º Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei. [...]

Art. 3º Os concessionários supridores e supridos deverão celebrar contrato de suprimento de energia elétrica. [...]

Art. 7º O regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar – CRC e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração – RENCOR, ficarão extintos na data de publicação do decreto regulamentador desta Lei.

O regime de remuneração garantida, em vigor antes da Lei n. 8.631/93, consistia em reembolso pago ao concessionário ou permissionário de serviço público pelos investimentos efetuados para a aparelhagem do setor explorado e pelos custos da exploração. Atribuía-se a título de remuneração um valor fixado pela Administração (Poder Concedente), com base nos critérios arrolados em lei.

A Lei n. 5.655, de 20 de maio de 1971, parcialmente revogada pela Lei n. 8.631/1993, dispunha sobre os critérios de cálculo da remuneração garantida, que compreendiam desde a avaliação sobre o valor dos bens instalados pelos concessionários e permissionários até o capital necessário à exploração dos serviços²⁸.

²⁸ “Art 1º A remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do poder concedente. [...]

Art 2º O Investimento remunerável dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica compreenderá as parcelas a seguir enumeradas, observando o disposto no parágrafo único deste artigo: □

I - o valor de todos os bens e instalações que direta ou indiretamente concorram, exclusiva e permanentemente, para a produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétrica; □

II - o montante do ativo disponível não vinculada, a 31 de dezembro, até a importância do saldo da Reserva para Depreciação à mesma data, depois do lançamento da quota de depreciação correspondente ao exercício; □

III - os materiais em almoxarifado a 31 de dezembro, indispensáveis ao funcionamento da empresa no que se refere à prestação dos serviços dentro dos limites aprovados pela fiscalização; □

IV - o capital de movimento, assim entendido a importância em dinheiro necessária à exploração dos serviços, até o máximo do montante de dois meses de faturamento médio da empresa. □

Parágrafo único do total apurado, na forma indicada neste artigo, se deduzirá: □

A remuneração garantida, paga pelo Poder Concedente, era distinta da tarifa, paga pelos consumidores, sendo que os concessionários e permissionários do serviço público recebiam simultaneamente de ambas as fontes — Administração e consumidores.

A Lei n. 8.631/1993 pôs fim ao modelo de remuneração garantida para englobar todos os custos relativos aos serviços prestados pelos concessionários e permissionários na tarifa paga pelos consumidores²⁹, ficando extintos os repasses outrora feitos pela Administração, acabando, assim, com o subsídio do Poder Concedente aos concessionários e permissionários de serviços públicos³⁰.

A criação dos contratos de suprimento, por sua vez, também contribuiu para a desoneração da Administração, na medida em que o artigo 3º da Lei n. 8.631/1993 fixou a integral responsabilidade dos concessionários do serviço público de garantirem o pagamento da energia contratada bilateral e diretamente entre distribuidor e gerador³¹, posicionando-se o Poder Concedente somente como homologador das tarifas propostas pelos concessionários, já

I - o Saldo da Reserva para Depreciação a 31 de dezembro, após o lançamento da quota de depreciação correspondente ao mesmo exercício;

II - a diferença entre os saldos, a 31 de dezembro, da conta de Reserva da Amortização e o respectivo Fundo;

III - a diferença entre os saldos, a 31 de dezembro, da Conta de Resultados a Compensar e o respectivo Fundo;

IV - os saldos, a 31 de dezembro das contas do passivo correspondentes a adiantamentos, contribuições e doações;

V - as obras para uso futuro, enquanto não forem remuneradas pela tarifa.”

²⁹ “Art. 1º Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei. [...]”

§ 2º Os níveis das tarifas a que se refere o "caput" deste artigo corresponderão aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada concessionário distribuidor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados.”

³⁰ MARCONDES, Mônica *et alii*. **O Processo de Reajustes Tarifários no Setor Elétrico Brasileiro**. Artigo disponível em http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2008/arquivos/P_ArmandoMonica_Tarifas.pdf >. Acesso em 6 de outubro de 2009.

³¹ “§ 4º As garantias de pagamento nos contratos referidos neste artigo constituir-se-ão obrigatoriamente das receitas próprias dos concessionários supridos, com respectiva autorização de débito automático em suas contas correntes bancárias, uma vez caracterizado o inadimplemento.”

em momento posterior à negociação da contratação de energia e ao cálculo total dos custos de produção de energia ou distribuição³².

Assim, a Administração passou, cada vez mais, a atuar como reguladora dos serviços, sem promover subsídio aos concessionários ou se responsabilizar pelos negócios jurídicos celebrados entre distribuidores e geradores.

Ainda na esteira da gradual alteração da postura da Administração para reguladora da exploração dos serviços de energia elétrica, verifica-se que a desigualização tarifária contribuiu sobremaneira para, por assim dizer, possibilitar um certo auto-financiamento do mercado.

Isso porque, com o permissivo para que as concessionárias cobrem não mais tarifas iguais em todo o território nacional, mas tarifas compatíveis com os seus custos individualizados, há a diminuição do déficit das concessionárias com maiores custos³³ e, por consequência, a possibilidade de correta manutenção do aparato dessas concessionárias e de investimento das empresas na infraestrutura do Setor.

Assim, em resumo, as mudanças na legislação iniciadas em 1993 se justificaram mormente pela crise gerada pelo grande endividamento público no período entre 1964 e 1988, quando houve massiva estatização do Setor, grandes gastos com infraestrutura e a aplicação de tarifas iguais, equalizadas, a todas as regiões do País³⁴, o que culminou na

³² “Art. 3º [...]”

§ 2º A homologação pelo Poder Concedente dos níveis das tarifas propostos pelos concessionários de fornecimento e de suprimento estará condicionada à celebração do contrato a que se refere este artigo.”

³³ DIEESE. Nota Técnica n. 58/2007. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec58TarifaEnergia.pdf>>. Acesso em 7 de outubro de 2009.

³⁴ Idem.

necessidade de criação de um modelo que privilegiasse a regulação do Setor pela Administração em detrimento do papel fortemente interventivo anterior.

Dessarte, as alterações introduzidas naquela oportunidade apontaram para a necessidade de desestatização do exercício dos serviços públicos de energia elétrica, em especial, para a captação de recursos privados para o investimento em infraestrutura³⁵, haja vista a incapacidade do Estado de fazê-lo.

A ilustrar o modelo deficitário anterior à Lei n. 8.631/1993 está a disparidade entre a capacidade de investimento do Estado e as necessidades do Setor: estima-se que o Setor Elétrico necessite de investimentos de aproximadamente vinte bilhões de reais por ano para funcionar adequadamente, sendo que o total máximo disponibilizado pelo Estado é de apenas quatro a seis bilhões de reais por ano³⁶.

Dois anos após as inovações trazidas pela Lei n. 8.631/1993, entraram em vigor a Lei n. 8.987/1995, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, e a Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, a qual “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências” e, destaque-se, institui as figuras do produtor independente de energia, do autoprodutor de energia e do consumidor livre (não sujeito ao regime de contratação regulada)³⁷.

³⁵ LIMA, Fabio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro**: O contrato de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia. Monografia de conclusão de curso de pós-graduação no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB em 2006.

³⁶ PEDROSA, Paulo. **Desafios da regulação do Setor Elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.

³⁷ “Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação: [...]”

A Lei n. 8.987/1995 contribuiu para a solidez do modelo que se pretendeu instituir com a reforma iniciada em 1993, visto que restringiu a concessão de serviços públicos às empresas vencedoras das licitações promovidas pelo Poder Concedente (em espírito uníssono, pode-se dizer, àquele presente na Lei n. 8.666/1993), bem como formalizou as condições de contratação entre a Administração e o concessionário, delimitando encargos a ambas as partes e critérios para avaliação da adequação do serviço prestado pelas concessionárias³⁸.

A Lei n. 9.074/1995, em conjunto com a Lei n. 8.987/1995, contribuiu para a introdução de maior competitividade no mercado de energia elétrica³⁹, ao passo que ampliou as possibilidades de atuação dos concessionários e permissionários no Setor Elétrico brasileiro ao prever a criação de novos agentes.

III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.”

³⁸ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. [...]

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

³⁹ FILHO, Jorge Marques de Azevedo. **Imperativos da Descentralização e Coordenação da Operação Energética no Âmbito da Reforma Institucional do Setor Elétrico Brasileiro**. Dissertação de conclusão de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2000.

No ano seguinte, em 1996, foi criado pelo Ministério de Minas e Energia – MME o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico⁴⁰, mediante o qual foi constatada a necessidade de desverticalização das empresas atuantes no Setor, ou seja, a imperiosa separação do exercício das atividades de geração, distribuição, comercialização e transmissão de energia.

O início da desverticalização (no começo somente como separação contábil das atividades⁴¹) foi medida fundamental para o incentivo à competição no mercado de energia, dado que o antigo permissivo legal para que as empresas acumulassem diferentes atividades no Setor culminava nas “práticas de subsídios cruzados e de discriminação do acesso [ao mercado] por parte do monopolista”⁴², o que acarretava a alta das tarifas repassadas aos consumidores.

Ainda em 1996, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por meio da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que “institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”.

A ANEEL, assim, surgiu em meio a um contexto de exercício híbrido dos serviços públicos: por particulares e pelo Estado. Dessa forma, criada sob o regime de agência reguladora, independente, vinculada, mas não subordinada ao Ministério de Minas e Energia

⁴⁰ **Histórico do Setor Elétrico Brasileiro**. Disponível no sítio eletrônico da CCEE: <<http://www.ccee.org.br/cceeinterdsm/v/index.jsp?vnextoid=96a0a5c1de88a010VgnVCM100000aa01a8c0RCRD>>. Acesso em: 6 de outubro de 2009.

⁴¹ LIMA, Fábio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro**: O contrato de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia. Monografia de conclusão de curso de pós-graduação no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2006.

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro in Regulação Jurídica do Setor Elétrico**, Coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 235-259.

(como era o antigo DNAEE), passou a ter como atribuição equilibrar os interesses públicos e particulares, viabilizando uma efetiva prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica⁴³.

Após a criação da ANEEL, foram instituídos, em 1998, o Operador do Sistema Nacional – ONS e o hoje extinto Mercado Acatadista de Energia – MAE, em uma tentativa de conferir maior planejamento e coordenação do Setor, além da definição das formas de exploração dos serviços de energia elétrica, conforme se depreende do Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998:

Art 1º A exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, as quais serão desenvolvidas na conformidade da legislação específica e do disposto neste regulamento.

Art 12. As transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados serão realizadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia – MAE, instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado entre os interessados.

Art 25. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O Decreto n. 2.655/1998 dispôs, ainda, quanto à alteração da Lei n. 8.631/1993, a qual, conforme já explicitado anteriormente, criou os contratos de suprimento de energia, passando a ser substituídos pelos contratos iniciais:

Art 26. Os contratos iniciais, a serem celebrados entre concessionários, permissionários e autorizados, na forma do disposto no art. 10 da Lei n. 9.648, de 1998, e os demais previstos no art. 9º da mesma Lei, substituirão, para todos os efeitos, aqueles ajustados nos termos do art. 3º da Lei n. 8.631, de 1993.

⁴³ PEDROSA, Paulo. **Desafios da regulação do Setor Elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.

Até a criação dos contratos iniciais, vigeu durante aproximadamente cinco anos modelo de contrato de suprimento estritamente regulado pela Administração, com necessidade de homologação pelo Poder Concedente das tarifas propostas pelo concessionários como contraprestação pelo exercício do serviço público, como já comentado anteriormente.

Somente em 1998 houve uma transição entre o regime dos contratos de suprimento para um regime misto que se verifica nos contratos iniciais, em que havia, ao mesmo tempo, controle do Poder Concedente e previsão de liberdade de negociação⁴⁴.

Confira-se, a propósito, o artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.648/98:

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: [...]

Os contratos iniciais guardavam semelhanças em relação aos contratos de suprimento da legislação anterior, tendo em vista que a autonomia da vontade dos contratantes era ainda tímida, pois se manteve a necessidade de contratação de montantes de energia, demanda de potência, valor das tarifas e prazo de vigência nos termos ditados pela ANEEL, mas vislumbrou-se uma perspectiva de liberalização do mercado.

Contudo, o regime de livre negociação só foi realmente efetivado a partir da Lei n. 10.848/2004, a qual "dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis n. 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências".

⁴⁴ DINIZ, Luiz Eduardo. Parecer, 2004, Procuradoria Federal da ANEEL.

2.1.1 O Ambiente de Contratação Livre e o Ambiente de Contratação Regulada

A Lei n. 10.848/2004 dividiu a comercialização de energia em dois ambientes distintos, com regimes diferenciados, a saber: o Ambiente de Contratação Livre – ACL e o Ambiente de Contratação Regulada – ACR:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional – SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre: [...]

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

O Ambiente de Contratação Livre – ACL comporta as operações de compra e venda de energia livremente pactuadas pelos agentes, os quais celebram contratos bilaterais, nos termos do Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004:

Art. 47. A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres.

Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes.

A autorização legal para atuar no ACL é concedida apenas aos agentes enquadrados nos requisitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995⁴⁵, bem como

⁴⁵ Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. [...]

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

aos consumidores de grande porte descritos no artigo 48 da Lei n. 10.848/2004⁴⁶.

Os agentes mencionados no artigo 48 da Lei n. 10.848/2004, consumidores de grande porte, gozam da possibilidade de comercialização no ACL, mas podem exercer o direito de escolha de participar dos leilões de energia realizados no ACR, bastando, para tanto, o pagamento de tarifa e a notificação prévia. No ponto, confirmam-se dispositivos da Lei n. 10.848/2004 e do Decreto n. 5.163/2004:

Art. 8º Os arts. 4º, 11, 12, 15 e 17 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações: [...]

§ 8º Os consumidores que exercerem a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei poderão retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa regulada, garantida a continuidade da prestação dos serviços, nos termos da lei e da regulamentação, desde que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de 5 (cinco) anos.

Art. 52. Os consumidores livres deverão formalizar junto ao agente de distribuição local, com antecedência mínima de cinco anos, a decisão de retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa e condições reguladas. [...]

A recíproca não é verdadeira para os participantes do ACR. Os agentes não abrangidos expressamente pela Lei n. 10.848/2004 no tocante à possibilidade de participação no ACL estão limitados à compra e venda de energia no mercado regulado.

Os agentes de distribuição, tanto para aquisição quanto para fornecimento de energia, estão limitados à atuação no ACR. Cumpre transcrever as disposições da Lei n.

⁴⁶ “Art. 1º [...]

§3º 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. 48. Os consumidores ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 KW, quando adquirirem energia na forma prevista no § 5º do art. 26 da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, serão incluídos no ACL.”

10.848/04 e do Decreto n. 5.163/04 nesse sentido:

Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, **por meio de licitação**, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

§ 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: [...]

IV – agente de distribuição o titular de concessão, permissão ou autorização de serviços e instalações de distribuição para fornecer energia elétrica a consumidor final **exclusivamente de forma regulada**; [...] (grifei)

No âmbito do ACR, a contratação de energia é precedida da realização de licitação, na modalidade leilão, realizada pela ANEEL ou, por delegação da Agência, pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE⁴⁷.

Finalmente, o agente vencedor da licitação — leilão — deverá celebrar Contrato de Comercialização de Energia com o agente comprador para formalizar o ajuste, *vide* as disposições da Lei n. 10.848/2004 e do Decreto n. 5.163/2004, respectivamente:

§ 2º A contratação regulada de que trata o **caput** deste artigo deverá ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, devendo ser observado o seguinte: [...]

Art. 27. Os vencedores dos leilões de energia proveniente de

⁴⁷ Decreto n. 5.163/2004:

“§ 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como:

I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR 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; [...]

Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.”

empreendimentos de geração novos ou existentes deverão formalizar contrato bilateral denominado Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR, celebrado entre cada agente vendedor e todos os agentes de distribuição compradores.

2.1.2 A celebração do CCEAR

A celebração do CCEAR é o estágio final do processo de comercialização no Ambiente de Contratação Regulada – ACR. Na formalização da compra e venda de energia entre fornecedores e distribuidores, são fixados os preços e quantia de energia contratada, nos termos dos lances ofertados pelo comprador e a quantidade disponibilizada pelo vendedor na licitação.

As cláusulas contratuais são distintas daquelas verificadas no âmbito do ACL, no qual os agentes celebram contratos bilaterais. No ACR, o teor das cláusulas é pré-fixado pelo Poder Concedente, pelo que alguns estudiosos do tema enquadram os CCEARs na categoria de contratos de adesão ou até mesmo de contratos coativos⁴⁸.

Contudo, na medida em que não deixa de existir a liberdade de contratar⁴⁹ para os agentes que celebram CCEAR⁵⁰, bem como por entender-se que a relativa mitigação da autonomia da vontade justifica-se inteiramente pela proteção ao interesse público,

⁴⁸ LIMA, Fábio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro**: O contrato de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia. Monografia de conclusão de curso de pós-graduação no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2006.

⁴⁹ A liberdade de contratar é, aqui, entendida nos termos da definição de Arnaldo Wald *in* Obrigações e Contratos, 12ª ed. São Paulo: RT, 1995, p.162:

“a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.”

⁵⁰ LIMA, Fábio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro**: O contrato de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia. Monografia de conclusão de curso de pós-graduação no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2006.

consistente em garantir a adequada prestação do serviço público, considerar-se-á, nesse estudo, que a rotulagem do CCEAR tem pouca relevância quando comparada aos efeitos que produz juridicamente no Setor.

Dessa forma, o estudo da natureza jurídica dos CCEARs foi considerado de inferior importância quando comparado ao relevo jurídico dos efeitos decorrentes desse contrato, os quais consistem em impactos práticos na ordem econômica do Setor e que extrapolam o campo meramente formal da conceituação.

2.2 Os agentes do Setor Elétrico

Compreendida a evolução dos ambientes de contratação de energia elétrica até o modelo atual, é mister apresentar também o novel modelo de regência dos agentes do Setor.

2.2.1 Os geradores

A atividade de geração ou produção de energia elétrica já era prevista no Código de Águas de 1934, sendo, mesmo então, caracterizada como objeto de concessão⁵¹:

Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

Com a evolução do ordenamento jurídico⁵² relativo à exploração dos serviços de energia elétrica, a geração de energia passou a ser efetivada não só pelos

⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro in Regulação Jurídica do Setor Elétrico**, Coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 235-259.

⁵² Vide artigos 5º e 11 da Lei n. 9.074/95, já colacionados anteriormente.

concessionários do serviço público de geração, mas também pelo produtor independente de energia elétrica e pelo autoprodutor de energia, totalizando, assim, três categorias distintas de geradores.

Acerca da conceituação de cada uma das categorias de geradores, cite-se sucinta e precisa definição publicada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE⁵³:

Os Agentes de Geração podem ser classificados em:

- Concessionários de Serviço Público de Geração: Agente titular de Serviço Público Federal delegado pelo Poder Concedente mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de Empresas para exploração e prestação de serviços públicos de energia elétrica, nos termos da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
- Produtores Independentes de Energia Elétrica: são Agentes individuais ou reunidos em consórcio que recebem concessão, permissão ou autorização do Poder Concedente para produzir energia elétrica destinada à comercialização por sua conta e risco.
- Auto-Produtores: são Agentes com concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada a seu uso exclusivo, podendo comercializar eventual excedente de energia, desde que autorizado pela ANEEL.

Das definições acima depreende-se que: (i) os concessionários do serviço público de geração prestam serviço público, haja vista que exploram a atividade por delegação do Poder Concedente; (ii) os produtores independentes de energia não prestam serviço público, pois comercializam a energia “por sua conta e risco”, sem as responsabilidades inerentes às concessões de serviço público, e (iii) os autoprodutores igualmente não prestam serviço público, visto que produzem energia primordialmente para o seu próprio consumo e secundariamente para comercialização do excedente produzido.

⁵³ CCEE. Disponível em :

<<http://www.ccee.org.br/cceeinterdsm/v/index.jsp?vnextoid=83baa5c1de88a010VgnVCM100000aa01a8c0RCD>>. Acesso em: 6 de outubro de 2009.

A competitividade na área de geração de energia foi assegurada pelo Novo Modelo de 2004, que previu a possibilidade de atuação do gerador tanto no Ambiente de Contratação Regulada quanto no Ambiente de Contratação Livre.

2.2.2 Os transmissores

Com a desverticalização das atividades desenvolvidas pelos agentes no Setor Elétrico, a transmissão da energia passou a ser autônoma em relação à geração de energia, sendo a exploração do serviço outorgada após licitação pela Administração.

A propósito, confira-se a alteração que a Lei n. 10.848/04 promoveu na Lei n. 9.074/95:

Art. 8º Os arts. 4º, 11, 12, 15 e 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17. [...]

§ 1º As instalações de transmissão componentes da rede básica do Sistema Interligado Nacional – SIN serão objeto de concessão mediante licitação e funcionarão na modalidade de instalações integradas aos sistemas com regras operativas aprovadas pela ANEEL, de forma a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros."

2.2.3 Os distribuidores

A atividade de distribuição, ao contrário da atividade de geração de energia, ficou restrita ao Ambiente de Contratação Regulada, pelo que os agentes distribuidores desenvolvem sua atividade de distribuição de energia pelo território geográfico a que estão limitados por meio da celebração de contratos de compra de energia nos leilões do ACR.

Cite-se, a propósito, descrição dos agentes distribuidores publicada pela CCEE:

Categoria dos Agentes Distribuidores. A atividade de distribuição é orientada para o serviço de rede e de venda de energia aos consumidores com tarifa e condições de fornecimento reguladas pela ANEEL (Consumidores Cativos). Com o novo modelo, os distribuidores têm participação obrigatória no ACR, celebrando contratos de energia com preços resultantes de leilões.

O amparo da conceitualização disponibilizada pela CCEE provém dos seguintes dispositivos da Lei n. 10.848/04:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional – SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre: [...]

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...]

2.2.4 Os comercializadores

A comercialização de energia elétrica não está condicionada a nenhuma atividade física no processo de geração ou abastecimento de energia. O agente comercializador atua tão somente na compra e venda de montantes de energia.

Seguem, abaixo, os dispositivos da Lei n. 10.848/2004 relativos a esse seguimento do Setor Elétrico:

Art. 1º [...]

§ 3º 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. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...]

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo, sendo que na licitação pública poderão participar concessionárias, permissionárias, autorizadas de geração e **comercializadoras**. (grifei)

3 CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE REGULADO

3.1 Efeitos peculiares dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado

3.1.1 O papel instrumentalizador

A primeira característica digna de nota do CCEAR é o seu papel de instrumentalizador do Setor Elétrico. Assim, quanto aos efeitos jurídicos que produz no âmbito administrativo, constata-se que estes extrapolam as consequências geradas bilateralmente para as partes, quando da celebração do contrato, para se refletir de forma imediata em outras esferas.

Primeiramente, por ser a celebração do CCEAR a única forma de comercialização de energia no ambiente regulado, verifica-se que o contrato confunde-se com a própria atividade de comercialização, viabilizando-a, na medida em que é etapa obrigatória para o seu aperfeiçoamento.

Com efeito, sem a presença do CCEAR, alterariam-se as características fundamentais do ACR em si, visto que são inerentes ao ambiente regulado as estipulações, sob o crivo do Poder Concedente, de quantidades, preços e condições de prestação dos serviços de geração e de distribuição, de forma geral.

A celebração do CCEAR é o que possibilita a aplicação e efetivação de todas as normas destinadas à compra e venda de energia no ambiente regulado, considerando-se que o contrato é a premissa básica, e, assim, a base para todos os procedimentos concernentes ao abastecimento de energia.

Ademais, ainda pelo motivo de ser o CCEAR o único meio de comercialização no ACR, conclui-se que esse contrato é também parte dos meios de regulação do Setor Elétrico pela Administração.

Isso porque o CCEAR é ferramenta para que o Poder Público controle e coordene as compras e vendas de energia, sempre em função e em decorrência do planejamento do Setor, no âmbito de todo o território nacional, efetuado pelos órgãos específicos (como o ONS e a ANEEL).

O papel instrumentalizador do CCEAR, portanto, gera efeitos imediatos (i) para a viabilização da atividade de comercialização, (ii) para a manutenção das características básicas do Ambiente de Contratação Regulada, (iii) para efetivação das normas voltadas ao ambiente regulado, e, primordialmente, (iv) para a regulação pela Administração da compra e venda de energia no ACR.

De forma mediata, ou seja, de forma reflexa, pode-se dizer que o CCEAR também instrumentaliza a recepção de energia elétrica nas residências e indústrias que recebem energia oriunda do ACR.

E, para além da mera recepção de energia pelos consumidores finais, pode-se dizer que, indubitavelmente, o CCEAR interfere no preço que cada consumidor paga pela energia elétrica mensalmente, visto que o preço registrado na licitação de compra e venda de energia por meio de leilão integra o CCEAR e vincula as partes contratantes.

Em resumo, é seguro afirmar que a figura do CCEAR tem efeitos imediatos e mediatos sobre várias camadas sociais e econômicas, na medida em que instrumentaliza

desde a atividade de prestação do serviço de abastecimento de energia até o preço pago por energia pelos consumidores finais.

3.1.2 Contrato como marco inicial para pessoa jurídica

O segundo efeito notável do CCEAR é que, somente após sua celebração, qualifica-se a parte vendedora de energia como concessionária de serviço público de geração de energia elétrica, exploradora de determinado empreendimento.

Em outras palavras, antes da celebração do CCEAR, a pessoa jurídica interessada na exploração da atividade de geração de energia ainda não possui a outorga da concessão pelo Poder Concedente e, dessa forma, não possui a qualidade de prestador de serviço público de geração de energia.

Assim, vislumbra-se um fenômeno extremamente atípico no caso em estudo, visto que o CCEAR é origem, a um só tempo, da obrigação de compra e venda de energia nos termos da licitação como também cria e qualifica a pessoa jurídica vencedora da licitação como a adequada, ou seja, a concessionária, para a celebração do contrato.

A ocupação da empresa da posição de geradora de energia não se opera de início, como seria lógico supor, visto que seria razoável presumir que somente celebraria CCEAR aquele agente que já possui a faculdade de explorar empreendimento de geração e, posteriormente, fornecer energia.

Por essa razão, diz-se, aqui, que o Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado é marco inicial para a pessoa jurídica geradora de energia elétrica no ambiente regulado, pois, antes da celebração do contrato, a contratante é impossibilitada de adquirir a condição de concessionária de geração para venda no ACR.

Juridicamente, esse efeito certamente merece destaque, pois o CCEAR, ao passo que mantém um paralelo com o contrato de compra e venda e com contratos de administrativos de forma geral, também possui um traço ímpar, que consiste na bifurcação de seu objeto, passando esse a ser tanto a pactuação das formas de comercialização de energia quanto a viabilização de outorga de concessão de serviço público.

3.1.3 A contribuição para a segurança jurídica e econômica do Setor

Ao considerar-se que os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado possuem cláusulas fixadas sob o crivo do Poder Concedente, obrigando-se os contratantes a fornecer e adquirir a energia elétrica nos termos da licitação pública na modalidade de leilão, e ainda com base no princípio da confiabilidade de fornecimento, pode-se afirmar que o CCEAR contribui para a segurança jurídica e econômica do Setor.

De fato, a segurança jurídica e econômica do ACR se materializa na obrigatória transparência que os agentes que atuam no ambiente regulado possuem, especificamente quanto aos preços e às quantidades de energia pactuados, que, como já mencionado acima, correspondem aos lances oferecidos no leilão.

A fixação dos preços e quantidades de energia de antemão previne a ocorrência de um fenômeno comum nos mercados liberais: a alta artificial de preços. Isto é, a alta de preços que não corresponde a uma maior quantidade de oferta de energia ou a uma melhora de qualquer sorte na qualidade do produto oferecido.

Com efeito, a energia elétrica é considerada um bem altamente fungível, pois, apesar de diferir quanto à sua fonte (usinas térmicas, hidrelétricas, eólicas ou até mesmo

nucleares), não difere em relação à sua qualidade ou às suas características. Em outras palavras, energia elétrica é sempre a mesma, com os mesmos atributos.

Portanto, tendo em vista (i) a dificuldade em se conferir valor agregado à energia elétrica, por sua característica altamente fungível, e (ii) a necessidade de se garantir a modicidade tarifária aos consumidores finais de energia elétrica, haja vista se tratar de desempenho de serviço público, é imprescindível a publicidade e transparência do mercado regulado, em obediência ao princípio do interesse público e visando à segurança jurídica e econômica do Setor.

Ademais, acrescente-se que, devido ao fato de os agentes que comercializam energia no ACR conhecerem todo o procedimento de compra e venda regido pelo CCEAR, há uma sensível diminuição no risco para o investidor privado.

Ao haver diminuição do risco da atividade a ser desempenhada pelo particular (concessionário), abre-se maior margem para o planejamento interno da empresa privada, permitindo a sua atuação responsável, coordenada, e o cálculo apurado do retorno financeiro oriundo da atividade.

É de se registrar, por fim, que a Administração, por participar de todo o processo de comercialização de alguma forma (por exemplo, fiscalizando ou homologando a atuação dos agentes privados), reduz a chamada assimetria de informações⁵⁴ e tem maior facilidade na apuração de eventuais falhas no mercado, estando apta a corrigi-las de forma

⁵⁴ VILLELA, Annibal V. *et ali*. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional**. Texto para discussão n. 684, IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2009.

célere, minimizando possíveis danos ao Estado, aos consumidores e aos agentes de modo geral.

Ao cabo da análise dos principais efeitos jurídicos do CCEAR, extrai-se a conclusão de que o contrato sob exame é peça fundamental na organização do ACR, bem como possibilita o seu próprio funcionamento e garante a sua eficácia em termos de segurança jurídica e econômica para os agentes, a Administração e os consumidores finais.

3.2 Reflexões sobre o rumo da regulação do Setor Elétrico

A partir da apresentação da reforma do ordenamento jurídico relativo à regulação do Setor Elétrico pelo Estado desde o ano de 1993, e considerando-se a criação do CCEAR nos moldes da Lei n. 10.848/2004, com tamanhos efeitos jurídicos e econômicos sobre o mercado de energia do ACR, cumpre, nesse estágio da pesquisa, ressaltar algumas reflexões sobre o rumo da regulação do Setor Elétrico brasileiro.

Até o presente momento, apresentaram-se os pontos positivos da reforma do modelo antigo do Setor Elétrico. Entre as características positivas apontadas, são de maior relevância: (i) a gradual desestatização do mercado de energia, ao passo que o Estado passou a não explorar diretamente as atividades de geração, distribuição, transmissão e comercialização de energia, adotando a postura de fiscalizar sua execução por concessionários, o que viabilizou a maior quantidade de investimentos na infraestrutura do Setor, e (ii) a desqualificação tarifária, que permitiu que as concessionárias contabilizassem de forma diferenciada seus custos de exploração da atividade e propusessem tarifas aos consumidores finais distintas ao longo do território nacional.

Os pontos positivos relacionados acima guardam harmonia com a estrutura do contrato ora em análise (CCEAR), partindo-se da premissa de que esse negócio jurídico materializa grande parte das características da regulação do mercado pela Administração, motivo pelo qual foram discutidos em sequência neste trabalho.

Contudo, após a apresentação desse primeiro panorama, é imperioso alertar também para os efeitos negativos das mudanças que se refletem no modelo vigente de regulação. Isso se justifica pelo objetivo do trabalho, que não é o de apresentar uma visão propagandista, mas uma análise o mais real possível quanto aos efeitos da regulação.

O primeiro anverso da transparência e da segurança da regulação, se for feita em excesso, é a diminuição da concorrência, precisamente o caráter do mercado que se visa a proteger. De acordo com análise do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, a regulação em demasia aumenta os custos de transação⁵⁵, pelo que conclui-se que há uma vedação informal de entrada de novas empresas no mercado.

Os efeitos da baixa concorrência, de modo abstrato, consistem em (i) impactos nos preços do produto (energia elétrica), que em geral se elevam pela falta de incentivos das empresas já atuantes em baixar os preços já praticados; (ii) queda na produtividade, pelo mesmo motivo e, finalmente, (iii) queda nas melhorias tecnológicas⁵⁶ que poderiam ser observadas no Setor caso houvesse maior estímulo para a melhoria dos serviços desempenhados pelas empresas.

⁵⁵ VILLELA, Annibal V. *et alii*. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional.** Texto para discussão n. 684, IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2009.

⁵⁶ Idem.

No caso concreto, o que se observaria, provavelmente, seria uma tendência de que os agentes que podem atuar no ACL, de acordo com os critérios legais, o fizessem, buscando contratos bilaterais menos dispendiosos.

Além disso, é razoável afirmar que os distribuidores, que obrigatoriamente atuam no ACR, teriam prejuízos com a compra de energia mais cara do que os demais compradores que podem atuar fora do ACR, causando um desequilíbrio econômico-financeiro no sistema.

Além das consequências observáveis no excesso de regulação, verifica-se que a regulação em si, mesmo se não levada a efeito em demasia pelo Estado, gera conflitos. Esses conflitos, muitas vezes, decorrem da interpretação questionável conferida pelo agente regulador a determinado dispositivo legal, a determinada norma de Direito ou até a certa cláusula contratual.

Quando os agentes se deparam com situações como essas, não sendo possível solucioná-las no âmbito administrativo, acabam por levar as questões para o Judiciário⁵⁷, que não tem o mesmo aparato técnico, ou corpo técnico, para avaliar tais demandas, e, assim, acaba por proferir decisões de toda a sorte, provocando insegurança jurídica no Setor.

O ideal é que haja espaço para franco e aberto diálogo entre os agentes e o regulador, na tentativa de conciliar os interesses de ambos os lados dentro da esfera

⁵⁷ VILLELA, Annibal V. *et ali.* **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional.** Texto para discussão n. 684, IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2009.

administrativa, evitando-se a (i) morosidade dos processos judiciais e (ii) a inconsistência das decisões proferidas pelos tribunais.

Ao fazer uma criteriosa e minuciosa comparação dos agentes reguladores internacionais (britânicos e americanos, primordialmente), o IPEA⁵⁸ observa também que é fenômeno comum de enfraquecimento da regulação a alternância radical de partidos políticos no poder, haja vista que, sendo a atividade de regulação jungida à fiscalização do Setor com base na legislação nacional, a alteração brusca na legislação não poderia ser corrigida administrativamente pelo regulador.

No Brasil, a recente estabilidade econômica e política, devido à consolidação da democracia desde 1988 e ao controle da inflação e da economia, de modo geral, possibilitou uma constância positiva na legislação regulatória, sem alterações bruscas ou radicais.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE⁵⁹, por seu turno, indica a desigualização tarifária como fonte de outro problema: é possível que as classes de menor poder aquisitivo da população, que estão concentradas em maior número em determinadas regiões geográficas, paguem tarifas mais caras pelo consumo de energia elétrica do que classes de maior renda.

Isso ocorre em função da possibilidade de cada empresa concessionária contabilizar seus custos de forma diferente das demais e, via de consequência, repassar esses

⁵⁸ VILLELA, Annibal V. *et alii*. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional.** Texto para discussão n. 684, IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2009.

⁵⁹ DIEESE. Nota Técnica n. 58/2007. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec58TarifaEnergia.pdf>>. Acesso em 7 de outubro de 2009.

custos para o consumidor final, contribuindo para o incremento da desigualdade social já instalada no País.

Com base nessas reflexões, fica claro que o papel regulador do Estado deve ser exercido de forma responsável, imparcial e o mais técnica possível, evitando-se as possíveis desdobramentos negativos para os agentes e a população.

Nesse ponto, é importante destacar a função da ANEEL de equilibrar interesses contrapostos do Poder Público e dos particulares⁶⁰, uma vez que a energia não pode ser barata a ponto de afastar investimentos futuros (já foi demonstrado que o País necessita dos investimentos privados em grande monta, pois o Estado é incapaz de investir o suficiente), mas também não é possível onerar os consumidores em demasia.

Aqui, há de se considerar não só os consumidores residenciais, mas também os grandes consumidores, as indústrias, que infalivelmente, repassarão os custos para os seus respectivos produtos finais. Ocorrerá, assim, não só uma alta nos preços da energia, mas de toda a cadeia de produtos que tem a energia como parte do seu processo de produção (quase todos os produtos manufaturados).

Pedrosa adverte também para a necessidade de ponderação quando da intervenção no ambiente regulado. Se a intervenção for feita de forma coercitiva, segundo ele, haverá resultados apenas para os agentes já instalados, mas não serão atraídos novos

⁶⁰ PEDROSA, Paulo. **Desafios da regulação do Setor Elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.

investimentos, e, por outro lado, se forem utilizados “sinais econômicos adequados”⁶¹, todos os agentes vislumbrarão possibilidade de lucro e investirão do Setor.

⁶¹ PEDROSA, Paulo. **Desafios da regulação do Setor Elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto nesta pesquisa, desde o estudo dos princípios afetos ao Direito Administrativo até as especificidades da regulação do mercado de energia mediante os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado, alcançaram-se as seguintes conclusões quanto aos efeitos dos CCEARs:

(i) o amplo conceito de interesse público legitima a relativa mitigação da autonomia da vontade do particular ao celebrar o CCEAR, de modo que sua denominação pouco importa para a *praxis* regulatória, que está, em si, de acordo com os princípios do ordenamento jurídico pátrio;

(ii) o CCEAR é contrato deveras importante para a manutenção do modelo atual do Setor Elétrico, pois possui papel instrumentalizador da regulação do ACR, cria a pessoa jurídica adequada ou própria para celebrá-lo (qualifica o agente gerador como concessionário de serviço público) e garante a segurança econômica e jurídica do mercado, o que, tal qual se buscou comprovar, implica na majoração dos investimentos privados no Setor, fator imprescindível para a sua manutenção e aparelhagem, visto que o Estado não é capaz de investir o montante suficiente;

(iii) a reforma do Setor Elétrico e a regulação levada a efeito mediante a celebração do CCEAR são pontos positivos, mas podem ser nocivos (a) se o regulador acabar por restringir a concorrência e informalmente obstar a entrada de novos agentes no mercado; (ii) se não for aberto ao diálogo com os agentes, obrigando-os a levar demandas ao Poder

Judiciário, que não tem aparato técnico para avaliá-las propriamente; (c) se o Poder Legislativo não agir de forma responsável, alterando a legislação de forma brusca, colocando o regulador ao sabor das posturas políticas, que se materializam nas leis às quais o regulador está vinculado e, por fim, (d) se a desigualização tarifária culminar no aumento da desigualdade social.

A princípio, o foco e o tema do trabalho eram a natureza jurídica do CCEAR. Contudo, ao passo em que a pesquisa foi sendo desenvolvida e a bibliografia incorporada, percebeu-se que a rotulagem e a categorização do contrato não era aspecto importante para a prática da regulação, de modo que, sendo considerado em monografia de conclusão de curso de graduação como contrato administrativo puramente, como contrato coativo ou contrato de adesão, essa denominação dificilmente estimularia novas pesquisas acadêmicas na área e somente se prestaria a ratificar uma visão injusta e inverídica de que o Direito é ciência formalista e pouco prática.

Assim, na esteira da praticidade dos estudos acadêmicos, como sugestão para trabalhos futuros indicam-se:

(i) o estudo específico de atuações do regulador do mercado e seus impactos na cadeia de agentes envolvidos, o que poderia ser feito por meio da pesquisa sobre um determinado leilão de energia e a exploração de empreendimento pelo agente gerador;

(ii) a pesquisa no âmbito do Direito Econômico quanto aos meios de que pode se valer o regulador para garantir a concorrência no mercado de energia e, em última instância, promover a modicidade tarifária para os consumidores finais e

(iii) estudo comparativo entre a solução conferida pela ANEEL, no âmbito administrativo, para determinado conflito entre agentes do Setor e as variadas soluções dos tribunais para a mesma contenda, o que evidenciaria a necessidade de uniformização do tratamento desses conflitos pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

CCEE. **Histórico do Setor Elétrico Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.ccee.org.br/cceeinterdsm/v/index.jsp?vgnextoid=96a0a5c1de88a010VgnVCM10000aa01a8c0RCRD>>. Acesso em 6 de outubro de 2009.

DIEESE. **Nota Técnica n. 58/2007.** Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec58TarifaEnergia.pdf>>. Acesso em 7 de outubro de 2009.

DINIZ, Luiz Eduardo. Parecer, 2004, Procuradoria Federal da ANEEL.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

FILHO, Jorge Marques de Azevedo. **Imperativos da Descentralização e Coordenação da Operação Energética no Âmbito da Reforma Institucional do Setor Elétrico Brasileiro.** Dissertação de conclusão de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2000.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

LIMA, Fabio Almeida. **A Regulação por Contratos no Setor Elétrico Brasileiro: O contrato de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR e os leilões de energia.** Monografia de conclusão de curso de pós-graduação, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2006.

LIMA, Ricardo Gobbi. **Comercialização de Energia – Alguns Conceitos e Princípios in Regulação Jurídica do Setor Elétrico,** Coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 365-376.

MARCONDES, Mônica *et alii*. **O Processo de Reajustes Tarifários no Setor Elétrico Brasileiro.** Artigo disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2008/arquivos/P_ArmandoMonica_Tarifas.pdf>. Acesso em 6 de outubro de 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 91 e 92.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 295.

PEDROSA, Paulo. **Desafios da regulação do Setor Elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro in Regulação Jurídica do Setor Elétrico**, Coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 235-259.

VILLELA, Annibal V. *et alii*. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional**. Texto para discussão n. 684, IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2009.