

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito

Isadora Dutra Badra

**O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como limite à
intervenção do Estado no setor elétrico brasileiro**

Análise da Medida Provisória 579 à luz do princípio do equilíbrio econômico-
financeiro dos contratos de concessão

Brasília 2016

Isadora Dutra Badra

**O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como limite à
intervenção do Estado no setor elétrico brasileiro**

Análise da Medida Provisória 579 à luz do princípio do equilíbrio econômico-
financeiro dos contratos de concessão

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito à obtenção do título de bacharel em direito
no curso de Graduação em Direito do Instituto de
Direito Público de Brasília.

Brasília 2016

Isadora Dutra Badra

**O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como limite à
intervenção do Estado no setor elétrico brasileiro**

Análise da Medida Provisória 579 à luz do princípio do equilíbrio econômico-
financeiro dos contratos de concessão

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__.

Banca examinadora:

Professor(a):

Professor(a):

Professor(a):

Brasília 2016

RESUMO

O trabalho explica fundamentos básicos do setor elétrico brasileiro. Verifica o tratamento jurídico dado à exploração econômica da energia elétrica segundo a Constituição de 1988. Analisa a gestão política do Governo Federal e atuação da ANEEL no que tange ao setor elétrico nos últimos quatro anos. Faz considerações acerca da crise econômica iniciada no ano de 2015 e verifica em que medida ela foi impulsionada por suposto ferimento ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos por meio da edição da Medida Provisória 579/12.

Palavras-chave: Energia elétrica. Agência Reguladora. ANEEL. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

ABSTRACT

This paper explains Brazilian electricity sector fundamentals. Verifies the judicial treatment given to the economic exploration of electrical energy through 1988 Constitution. Analyses the Federal Government administration and ANEEL role in the electricity sector in the last four years. Makes considerations about the economic crisis started in 2015 and verifies if the Provisional Measure 579/12 failed the economic-financial equilibrium principle of the administrative contracts.

Keywords: Electricity energy. Regulatory Agency. ANEEL. economic-financial equilibrium principle of the administrative contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I. O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	
I.1) Fundamentos do Setor elétrico Brasileiro	12
<i>I.1.i) Elos da cadeia produtiva de energia elétrica</i>	12
<i>I.1.ii) Tipos de consumidores de energia</i>	14
<i>I.1.iii) Ambientes de contratação de energia</i>	15
<i>I.1.iv) O Sistema Interligado Nacional – SIN</i>	18
<i>I.1.v) O Operador Nacional do Sistema - ONS</i>	20
<i>I.1.vi) Mecanismo de Realocação de Energia – MRE –, Garantia Física e Compartilhamento do Risco Hidrológico pelos agentes do MRE.</i>	22
<i>I.1.vii) O Mercado de curto prazo de energia (Mercado Spot)</i>	25
<i>I.2.viii) Preço de Liquidação das Diferenças (PLD)</i>	26
I.2) O setor elétrico no ordenamento jurídico brasileiro	27
<i>I.2.i) Marco legal</i>	27
<i>I.2.ii) Serviço público, concessão e permissão</i>	28
<i>I.2.iii) A prorrogação dos contratos de concessão</i>	30
<i>I.2.iii) Licitação</i>	31
<i>I.2.iv) Política tarifária</i>	33
<i>I.2.v) Composição tarifária e mecanismos de atualização</i>	36
<i>I.2.vi) Os principais encargos setoriais na lei</i>	37
II. A MEDIDA PROVISÓRIA QUE EXCEPCIONOU A REGRA DE PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES	
II.1) Contextualização e propostas da MP 579/2012	38
II.2) Efeitos da MP 579/2012	45
<i>II.2.i) Sinal invertido de custo</i>	49

II.2.ii) Aumento do despacho térmico e do valor do PLD	51
II.2.iii) Exposição involuntária das distribuidoras	54
III. O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
III.1) Âmbito de aplicação pela doutrina e jurisprudência	
III.1) Do caráter bilateral dos contratos de concessão	59
III.2) Do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos	61
III.3) Da quebra do equilíbrio por fato do príncipe	65
III.4) O equilíbrio econômico financeiro dos contratos na Jurisprudência Brasileira – Caso VARIG	69
III.5) Do reajuste tarifário como garantia do equilíbrio financeiro	71
III.2) A MP 579 à luz do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão	
A MP 579/2012 feriu o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos?	79
IV. CONCLUSÃO	84
V. BIBLIOGRAFIA	86

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre quais foram as causas que levaram o Brasil a se perder em assombrosa crise econômica no ano de 2015. O aumento de gastos públicos, os gastos ineficientes e a elevação do preço das commodities são apontados por economistas como as principais causas do retrocesso econômico que promete perdurar por alguns anos¹.

Paralelamente, inúmeras foram as intervenções indiretas feitas pelo Governo Federal na economia brasileira nos últimos 10 anos. Dentre essas intervenções, merece destaque – por ter sido alvo das mais polêmicas discussões entre os estudiosos de economia e direito regulatório – a Medida Provisória 579/2012.

Anunciada em rede nacional no dia 11 de setembro do ano de 2012, pela então presidente Dilma Vana Rousseff, a referida Medida marcou o início de uma série de mudanças no setor que prometiam, acima de tudo, uma redução significativa do preço da energia elétrica para todos os consumidores brasileiros².

Por trás da prometida redução do preço da energia, havia, ainda, uma pretensão maior: a de impulsionar a economia brasileira e ampliar a competitividade nacional³.

¹ **MAKIE, Fiona** – editor -regional para América Latina da consultoria Economist Intelligence Unit. em entrevista sobre o Rebaixamento do Brasil na BBC Brasil* em:

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_economia_investimento_entrevista_hb

² Vale lembrar o discurso presidencial: "*Vou ter o prazer de anunciar a mais forte redução que se tem notícia neste país, nas tarifas de energia elétrica das indústrias e dos consumidores domésticos. A medida vai entrar em vigor no início de 2013. A partir daí, todos os consumidores terão sua tarifa de energia elétrica reduzida. Ou seja, a sua conta de luz vai ficar mais barata. Os consumidores residenciais terão uma redução média de 16,2%. A redução para o setor produtivo vai chegar a 28% (...).*"Discurso presidencial em 11 de setembro de 2012. Disponível em : <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-anuncio-de-reducao-do-custo-de-energia-brasil-2012> > acesso em 7 de julho de 2016.

³ Passagens do mesmo discurso de 11 de setembro de 2012:

"... a nossa maior preocupação é aumentar o investimento público e privado, elevar os níveis de eficiência e ampliar a competitividade da nossa economia porque sabe que isso é crucial para que continuemos distribuindo renda, elevando o emprego e reduzindo a pobreza.

... nessa nova etapa, os preços da energia vão contribuir para assegurar menor custo e maior competitividade às empresas e menor preço e mais qualidade de vida à população sem nenhuma mágica.

... para as empresas, energia mais barata significa menor custo de produção, e bens e serviços mais competitivos. [...] “

A redução das tarifas de energia, na verdade, tem impacto sobre toda a economia. Vai reduzir o

Três anos depois do anúncio de edição da MP 579/12, o país passou a enfrentar uma elevação drástica do preço da energia elétrica por todos os segmentos da sociedade, além do seguinte diagnóstico: i) maior taxa de juros do mundo [Selic 14,25%]; ii) Inflação acumulada 9,56 [IPCA]; iii) Desemprego em 10,2% [maior desde julho 2009]; vi) Dólar comercial a R\$ 3,90 [10 set 2015 16h46]⁴.

Ao mesmo tempo em que se iniciou a mencionada depreciação do cenário econômico brasileiro, a mídia nacional passou a delatar a ocorrência em larga escala do endividamento das concessionárias de energia, que sofriam prejuízos bilionários para conseguirem honrar com os compromissos firmados nos contratos de concessão e que, além disso, começaram a prestar serviços de baixa qualidade criando um ambiente hostil aos investidores externos⁵

No ano de 2014, o TCU realizou auditoria operacional para julgar os efeitos da Medida Provisória 579 e constatou que se *“Por um lado, os órgãos governamentais defenderam que 2012 era o momento certo para reduzir tarifa”, “Por outro, agentes do setor entenderam que a medida foi feita sem discussão e de forma precipitada, sem a avaliação de que a conjuntura poderia afetar a propalada redução.”*⁶

Diante das inúmeras controvérsias entre estudiosos do ramo a respeito dos efeitos benéficos e prejudiciais das mudanças trazidas pela MP 579/2012, emerge a curiosa hipótese objeto dessa pesquisa, qual seja a de que o Governo Federal, com a edição da Medida Provisória em análise, violou o princípio jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e acabou por colaborar para um cenário econômico de retrocesso no país.

custo das mercadorias, melhorar a participação do país na disputa internacional por mercados, criar mais empregos, reduzir a inflação e estimular maior crescimento.”

⁴ Portal IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br > acesso em 25 de agosto de 2016.

⁵ *“Setor elétrico ainda longe de se recuperar do endividamento das empresas”*> Disponível em > http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2016/04/22/internas_economia,755490/setor-eletrico-ainda-longo-de-se-recuperar-do-endividamento-das-empres.shtml > acesso em 9 de Novembro de 2016; [www.G1.com.br](http://www.g1.com.br) - *“Setor elétrico está endividado até com ele mesmo”*. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/setor-eletrico-esta-endividado-ate-com-ele-mesmo-diz-miriam-leitao.html> > acesso em 10 de dezembro de 2015.

⁶ Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. Página 10. **Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet:** AC-2565-38/14-P.

Para tanto, não é por puro formalismo técnico – mas por pretender ser acessível a qualquer leitor – que o trabalho explorará, em seu primeiro capítulo, os fundamentos básicos do setor elétrico, bem como a localização dos principais institutos e agentes do setor no ordenamento jurídico brasileiro.

Para essa etapa mais descritiva da estrutura do setor elétrico, serão utilizados, principalmente, websites e guias técnicos dos principais órgãos e agências responsáveis pela fiscalização e controle do setor elétrico brasileiro, bem como notas técnicas da ANEEL e pesquisas de entidades voltadas a elaboração de propostas de melhoria para o mercado de energia.

Para a segunda parte do primeiro capítulo – que propõe-se à apresentação do setor elétrico no ordenamento jurídico – serão trazidos a lume os dispositivos de lei que descrevem normas gerais do mercado de energia no Brasil e os principais institutos jurídicos que sofreram transformações por meio da edição da Medida Provisória 579/2012.

Por sua vez, o segundo capítulo dedica-se a averiguar as alterações específicas trazidas pela MP 579/2012 às normas que regulamentam o setor elétrico, e os efeitos dessas alterações para os agentes exploradores da atividade de fornecimento de energia, bem como para a economia brasileira de um modo geral.

Para análise dos efeitos práticos decorrentes da edição da MP 579/2012, serão utilizados, principalmente, estudos feitos pelo corpo técnico⁷ do Tribunal de Contas da União e do Ministério de Minas e Energia a respeito do assunto, bem como pesquisas científicas de reconhecidas instituições atuantes no setor elétrico brasileiro.

Após a apresentação das mudanças trazidas pela Medida Provisória 579/2012 e dos efeitos práticos dessas mudanças ao setor elétrico e à economia do país, o terceiro capítulo do trabalho dedica-se a aferir a amplitude de aplicação concedida pela doutrina e jurisprudência brasileiras ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, para, posteriormente, verificar a ocorrência ou não de sua violação.

⁷ Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações – SefidEnergia

A partir dos dados e análises destrinchados nos três primeiros capítulos, o quarto e último capítulo, por meio do método dedutivo, será dedicado à confirmação ou refutação da hipótese primordial de que a MP 579/2012 feriu o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e colaborou para o cenário econômico de retrocesso observado em 2015.

O que se pretende, de forma mais ampla, é averiguar se o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos – no modo como tem sido aplicado no ordenamento jurídico – poderia ter sido utilizado para evitar supostos efeitos prejudiciais da Medida Provisória 579/2012 às concessionárias de energia e, conseqüentemente, ao mercado brasileiro como um todo.

Espera-se que o trabalho possa servir de apoio àqueles que pretendem iniciar seus estudos em torno do setor elétrico brasileiro, bem como possa ser útil a todos aqueles que desejam aprofundar seus conhecimentos sobre o princípio jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

I. O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Este primeiro capítulo dedica-se a apresentar os institutos e conceitos básicos do setor elétrico e a localizá-los no ordenamento jurídico brasileiro como forma de tornar acessível a qualquer leitor o objeto principal da pesquisa.

A primeira parte do capítulo apresenta a estrutura do setor elétrico brasileiro, diferenciando os agentes que promovem o fornecimento do serviço, os tipos de consumidores que formam a sua demanda, os modos de contratação possíveis, bem como o funcionamento do Sistema Interligado Nacional com seus mecanismos de compartilhamento de riscos entre os agentes.

O segundo subtópico do capítulo, denominado “*O setor elétrico no ordenamento jurídico brasileiro*”, se volta a apresentar as principais normas regulamentadoras da atividade de exploração de energia elétrica na Constituição Brasileira e nas leis infraconstitucionais, com o fim de ambientar o leitor quanto às mudanças trazidas pela MP 579.

I.1) Fundamentos do setor elétrico brasileiro

I.1.i) *Elos da cadeia produtiva de energia elétrica*

No Brasil, a produção de energia se dá somente em centrais hidrelétricas, termelétricas, movidas a carvão, biomassa ou derivados de petróleo. Contudo, há a predominância da produção de energia por centrais hidrelétricas, responsáveis por aproximadamente 61% da geração total⁸.

A cadeia produtiva do Setor elétrico brasileiro é composta pelas atividades de geração, transmissão, e distribuição de energia elétrica.⁹

Os chamados geradores são os produtores, responsáveis pela transformação de outras formas de energia (química, mecânica, radiante, potencial ou nuclear) em energia elétrica.

⁸ Empresa de Pesquisa energética, Balanço Energético Nacional 2011/2012. Disponível em : https://ben.epe.gov.br/downloads/Resultados_Pre_BEN_2012.pdf.> Acesso em 22 de julho de 2016

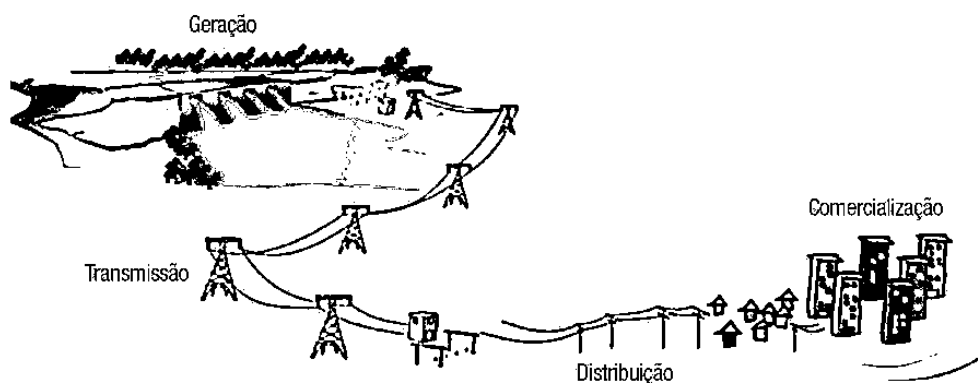
⁹ Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em www.aneel.com.br

A transmissão, também denominada “rede básica”, corresponde à infraestrutura responsável por transmitir energia em alta tensão, a longas distâncias, das usinas geradoras até as distribuidoras de energia¹⁰.

Já a distribuição, envolve as redes locais que, ao receberem a energia das linhas de transmissão, são responsáveis pela diminuição da sua tensão e pela entrega da energia ao consumidor final. A título de curiosidade, atualmente existem 63 distribuidoras de energia no país que atendem mais de 67 milhões de consumidores.¹¹

Assim, a interligação entre os três elos da cadeia produtiva de energia elétrica se dá conforme a ilustração abaixo:

Figura 1 –Cadeia Produtiva do setor elétrico
Fonte: ANEEL.



A transmissão e a distribuição de energia participam de uma estrutura de mercado específica denominada Monopólio Natural¹², que ocorre quando os investimentos iniciais (custos fixos) para implantação de uma infra estrutura são elevados, mas os custos para a incorporação de um novo usuário nessa rede são baixos.

¹⁰ Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor> > acesso em 10 de Agosto de 2016.

¹¹ Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica: Disponível em: idem > acesso em 10 de Agosto de 2016.

¹² Os estudiosos da economia divergem quanto à existência, ou não, de vantagens do sistema regulado para os ditos “Monopólios Naturais”. Os defensores da tese de que os monopólios naturais de fato existem, o definem como situações de mercado, onde uma única empresa seria capaz de suprir a demanda pelo produto ou serviço, com custos inferiores aos que ocorreriam, se houvesse mais de uma empresa atuando no mercado.

Nesse tipo de mercado, o preço de fornecimento do serviço diminui à medida que maiores usuários são incorporados à rede, o que faz com que seja economicamente mais viável ter apenas uma empresa prestadora daquele serviço no mercado, sendo o monopólio o arranjo econômico “naturalmente” esperado daquele setor.

1.1.ii) Tipos de consumidores de energia

Os consumidores de energia elétrica podem ser classificados como livres ou regulados.

São chamados consumidores regulados, ou, cativos, aqueles consumidores que necessariamente adquirem energia das distribuidoras que atendem a sua região¹³. Estes são os consumidores residenciais e pequenos comerciantes, que recebem mensalmente uma conta de luz da concessionária de distribuição, por meio da qual são cobrados na forma de tarifas¹⁴ pelos custos : da própria energia; de sua transmissão; e de sua distribuição.

Já os consumidores livres, são aqueles que adquirem energia diretamente da fonte geradora, de forma autônoma ou por meio de um comercializador de energia. Assim, pagam à distribuidora somente o valor do custo de transporte da energia adquirida até o seu destino¹⁵, uma vez que o preço da energia é negociado livremente com seu produtor.

Conforme a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia Elétrica – ABRACEEL – o consumidor livre é responsável por gerir seus próprios erros, incertezas e acertos na decisão de contratação:

¹³ Câmara de Comercialização de Energia elétrica: **Ambiente Livre e Ambiente Regulado** https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/ambiente-livre-ambiente-regulado?_afzLoop=337295008612872#%40%3F_afzLoop%3D337295008612872%26_adf.ctrl-state%3D1b3v0h7p5j_4

¹⁴ A conta de energia elétrica repassada ao consumidor cativo inclui em seu saldo devido as seguintes tarifas : Tarifa de Energia – TE – ; referente ao preço da energia como insumo, Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD –; e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST_.

¹⁵ O Consumidor Livre não paga pela tarifa de energia mas apenas pelas tarifas relativas ao uso das linhas de transmissão e distribuição.

“para o consumidor livre a energia é livremente negociada. O consumidor tem obrigação de comprovar 100% de contratação, após a medição do montante consumido. O valor de sua energia é resultante de sua opção individual de compra, que poderá incluir contratos de diferentes prazos e maior ou menor exposição ao preço de curto prazo. No mercado livre o consumidor é responsável por gerir incertezas e por seus erros e acertos na decisão de contratação. Assim, o consumidor livre toma para si a tarefa de gerir suas compras de energia e os riscos associados”¹⁶

Para possuir a condição de consumidor livre, no entanto, o agente deve demandar uma carga mínima de energia definida por lei¹⁷. São consumidores livres, portanto, os consumidores industriais, superenergéticos.

1.1.iii) Ambientes de contratação da energia

Com o advento do seu mais novo modelo normativo, conformado pela Lei n. 10.848/2004 e pelo Decreto n. 5.163/2004, o setor elétrico brasileiro foi dividido em dois diferentes ambientes de contratação de energia elétrica, o Ambiente de Contratação Regulada – ACR – e o Ambiente de Contratação Livre – ACL –, cujos participantes são apontados no artigo 1º da Lei n. 10.848/2004:

“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.
§ 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.
§ 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.”¹⁸

¹⁶ DIFERENÇAS ENTRE CONSUMIDORES LIVRES E CATIVOS.- Disponível no site da Associação Brasileira dos comercializadores de energia: http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19150

¹⁷ Os artigos 15 e 16 da Lei 9.074 definem a unidade consumidora que pode ser enquadrada como livre.

¹⁸ BRASIL. Lei 10.848. artigo 1º

A partir de então, a contratação de energia pode se dar por meio do Ambiente de Contratação Regulado (ACR) ou do Ambiente de Contratação Livre (ACL) a depender do tipo de consumidor e da forma de contratar¹⁹.

No Ambiente de Contratação Regulado, ou “Mercado Regulado” são firmados contratos entre as distribuidoras e os produtores de energia com vistas ao atendimento do serviço público de energia aos consumidores residenciais e pequenos comerciantes. Este ambiente é assim definido pela ANEEL:

“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”²⁰

A licitação a que se refere a ANEEL é o próprio Leilão de energia, “o processo Licitatório promovido pelo poder público com vistas a se obter energia elétrica em um prazo futuro (pré-determinado nos termos de um edital), seja pela construção de novas usinas de geração elétrica, linhas de transmissão até os centros consumidores ou mesmo a energia que é gerada em usinas em funcionamento e com seus investimentos já pagos, conhecida no setor como ‘energia velha’”²¹.

É a própria Lei²² que exige que os contratos no Ambiente Regulado só possam ser firmados nos leilões de compra e venda de energia²³. Isso pois os leilões, como qualquer processo licitatório, visam a garantir o atendimento ao interesse público e igualdade de oportunidades à aqueles que pretendem contratar com o Estado.

¹⁹ O ACR bem como o ACL são definidos por meio do **Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004 da ANEEL**.

²⁰ Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/ambiente-de-contratacao-regulada-acr>: acesso 8 de setembro de 2015.

²¹ Associação Brasileira de Distribuidores de energia elétrica –ABRADEE – Disponível em : <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/leiloes-de-energia>> Acesso em 8 de agosto de 2016.

²² A Lei 10.848/04 em seu artigo 1º, § 2º dispõe o seguinte: “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”

²³ Câmara de Comercialização de Energia Elétrica: **Tipos de leilão**. Disponível em : https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/tipos_leiloes_n_logado?_afLoop=344744887956804#%40%3F_afLoop%3D344744887956804%26_adf.ctrl-state%3D1b3v0h7p5j_30 > acesso em 30 de setembro de 2016.

Com vistas ao interesse público é que, nestes leilões, as distribuidoras compram energia ao menor preço ofertado pelos geradores, garantindo o suprimento da demanda dos consumidores regulados do país.

No caso dos leilões de “energia nova”, as concessionárias são ressarcidas, ao longo dos anos de concessão, pelos custos iniciais de construção das usinas ou das linhas de transmissão e distribuição.²⁴ Logo, são incluídos no preço da “energia nova” os custos dos investimentos para a construção e entrada em operação das usinas recém construídas ou das linhas de transmissão e distribuição recém construídas, os chamados “custos não amortizados”.

A inclusão desses custos na conta de energia permite a sua amortização, ou seja, a recuperação dos valores investidos inicialmente pelo concessionário.

Por essa razão, ou seja, por incluir ao preço da tarifa de custo do serviço o valor da amortização é que a *energia nova* é mais cara que a *energia velha*.

São chamados leilões de “energia nova”²⁵, aqueles que envolvem contratos de longa duração²⁶, e se realizam no quinto ou no terceiro ano anterior ao início do fornecimento²⁷.

Já os leilões de “energia velha”, destinam-se a complementar a quantidade de energia necessária ao atendimento do mercado das distribuidoras caso haja necessidade. Nestes leilões, as contratações para fornecimento de energia são de curto prazo, podendo variar de 3 a 5 anos.

Como é possível notar, o mercado Regulado não segue a lógica da livre concorrência, pois não há neste mercado liberdade de escolha do consumidor quanto aos preços e a qualidade do produto ou serviço oferecido, mas há, portanto, a atuação reguladora do Estado.

²⁴ Câmara de Comercialização de Energia Elétrica: **Tipos de leilão**. Disponível em : Idem. > acesso em 30 de setembro de 2016.

²⁵ São chamados A-5 ou A-3 a depender da quantidade de anos que antecedem a realização do Leilão. Para firmar contratos de longa duração, há ainda, leilões específicos nos quais os geradores se comprometem a atender a um dado mercado em troca do direito de construção de grandes projetos (como Jirau, Santo Antônio e Belo Monte)

²⁶ Os contratos de longa duração são de 30 anos para as hidrelétricas e 15 para as termelétricas.

²⁷ Câmara de Comercialização de Energia Elétrica: **Tipos de leilão**. Disponível em : Idem.

A atividade reguladora do setor elétrico, feita pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)²⁸, consiste em um conjunto de trabalhos voltados ao controle e fiscalização do preço da energia elétrica bem como da qualidade do serviço prestado pelas concessionárias aos consumidores regulados²⁹.

O Ambiente de Contratação Livre³⁰, por sua vez, é o mercado aonde os consumidores livres negociam por sua conta e risco, diretamente com os geradores³¹ de energia, o preço e o tempo de fornecimento da energia contratada.

Segundo dados da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, atualmente o mercado livre de energia representa, aproximadamente, 27 % da carga do Sistema Interligado Nacional:

Figura 2 - Proporção ACL e ACR.

Fonte : inforMercado CCEE / Agosto 2016

Ambiente	ago/16	Representatividade (%)	set/16	Variação (%)	ago/15	Representatividade (%)	Variação (%)
		ago/2016		ago/16 - set/16		ago/2015	ago/16 - ago/15
ACR	43.957	72,9%	43.630	-0,7%	44.982	75,7%	-2,3%
ACL*	16.352	27,1%	16.112	-1,5%	14.477	24,3%	11,5%
Tota	60.309	100,0%	59.742	-0,9%	59.459	100,0%	1,4%

* Inclui o consumo da classe gerador

1.1.iv) O Sistema Interligado Nacional

Consideradas as dimensões continentais do país e o fato de as quedas d'água se encontram a enormes distâncias dos consumidores finais, o Brasil foi obrigado a desenvolver a maior malha de transmissão de energia elétrica do mundo³².

²⁸ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi criada para regular o setor elétrico brasileiro, por meio da **Lei nº 9.427/1996** e do **Decreto nº 2.335/1997**.

²⁹ ANEEL . competências da agência. Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/competencias?inheritRedirect=true> > acesso em 9 de agosto de 2016.

³⁰ Decreto 5.163 – ANEEL Artigo 1º §2º, II - II - Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

³¹ Os geradores participantes do mercado livre são chamados de Produtores Independentes de Energia (PIE) ou Auto-Produtores (APE), caso invistam em usinas próprias para o atendimento de seu consumo.

³² **Ministério de Minas e Energia.** A rede de transmissão de energia elétrica no Brasil é de 107,4 mil quilômetros de extensão – distância equivalente a mais de duas vezes e meia a circunferência da Terra.> Portal Brasil. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/rede-de-transmissao-supera-107-mil-quilometros> > acesso em 3 de novembro de 2016.

civil sem fins lucrativos, composta apenas por engenheiros e técnicos do sistema elétrico³⁵

1.1.v) O Operador Nacional do Sistema

No Brasil, “*com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados*”³⁶, foram acometidas ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS – as funções de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional³⁷.

Estão entre as funções do ONS as seguintes:

- i) Analisar a carga de oferta e demanda de energia
- ii) Propor ampliações e reforços na Rede básica de fornecimento
- iii) Avaliar condições futuras, históricos de operação
- iv) Avaliar a operação de curso prazo
- v) Elaborar indicadores de desempenho do sistema
- vi) Administrar serviços de transmissão³⁸

A operação física das usinas de geração integrantes do SIN é feita de forma centralizada pelo Operador Nacional, que toma em consideração “*condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas*”³⁹.

Extrai-se da Nota Técnica 15/2015-SRM/SRG/ANEEL, boa explicação sobre o principal papel do ONS:

³⁵ Disponível em : http://www.ons.org.br/institucional_linguas/o_que_e_o_ons.aspx> acesso em 20 de julho de 2016.

³⁶ Artigo 13, parágrafo único, alínea “a”, da Lei nº 9.648/98.

³⁷ Artigo 13, *caput*, da Lei nº 9.648/98:

“*Art. 13. 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...*”

³⁸ Atuação do ONS sobre o SIN. Disponível em : <http://www.ons.org.br/atuacao/index.aspx>> acesso em 21 de julho de 2016.

³⁹ COELHO. Julião Silveira; parecer técnico “*Despacho de térmicas fora da ordem de mérito*” disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/006/contribuicao/tractebel_joao_jose_cas_caes_dias_parecer_juridico.pdf

“cabe ao ONS, a tarefa de gerenciar a produção de energia elétrica das usinas do SIN de forma a minimizar o custo total de operação do sistema. Essa tarefa é realizada mediante a utilização de modelos matemáticos (NEWAVE e DECOMP), cujo objetivo é encontrar a solução ótima de equilíbrio entre o benefício presente do uso da água e o benefício futuro de seu armazenamento, medido em termos da economia esperada dos combustíveis necessários para operar as usinas termelétricas.”⁴⁰

Assim, o Operador Nacional do Sistema, na busca por otimizar a produção de energia ao menor preço, defere despacho das usinas interligadas por ordem de mérito, para produção de energia pelo menor custo possível. Ou seja, as usinas mais baratas para atender a uma determinada demanda são as primeiras a serem acionadas, em sequência das mais caras e assim por diante⁴¹

Dessa forma, *“o proprietário de uma usina sujeita a despacho centralizado não tem controle sobre sua produção, produção essa que não necessariamente corresponderá aos compromissos mercantis do gerador”⁴².*

As Regras de comercialização versão 2007, editadas pela Câmara de Comercialização de energia em seus módulos 4 e 5 descrevem a forma de atuação do Operador Nacional como feita com base em uma cadeia de modelos de otimização do uso da água estocada nos reservatórios:

“As gerações das usinas hidrelétricas e térmicas estão sujeitas ao despacho centralizado efetuado pelo ONS, considerando as disponibilidades das usinas que estão em condições de geração. Estas usinas são despachadas de modo a se obter minimização dos custos operativos e o menor custo marginal, em vista das afluências hidrológicas e armazenamento de água dos reservatórios, dos preços ofertados pelas usinas térmicas e as restrições operativas. Dessa forma, os perfis de geração dos Agentes sujeitos ao despacho centralizado, independente de seus compromissos de venda de energia baseados em seus certificados de Energia Assegurada, não têm controle sobre seu nível de geração.”⁴³

⁴⁰ Nota técnica 15/2015-SRM/SRG/ANEEL. Disponível em : http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/001/documento/nota_tecnica_15.2015-srm-srg-aneel.pdf> acesso em 26 de agosto de 2016.

⁴¹ ANEEL . Boletim energia nº 227. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/boletim277.htm> > acesso em 7 de novembro de 2016.

⁴² COELHO. Julião Silveira; parecer técnico “Despacho de térmicas fora da ordem de mérito” disponível em : Idem.

⁴³ Regras de Comercialização/Versão 2007 da CCEE – “Módulo 5 – Encargos de Serviços do Sistema” página 5 .

“O Brasil, devido à predominância hidráulica do parque gerador, decidiu adotar o modelo de despacho centralizado (‘tight pool’), em que o Operador Nacional do Sistema (ONS) decide o montante a ser despachado por cada usina integrante do sistema interligado, com base em uma cadeia de modelos de otimização do uso da água estocada nos reservatórios.”⁴⁴

Portanto, é com base em modelos matemáticos que o Operador Nacional decide o montante a ser despachado por cada usina do SIN, e os agentes submetidos ao despacho centralizado não tem controle sob seus níveis de geração.

Nesse modelo, as usinas térmicas, por serem mais caras e mais poluentes, somente são acionadas pelo despacho de mérito quando as hidrelétricas são insuficientes para o suprimento da demanda de energia. Essas usinas poderão, ainda, serem acionadas fora da ordem de mérito quando houver a necessidade de contribuição para aumento do nível dos reservatórios das hidrelétricas⁴⁵.

Pelo fato de o despacho centralizado não levar em conta os compromissos feitos por cada gerador em seus contratos de compra e venda de energia, o Operador Nacional do Sistema utiliza-se de alguns mecanismos para garantir que a atuação comercial dos geradores de energia não seja diretamente afetada pelas condições externas que, por vezes, afetam os níveis de produção de energia.

O Mecanismo de Realocação de Energia, a ser explorado no próximo tópico, foi a melhor forma encontrada pelo ONS para o compartilhamento de riscos hidrológicos entre os agentes do sistema.

1.1.vi) Mecanismo de Realocação de Energia – MRE –, Garantia Física e Compartilhamento do Risco Hidrológico pelos agentes do MRE.

É sabido que a produção de energia está diretamente relacionada às condições climáticas de cada período. Em virtude da variação constante da vazão afluente, as usinas hidrelétricas são as que mais sofrem com a produção da energia em determinadas faixas do ano.

⁴⁴ Regras de Comercialização/Versão 2007 da CCEE – “Módulo 5 – Encargos de Serviços do Sistema” página 5 .

⁴⁵ Nesses casos, serão pagos por meio da cobrança encargos cobrados de todos os usuários dos sistema, denominados Encargos de Serviço do Sistema.

Considerando-se que, por conta do despacho centralizado, os geradores não tem liberdade de produção da energia quando bem entendem, o ONS reconheceu a necessidade de colaboração entre os agentes geradores no sentido de cumprirem os seus compromissos contratuais.

Assim, considerando que o despacho das usinas do SIN se dá de forma centralizada por ordem de mérito de custo, conforme explicado, concebeu-se, nos termos da Lei 10.848/04, um instrumento financeiro que visa o compartilhamento dos riscos hidrológicos entre as usinas hidrelétricas do Sistema Interligado Nacional – SIN, qual seja, o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)⁴⁶.

A regulamentação do Mecanismo de Realocação de Energia, que se encontra basicamente no Decreto 2655/1998, prevê sejam impostos limites de contratação da venda de energia aos agentes geradores, com base no montante de energia assegurada ao empreendimento, ou, seja, com base na fração a ele alocada de energia assegurada do sistema como um todo:

“Art. 21. A cada usina hidrelétrica corresponderá um montante de energia assegurada, mediante mecanismo de compensação da energia efetivamente gerada. [...]”

§ 2º Considera-se energia assegurada de cada usina hidrelétrica participante do MRE a fração a ela alocada da energia assegurada do sistema, na forma do disposto no caput deste artigo.

§ 3º A energia assegurada relativa a cada usina participante do MRE, de que trata o parágrafo anterior, constituirá o limite de contratação para os geradores hidrelétricos do sistema, nos termos deste regulamento.”

Desse modo, energia total gerada em um dado mês é rateada pelos empreendimentos de geração na proporção de suas garantias físicas. A garantia física,

⁴⁶ BRASIL, Lei 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:

VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;”

por sua vez é a quantidade de energia total assegurada⁴⁷ que cada empreendimento pode fornecer ao sistema por um dado critério de garantia de suprimento⁴⁸.

O Mecanismo de Realocação, portanto, garante a cada um dos geradores interligados uma parcela da energia total assegurada produzida pelo Sistema Interligado Nacional (SIN), que determina o limite de suas contratações.

Esse compartilhamento da energia total assegurada visa possibilitar que independente dos níveis mensais de geração efetiva individual, as usinas participantes do MRE possam obter parte da energia produzida total de maneira proporcional às suas garantias físicas. Ou seja, em um cenário ideal, a energia total do sistema iguale-se à soma das garantias físicas de todas as usinas.

O MRE foi concebido para que os geradores, na proporção de sua capacidade produtiva, tenham energia elétrica para comercializar independentemente de seus níveis individuais de geração.

Assim ocorre o compartilhamento do risco hidrológico entre as usinas, pois, ainda que não produzam em um dado mês, os geradores terão, ao final do mês, a parcela da energia que lhes for assegurada de maneira proporcional à sua capacidade de produção.

Há, portanto, uma dissociação entre operação comercial e operação física das usinas, mas o MRE garante que o produtor possa estimar a quantidade de energia

⁴⁷ A energia assegurada do sistema elétrico brasileiro é a máxima produção de energia que pode ser mantida quase que continuamente pelas usinas hidrelétricas ao longo dos anos, simulando a ocorrência de cada uma das milhares de possibilidades de seqüências de vazões criadas estatisticamente, admitindo certo risco de não atendimento à carga, ou seja, em determinado percentual dos anos simulados, permite-se que haja racionamento dentro de um limite considerado aceitável pelo sistema. Na regulamentação atual, esse risco é de 5%. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno3capa.pdf> > acesso em 18 de novembro de 2016.

⁴⁸ Observe-se que o Decreto 5.163/04, artigo 2º, § 2º:

§ 2o A garantia física de energia e potência de um empreendimento de geração, a ser definida pelo Ministério de Minas e Energia e constante do contrato de concessão ou ato de autorização, corresponderá às quantidades máximas de energia e potência elétricas associadas ao empreendimento, incluindo importação, que poderão ser utilizadas para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos.

disponível para comercialização e, dessa forma, vislumbrar o fluxo de caixa dos projetos de geração⁴⁹.

1.2.vii) O Mercado de curto prazo de energia (Mercado Spot)

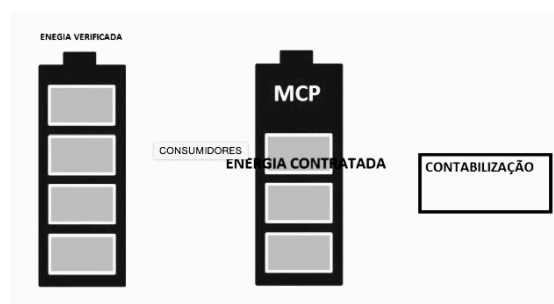
A energia elétrica distingue-se de outros bens pela dificuldade de estocagem e pela necessidade de adaptação, em tempo real, do nível de produção ao nível de demanda, que pode ser extremamente variável.

Caso a energia gerada ou alocada pelas usinas do MRE seja superior à já vendida por meio dos contratos, a diferença representa o montante de energia vendida no mercado de curto prazo⁵⁰.

Quando, ao contrário, a energia gerada ou alocada pela usina é inferior à contratada, o agente fica exposto ao mercado de curto prazo, ou seja, deverá, necessariamente, comprar o excedente de energia a um preço superior no mercado de curto prazo, conforme ilustra a figura abaixo :

Figura 4 : Mercado de Curto Prazo

Fonte : <http://www.mercadolivredeenergia.com.br>



Assim, no mercado no *Spot* ocorre a compra e venda da energia elétrica produzida excedente à que já foi vendida nos contratos de compra e venda dos ambientes regulado e livre. O mercado Spot é, portanto, “o segmento [...] onde se negocia a energia não contratada bilateralmente e as eventuais sobras de contratos

⁴⁹ COELHO. Julião Silveira; parecer técnico “Despacho de térmicas fora da ordem de mérito” página disponível em : http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/006/contribuicao/tractebel_joao_jose_cas_caes_dias_parecer_juridico.pdf

⁵⁰ COELHO. Julião Silveira; parecer técnico “Despacho de térmicas fora da ordem de mérito” página disponível em : Idem. Página

bilaterais”⁵¹

1.2.viii) Preço de Liquidação das Diferenças (PLD)

O artigo 57 do Decreto 5163/2004 que regulamenta as regras de comercialização de energia elétrica no Brasil, determina que a contabilização e a liquidação mensal no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD.

Desse modo, o preço da energia vendida no mercado de curto prazo recebe o nome de “Preço de Liquidação das Diferenças” – PLD –, definido pelas regras de comercialização aprovadas pela Resolução Normativa nº 254 de 27 de fevereiro de 2007, da seguinte forma:

*“O PLD é um valor determinado semanalmente para cada patamar de carga com base no **Custo Marginal de Operação**, limitado por um preço máximo e um mínimo vigente para cada Período de Apuração e para cada Submercado, pelo qual é valorada a energia comercializada no Mercado de Curto Prazo.”*⁵²

O Custo Marginal de Operação, por sua vez, é o custo de se produzir o próximo MW/h necessário ao sistema elétrico, levando-se em conta a previsão de demanda de energia, as condições hidrológicas, a entrada de novos projetos e a disponibilidade de equipamentos de geração e transmissão⁵³.

Assim, o cálculo do valor do PLD, que leva em conta todas essas variáveis, é feito semanalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica por meio da utilização de modelos computacionais⁵⁴ e “*têm por objetivo encontrar a solução ótima de equilíbrio entre o benefício presente do uso da água e o benefício futuro de*

⁵¹ Definição constante do rol de definições apresentadas no Título I do Acordo de Mercado homologado pela Resolução n. 018, de 28 de janeiro de 1999.

⁵² P. 5 do Módulo 1. - “*Módulo 1 – Preço de Liquidação das Diferenças*” Disponível em www.ccee.org.br > acesso em 7 de julho de 2016.

⁵³ Preços CCEE. Disponível em : https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/precos?_afLoop=351555162831076 > acesso em 21 de novembro de 2016.

⁵⁴ NEWAVE e DECOMP.

seu armazenamento, medido em termos da economia esperada dos combustíveis das usinas termelétricas”⁵⁵.

Cumpra à ANEEL, no entanto, a determinação mensal dos valores máximo e mínimo do PLD, conforme os parágrafos 2º e 3º do artigo 57 do Decreto n. 5.163/2004⁵⁶

O §2º do artigo 57, determina que para calcular o limite máximo do PLD, a ANEEL deve *“levar em consideração os custos de geração das usinas termelétricas disponíveis para despacho centralizado”*.

Assim, há uma relação de proporcionalidade direta entre o despacho de usinas térmicas e o preço máximo da energia no mercado de curto prazo. Pode-se dizer que quanto maior for o custo de operação das usinas térmicas despachadas por ordem de mérito, maior será o valor do PLD.

É por isso que o preço da energia no mercado de curto prazo costuma ser bem superior ao preço da energia contratada no mercado regulado. Então, diz-se que os agentes ficam “expostos” ao valor do PLD quando, havendo saldo negativo entre a energia gerada ou alocada e a energia contratada livremente, estes agentes sejam forçados a adquirir energia no mercado de curto prazo ao valor do PLD.

I.2) O setor elétrico no ordenamento jurídico brasileiro

I.2.i) Marco legal

São diversos os diplomas legais que regulamentam o funcionamento geral do setor elétrico brasileiro. No entanto, algumas leis merecem maior atenção para fins de compreensão das mudanças trazidas pela MP 579/2012. São elas:

⁵⁵ Preços CCEE. Disponível em : https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/precos?_afLoop=351555162831076 > acesso em 21 de novembro de 2016.

⁵⁶ Artigo 57 do Decreto 5163/2004 : “§ 2º O valor máximo do PLD, a ser estabelecido pela ANEEL, será calculado levando em conta os custos variáveis de operação dos empreendimentos termelétricos disponíveis para o despacho centralizado.

§ 3º O valor mínimo do PLD, a ser estabelecido pela ANEEL, será calculado levando em conta os custos de operação e manutenção das usinas hidrelétricas, bem como os relativos à compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos e royalties”

A Constituição Federal de 1988, que define como bens da União os potenciais de energia hidráulica (Artigo 20, VIII); determina a competência da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. (Artigo 20, VIII); e estabelece como incumbência do poder público a prestação de serviços públicos por meio direto ou mediante regime de concessão e permissão (Artigo 175).

A Lei 8987/1995 estabelece o regime geral de concessões e permissões de serviços públicos na forma do artigo 175 da Constituição Federal e define os direitos e obrigações dos usuários e contratantes, as regras de contratação e política tarifária.

A Lei 9074/1995, uma das leis mais alteradas pela nova disciplina da Medida Provisória 579/2012, determina normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.

A Lei 9427/1996 que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica estabelecendo suas atribuições, e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A Lei 10.848/2004 dispõe sobre a comercialização de energia elétrica entre todos os agentes do setor bem como destes com seus consumidores, estabelece os tipos de contratação regulada e livre (art.1º), autoriza a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica a viabilizar a comercialização de energia entre os agentes (art 4º).

Por fim, o decreto 5163/2004 regulamenta a comercialização de energia, difere as regras de compra e venda de energia nos Ambientes de contratação Regulado e Livre.

1.2.ii) Serviço público, concessão e permissão

Em suas origens, o serviço público referia-se somente àquelas atividades prestadas diretamente pelo Estado para a satisfação das necessidades primárias da sociedade⁵⁷.

⁵⁷ RODRIGUES, Tatiane Barbosa. A prestação de serviços públicos frente à ordem econômica. In “*O patriarca*” Revista do curso de Direito UNIPAC Araguari., v.6, n.6.

Contudo, no decorrer da história do Brasil, de acordo com a aproximação ou distanciamento do ordenamento jurídico aos princípios do liberalismo, o conceito de serviço público sofreu diversas alterações⁵⁸.

Diante da falência do modelo arcaico do Estado-empresário, vigente até a década de 90 no país, surge, com inspiração no sistema jurídico norte-americano, o modelo de Estado regulador, ao qual incumbe o controle e a fiscalização da exploração de atividades públicas. A partir de então, essas atividades são também realizadas também pelos particulares⁵⁹.

No atual Estado do bem estar social, serviço público pode ser definido de forma objetiva como sendo *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”*⁶⁰.

Vê-se que, hodiernamente, o conceito de serviço público se alarga para abranger as atividades prestadas pelos particulares mediante os regimes de concessão, permissão ou autorização para a satisfação das necessidades básicas da sociedade.

Assim determina o artigo 21 da Carta Magna: *“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, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”*⁶¹

O fornecimento de energia elétrica é considerado um desses serviços públicos que incumbe ao Estado, ao qual está reservada a propriedade de exploração dos potenciais hidroenergéticos do país, de acordo com o artigo 20 da Constituição⁶²;

Sobre a forma de prestação de serviços públicos pelas concessionárias e permissionadas, o artigo 175, parágrafo único da Constituição Federal determina que

⁵⁸ HENZE, Alexander Siebeneichler. A intervenção do Estado na Ordem Econômica: As agências Reguladoras. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/93270>> Acesso em 10 de julho de 2016.

⁵⁹ HENZE, Alexander Siebeneichler. Idem.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 301.

⁶¹ “BRASIL, Constituição da República. Art. 21: XII, b.

⁶² “BRASIL, Constituição da República. Art. 20. :”São bens da União: VIII - os potenciais de energia hidráulica” ;

cabe à lei dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos e o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação⁶³

A Lei a que se refere o artigo 175 da Carta Maior, que dispõe sobre os regimes de concessão e permissão de serviços públicos, é a Lei 8987 de 13 de Fevereiro de 1995, da qual podem ser extraídas, de seu artigo 2º, as definições dos termos “poder concedente”, “concessão” e “permissão”⁶⁴

1.2.iii) A prorrogação dos contratos de concessão

Os contratos de concessão e permissão dos serviços públicos de fornecimento de energia estão disciplinados pela Lei 9.074 de 1995. Essa Lei previu a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão para as concessionárias de geração de energia elétrica em 20 anos nos termos de seu artigo 19 que dispõe o seguinte:

“Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.

⁶³ “BRASIL, Constituição da República. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;”

⁶⁴ BRASIL, Lei 8987 artigo 2º :

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

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

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;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

A mesma possibilidade foi garantida às concessionárias de distribuição, conforme preconiza o artigo 22. Segundo o § 2º deste artigo, o prazo de prorrogação poderia ser de 20 anos ou igual ao maior prazo remanescente dentre as concessões reagrupadas, prevalecendo o maior:

“Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.

[...]

§ 2º A prorrogação terá prazo único, igual ao maior remanescente dentre as concessões reagrupadas, ou vinte anos, a contar da data da publicação desta Lei, prevalecendo o maior.”

Nos termos do artigo 17, § 5º, as concessões de transmissão também poderiam ser prorrogadas uma única vez com base nos critérios adotados para a prorrogação das concessões de geração e distribuição :

“Art. 17. O poder concedente deverá definir, dentre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação da rede básica dos sistemas interligados, as de âmbito próprio do concessionário de distribuição, as de interesse exclusivo das centrais de geração e as destinadas a interligações internacionais.

§ 5º As instalações de transmissão, classificadas como integrantes da rede básica, poderão ter suas concessões prorrogadas, segundo os critérios estabelecidos nos arts. 19 e 22, no que couber.”

A Medida Provisória 579/2012 trouxe exceções a essas regras de prorrogação dos contratos de concessão que serão melhor exploradas no capítulo reservado especificamente para análise da MP. Por ora cumpre apenas a compreensão da regra geral acima localizada.

1.2.iv) Licitação

A escolha dos concessionários e permissionários se dá por meio de processo licitatório, que, segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser definido da seguinte forma:

*“um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. **Estriba-se na***

ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”⁶⁵

Assim, exploração do serviço público de energia elétrica, assim como toda concessão de serviço público, é precedida, necessariamente, da realização de procedimento Licitatório, conforme dispõem os artigos 37, XXI da Constituição Federal e 14 da Lei 8987/95:

“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:

XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

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”⁶⁶

O procedimento visa garantir que o poder concedente escolha, dentre aqueles particulares que com ele pretendem contratar, os que apresentem melhores propostas ao interesse público⁶⁷.

No caso das concessões de prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica, é a ANEEL o ente responsável por promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, nos termos do artigo 3º da Lei 9427/1996.

Dentre os pretensos concessionários, serão escolhidos, aqueles que possam

⁶⁵ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2004. p. 483.

⁶⁶ BRASIL, Constituição da República, artigo 37, XXI e Lei 8987/95, artigo 14.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete *Direito Administrativo Moderno*, 1996. p. 205.

fornecer o serviço na qualidade técnica esperada, por meio da menor tarifa, conforme determina o artigo 15 da lei 8987/95⁶⁸.

1.2.v) Política tarifária e mecanismos de atualização

No contrato de concessão, é obrigação dos concessionários e permissionários a prestação de “serviço público adequado”, definido pelo artigo 6º § 1º da Lei 8987/95, como “*aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”⁶⁹.

Por outro lado, fica a cargo do poder concedente preservar uma remuneração estável ao contratado, com base na tarifa fixada no preço da proposta vencedora da licitação nos termos do artigo 9º da Lei 8987/95:

“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.”

Assim, é o poder concedente que deve prever mecanismos para reestabelecer as condições iniciais da contratação caso haja alteração unilateral da situação inicial em que foram firmados os contratos, nos termos dos parágrafos 2º e 4º do mesmo artigo:

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

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”⁷⁰

Logo, são os mecanismos de revisão das tarifas que garantem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que só existe enquanto forem

⁶⁸ BRASIL, Lei 8987/95, Artigo 15 : “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;”

⁶⁹ O artigo 6º §1º da Lei 8987 define serviço adequado como “aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”

⁷⁰ BRASIL, Lei 8987/95, artigo 9º.

atendidas as condições iniciais do contrato de concessão firmado entre as parte, nos termos do artigo 10 da mesma Lei:

*“Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.*⁷¹

No Ambiente Regulado, é a Agência Nacional de Energia Elétrica o ente responsável por fixar um preço da tarifa de energia para os consumidores cativos que possa garantir o “equilíbrio econômico-financeiro” dos contratos de concessão, conforme determina o artigo 3º da lei 9427/1996:

"Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;"

Portanto, o valor determinado pela ANEEL para cada tarifa tem por base o preço da proposta vencedora da licitação e deve ser suficiente para remunerar o serviço feito pelo prestador de forma adequada, viabilizando a sua manutenção com qualidade e criando incentivos para a eficiência⁷².

Com esse intuito, a ANEEL desenvolve metodologias de recálculo tarifário para os segmentos de geração, distribuição e comercialização que levam em conta a infraestrutura dos serviços prestados, bem como fatores econômicos de incentivo à modicidade tarifária.

Dentre os mecanismos garantidores do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, estão os reajustes anuais e revisões periódicas.

⁷¹ BRASIL, Lei 8987/95, artigo 10º.

⁷² A Tarifa de Energia Elétrica- ANEEL . Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/tarifas>> Acesso em 4 de agosto de 2016.

Os reajustes anuais e revisões periódicas⁷³ do valor da tarifa paga pelo consumidor são, portanto, mecanismos de atualização que visam garantir que a tarifa ao mesmo tempo que tenha preço módico ao consumidor, possa garantir a remuneração adequada do concessionário contemplando as seguintes parcelas que integram a sua conta de luz: Energia, Transmissão, Distribuição, Encargos Setoriais e Tributos.⁷⁴

Os reajustes tarifários anuais⁷⁵ ocorrem uma vez por ano em datas determinadas nos contratos de concessão. Esses reajustes tem o objetivo de corrigir os efeitos do processo inflacionário sobre os gastos da distribuição bem como repassar ganhos de produtividade ao consumidor e estimular a produtividade das empresas⁷⁶.

A revisão periódica tarifária ocorre a cada quatro anos com os seguintes objetivos⁷⁷:

- a) Corrigir desvios no índice de produtividade aplicado aos reajustes anuais.
- b) Redefinir padrões de qualidade exigidos das empresas
- c) Corrigir eventuais desvios que possam colocar em risco o equilíbrio econômico financeiro das empresas.

Ao final da revisão periódica são definidos : um novo valor de teto das tarifas, um novo nível de qualidade dos serviços prestados pela empresa, bem como um novo índice de ganho de produtividade a ser utilizado nos reajustes anuais subsequentes.

No Brasil, além do Reajuste tarifário anual e da Revisão tarifaria periódica há a possibilidade de realização de revisões tarifaria extraordinárias que tem o mesmo

⁷³ São Previstos pelo § 2º do artigo 9º da Lei 8987/1995 : “Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

⁷⁴ Encargos do Setor Elétrico. Fonte: ANEEL. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527&idPerfil=2> > acesso em 30 de setembro de 2016.

⁷⁵ Reajuste tarifário Anual. Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa> > acesso em 7 de novembro de 2016.

⁷⁶ O estímulo à produtividade e o repasse de ganhos de produtividade ao consumidor se dão por meio da identificação de um valor chamado pela ANEEL de Fator X que representa o ganho e produtividade real das concessionárias. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015660.pdf> > Acesso em 7 de agosto de 2016.

⁷⁷ **Revisão tarifária periódica** . Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa> > Acesso em 16 de novembro de 2016.

propósito das periódicas, mas ocorrem quando algum evento extraordinário abala o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão desde que o impacto sobre as atividades da empresa seja devidamente comprovado⁷⁸.

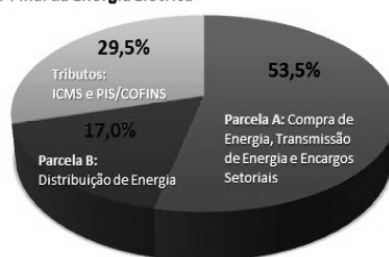
1.2.vi) Composição tarifária

Além dos tributos, a tarifa de energia é composta por duas parcelas denominadas A e B, conforme ilustra a imagem a seguir⁷⁹:

Figura 5 - Composição da tarifa

Fonte : www.aneel.com.br

Valor Final da Energia Elétrica



Os itens da parcela A, como se percebe, são aqueles que a distribuidora tem pouca ou nenhuma gestão, como: o preço da compra da energia, o preço da sua transmissão e encargos setoriais.

Já a parcela B refere-se diretamente aos custos operacionais e despesas administrativas das distribuidoras, denominados “custos gerenciáveis”. É sobre essa parcela que ocorrem as revisões tarifárias periódicas para estabelecer o nível eficiente dos custos operacionais e a remuneração dos investimentos da distribuidoras.⁸⁰

Os custos regulatórios definidos pela ANEEL podem ser maiores ou menores do que os custos efetivamente incorridos pelas distribuidoras.⁸¹

⁷⁸ **Revisão Tarifária extraordinária.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=499> > Acesso em 16 de novembro de 2016.

⁷⁹ A distribuição dos valores percentuais das parcelas A e B constante na figura refere-se ao mês de novembro do ano de 2016. Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa> > acesso em 7 da novembro de 2016.

⁸⁰ ANEEL. Por dentro da conta de Luz. Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/documents/656877/14913578/Por+dentro+da+conta+de+luz/9b8bd858-809d-478d-b4c4-42ae2e10b514> > acesso em 27 de novembro de 2016.

⁸¹ “Trata-se da regulação por incentivos, na qual os custos regulatórios, ou seja, o considerado razoável dado certo nível de eficiência, são aplicados às revisões tarifárias. Geralmente é definido um

I.2.vii) Os principais encargos setoriais na lei

Além dos tributos Federais, Estaduais e Municipais, os agentes exploradores da atividade de geração, transmissão e distribuição de energia tem a obrigação de pagar Encargos setoriais destinados à melhoria do setor.⁸²

Os encargos setoriais e tributos não são criados pela ANEEL, mas instituídos por Lei, contudo, seus valores são fixados por meio de Resoluções ou Despachos da ANEEL⁸³. Alguns encargos incidem sobre o custo da distribuição, enquanto outros são cobrados por meio dos custos de geração e transmissão.

Três são os Encargos Setoriais que merecem atenção para a compreensão das alterações trazidas pela MP 579/2012. Como essas alterações serão posteriormente exploradas, por ora cumpre somente apresentá-los acompanhados das finalidades para as quais foram criados.

São eles : a Reserva Global de Reversão (RGR), a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

A Reserva Global de Reversão (RGR) foi criada pelo Decreto n.º 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, com a finalidade de :

“prover recursos para reversão, encampação, expansão e melhoria do serviço público de energia elétrica, para financiamento de fontes alternativas de energia elétrica, para estudos de inventário e viabilidade de aproveitamentos de potenciais hidráulicos e para desenvolvimento e implantação de programas e projetos destinados ao combate ao desperdício e uso eficiente da energia elétrica.”⁸⁴

benchmarking, que utiliza métodos de comparação entre as próprias distribuidoras ou outras referências, até mesmo internacionais.”

⁸² O impacto percentual da carga tributária no setor elétrico é de aproximadamente 40,23% sobre o total da receita operacional bruta dos seguimentos de geração, transmissão e distribuição. Dado retirado do estudo “Tributos e encargos no setor elétrico brasileiro” realizado pelo instituto Ascende Brasil tendo como base o ano de 2014. Disponível em : <http://www.acendebrasil.com.br/estudos> > acesso em 20 de setembro de 2016.

⁸³ Encargos do Setor Elétrico. Fonte: ANEEL. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527&idPerfil=2> > acesso em 30 de setembro de 2016.

⁸⁴ Encargos do Setor Elétrico – Reserva Global de Reversão. Fonte: ANEEL. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527&idPerfil=2> > acesso em 30 de setembro de 2016.

A Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) foi criada pelo Decreto nº 73.102, de 1973, alterado pelas Leis nº 8.631, de 1993 e nº 12.111, de 2009 com “*a finalidade de ratear os custos relacionados à geração de energia elétrica nos Sistemas Isolados, superiores ao custo médio da energia comercializada no Ambiente de Contratação Regulada - ACR do Sistema Interligado Nacional - SIN*”⁸⁵.

A Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), por sua vez, foi criada pela Lei nº 10.438, de 2002 com os seguintes objetivos originais:

*“promover o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados; promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; e garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda (Tarifa Social de Energia Elétrica - TSEE)”*⁸⁶

No entanto, conforme será apresentado mais à frente, os três encargos citados tiveram seus escopos modificados pela edição da MP 579.

Concluída a apresentação dos aspectos técnicos relativos ao setor elétrico bem como a localização dos principais institutos e agentes no ordenamento jurídico, é possível passar à aferição das mudanças trazidas pela Medida Provisória 579/12.

II. A MEDIDA PROVISÓRIA 579/2012

II.1) Contextualização e propostas da MP 579

De acordo com a CNI, em 2011 a energia elétrica no Brasil encontrava-se entre as mais caras do mundo⁸⁷.

⁸⁵ Encargos do Setor Elétrico – **Conta de Consumo de Combustíveis**. Fonte: ANEEL. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527&idPerfil=2> > acesso em 31 de setembro de 2016.

⁸⁶ Encargos do Setor Elétrico – **Conta de Desenvolvimento Energético**. Fonte: ANEEL. Disponível em : <http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527&idPerfil=2> > acesso em 30 de setembro de 2016.

⁸⁷ Dados da CNI. Retirado do Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do GRUPO I – CLASSE V - PlenárioTC - 011.223/2014-6. Página 06. Código eletrônico para localização da ata na página do TCU na Internet: AC-2565-38/14-P.

Entretanto, desde de 2004, com o advento lei 10.848/04 que alterou o marco regulatório do setor elétrico, já estavam estabelecidos como objetivos do SIN a busca pela modicidade tarifária e pela continuidade na prestação do serviço ou “segurança do sistema”, por força de seus artigos 2º e 3º⁸⁸

Respalhada por esses princípios, um mês antes das eleições presidenciais⁸⁹ do ano de 2012, a então presidente da república Dilma Vana Rousseff – candidata à reeleição – anunciou a edição da Medida Provisória n. 579/2012 (posteriormente convertida na Lei 12.783/2013), realçando, com ela, o objetivo de realizar “*a mais forte redução que se tem notícia neste país, nas tarifas de energia elétrica das indústrias e dos consumidores domésticos*” :

*"Vou ter o prazer de anunciar a mais forte redução que se tem notícia neste país, nas tarifas de energia elétrica das indústrias e dos consumidores domésticos. A medida vai entrar em vigor no início de 2013. A partir daí, todos os consumidores terão sua tarifa de energia elétrica reduzida. Ou seja, a sua conta de luz vai ficar mais barata. Os consumidores residenciais terão uma redução média de 16,2%. A redução para o setor produtivo vai chegar a 28% (...)."*⁹⁰

No mesmo discurso presidencial, a busca por impulsionar a economia e a competitividade das empresas nacionais pode destacado em 4 passagens:

*“... a nossa maior preocupação é aumentar o investimento público e privado, elevar os níveis de eficiência e ampliar a competitividade da nossa economia porque sabe que isso é crucial para que continuemos distribuindo renda, elevando o emprego e reduzindo a pobreza.
... nessa nova etapa, os preços da energia vão contribuir para assegurar menor custo e maior competitividade às empresas e menor preço e mais qualidade de vida à população sem nenhuma mágica.
... para as empresas, energia mais barata significa menor custo de produção, e bens e serviços mais competitivos. [...]*

⁸⁸ **“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:

I - mecanismos de incentivo à contratação que favoreça a modicidade tarifária;

Art. 3º O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia.

§ 3º Com vistas em garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, o Poder Concedente poderá definir reserva de capacidade de geração a ser contratada.”

⁸⁹ Em 11/9/2012.

⁹⁰ Discurso presidencial de 11.09.2012 . Disponível em:

<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-anuncio-de-reducao-do-custo-de-energia-brasil-df>

A redução das tarifas de energia, na verdade, tem impacto sobre toda a economia. Vai reduzir o custo das mercadorias, melhorar a participação do país na disputa internacional por mercados, criar mais empregos, reduzir a inflação e estimular maior crescimento.”

A prometida redução das tarifas se assentava em dois pilares: (i) a antecipação da renovação de diversas concessões de geração com vencimento entre 2015 e 2017 com pagamento antecipado dos ativos não amortizados às concessionárias que aderissem à proposta; e (ii) aportes do Tesouro Nacional para financiar políticas públicas e subsídios anteriormente custeados por encargos adicionados às tarifas de energia elétrica⁹¹.

Para tanto, instituiu-se, por meio da MP, que os contratos de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia com datas de vencimento entre os anos de 2015 e 2017, poderiam ser prorrogados automaticamente⁹² uma única vez, pelo prazo de até 30 anos para as hidrelétricas e 20 anos para as termelétricas, caso fossem aceitas as condições de diminuição da tarifa impostas pelo governo, conforme o item 6 da Exposição de Motivos da MP:

*“6. Nesse sentido, a Medida Provisória, ora proposta, estabelece a faculdade de a União prorrogar as concessões vincendas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica pelo prazo máximo de até 30 (trinta) anos e as concessões de geração de energia termelétrica pelo prazo máximo de até 20 (vinte) anos, por uma única vez, desde **que as atuais concessionárias aceitem as novas condições específicas relativas à observância do princípio da modicidade tarifária e à garantia da continuidade do suprimento de energia elétrica ao país, tudo sob o amparo do art. 21, XII, alínea “b”, do art. 22, IV, e do art. 175, parágrafo único, I, todos da Constituição Federal de 1988.**”⁹³*

A proposta criou, portanto, uma exceção à regra de prorrogação dos contratos anteriormente prevista pela Lei 9.074, a qual consolidou-se por meio dos

⁹¹ Discurso presidencial em 11 de setembro de 2012:

“a energia hidrelétrica é uma energia gerada por uma hidrelétrica que é longa. Que tem grande longevidade, que, portanto, o seu tempo de duração é muito maior do que o tempo de concessão e o tempo de amortização. É simplesmente esse fator que permite que nós estejamos aqui nos propondo a transferir para os consumidores a energia já paga durante o contrato de concessão. [...]

*E as tarifas de energia vão diminuir, também, graças à decisão do governo de reduzir os encargos que hoje incidem sobre a conta de luz de todos os brasileiros, e também, por aportes que o Tesouro Nacional fará ao sistema para financiar políticas de atendimento a parcelas específicas da população mais carente.”*Disponível em : Idem.

⁹² O termo “automaticamente” neste contexto, diz respeito à dispensa de licitação.

⁹³ Item 6 da Exposição de motivos da MP 579/2012.

artigos 1º, 5º, 6º e 7º⁹⁴ da Medida Provisória (convertida na Lei 12.783/13) referentes às concessões de geração hidrelétrica, geração termelétrica, transmissão e distribuição, respectivamente.

Além disso, para antecipar os efeitos benéficos⁹⁵ da amortização dos investimentos de energia para os consumidores finais, a Medida propôs que a renovação automática dos contratos de concessão fosse adiantada em até 5 anos começando a valer imediatamente, nos termos do item 12 da Exposição de motivos da medida⁹⁶:

“12. A proposta de Medida Provisória em apreço estabelece os procedimentos e prazos para o pedido de prorrogação a ser apresentado pelos titulares das concessões vincendas e admite a antecipação de tais prorrogações em até 5 (cinco) anos, a juízo do Poder Concedente, de forma a permitir a antecipação da captura do benefício da amortização dos investimentos em favor dos consumidores finais, em consonância com o princípio da

⁹⁴ “Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

§1º A prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I - remuneração por tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL para cada usina hidrelétrica;

[...]

Art. 5º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia termelétrica poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 20 (vinte) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a segurança do sistema.

[...]

Art. 6º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5º do art. 17 da Lei no 9.074, de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

Parágrafo único. A prorrogação de que trata este artigo dependerá da aceitação expressa das seguintes condições pelas concessionárias:

I - receita fixada conforme critérios estabelecidos pela Aneel; e

II - submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Aneel.

[...]

Art. 7º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22 da Lei no 9.074, de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica.

Parágrafo único. A prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica dependerá da aceitação expressa das condições estabelecidas no contrato de concessão ou no termo aditivo.”

⁹⁵ Com a amortização dos investimentos, os consumidores deixam de ser cobrados pelos custos iniciais da construção das usinas.

⁹⁶ O item 12 da exposição de motivos consolidou-se na forma do artigo 12 da Lei 12.783/12: “Art. 12. O poder concedente poderá antecipar os efeitos da prorrogação em até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual ou do ato de outorga.”

*modicidade tarifária*⁹⁷

Assim, os agentes que aderissem⁹⁸ ao plano previsto pela Medida seriam imediatamente indenizados pelos ativos ainda não amortizados e ficariam comprometidos a repassarem aos consumidores finais apenas os investimentos feitos em operação e manutenção regulares de equipamentos, por meio da cobrança de tarifa módica estipulada pela ANEEL⁹⁹

Pela proposta, a indenização pelos ativos ainda não amortizados das concessionárias que aderissem às condições da prorrogação seria, além de imediata, feita por meio de valores retirados dos fundos já arrecadados pela Reserva Global de Reversão (RGR)¹⁰⁰ bem como pela Conta de Desenvolvimento Energético:

“11. Propomos também, Excelência, que os recursos existentes da Reserva Global de Reversão – RGR possam ser utilizados para a indenização de investimentos ainda não amortizados ou não depreciados, e, caso reste alguma diferença em favor do concessionário, essa seja contemplada na tarifa a ser definida.”¹⁰¹

“Art. 20. Ficam a Reserva Global de Reversão - RGR, de que trata o art. 4º da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, de que trata o art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, autorizadas a contratar operações de crédito, com o objetivo de cobrir eventuais necessidades de indenização aos concessionários de energia elétrica, por ocasião da reversão das concessões ou para atender à finalidade de modicidade tarifária”¹⁰²

Ocorreu, portanto, um desvirtuamento das funções originais a que se prestavam os fundos arrecadados pela RGR e da CDE.

⁹⁷ Exposição de motivos da medida provisória número 579/2012, ítem 12. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm > Acesso em 12 de novembro de 2016.

⁹⁸ Por outro lado, os agentes que não aderissem à proposta de antecipação, participariam novamente do processo licitatório obrigatório por lei.

⁹⁹ PATRIZI, Emília – Entenda a MP 579 que está movimentando o setor elétrico . Artigo disponível em : <http://advivo.com.br/materia-artigo/entenda-a-mp-579-que-esta-movimentando-o-setor-eletrico>

¹⁰⁰ A RGR foi concebida com o objetivo original de prover recursos para reversão, encampação, expansão e melhoria do serviço público de energia elétrica, financiamento de fontes alternativas de energia elétrica, estudos de inventário e viabilidade de aproveitamentos de potenciais hidráulicos e desenvolvimento e implantação de programas e projetos destinados ao combate ao desperdício e uso eficiente da energia elétrica.

¹⁰¹ Exposição de motivos da medida provisória número 579/2012, ítem 11.

¹⁰² BRASIL Lei 12.783/13, artigo 20.

Com o intuito de reduzir ainda mais as tarifas para o consumidor final, a Medida propôs a cessação de arrecadação da Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), bem como a extinção do recolhimento das cotas relativas a Reserva Global de Reversão (RGR) para os contratos de concessão prorrogados ou licitados a partir de então¹⁰³.

Então a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) – que anteriormente à edição da Medida Provisória destinava-se a cobrir os custos da geração fóssil dos sistemas isolados do SIN –, deixou de existir, e esses custos passaram a ser cobertos também pela Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

Além de ter sido autorizada a prover recursos para eventual indenização das concessionárias de energia que aderissem às condições da antecipação, e a cobrir os custos relativos a geração fóssil dos sistemas isolados, a CDE recebeu diversas outras¹⁰⁴ incumbências, conforme o artigo 23 da Medida convertida na Lei 12.783/13:

“14. A CDE deverá prover recursos para: a) subvenção econômica aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda; b) promoção da universalização do serviço de energia elétrica; c) dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC; d) reembolso às usinas termelétricas que utilizam carvão nacional como combustível; e) promoção da competitividade da energia elétrica a partir de fontes alternativas; e f) eventual necessidade de indenização aos concessionários de energia elétrica por ocasião da reversão das concessões.”¹⁰⁵

Com a edição da MP 579, houve, portanto um alargamento das funções da

¹⁰³ Vide ítem de número 13 da exposição de motivos da Medida Provisória 579 bem como o artigo

¹⁰⁴ Conforme visto no capítulo anterior deste trabalho, ao ser criada, em 2002, a CDE estabelecia apenas dois subsídios: a universalização do serviço de energia elétrica e a tarifa social destinada aos consumidores de baixa renda¹⁰⁴.

¹⁰⁵ O Artigo 23 da Lei 12.783/13 alterou o artigo 13 da Lei 10.438/02 :

“Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando ao desenvolvimento energético dos Estados, além dos seguintes objetivos:

I - promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional;

II - garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda;

III - prover recursos para os dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC;

IV - prover recursos e permitir a amortização de operações financeiras vinculados à indenização por ocasião da reversão das concessões ou para atender à finalidade de modicidade tarifária;

V - promover a competitividade da energia produzida a partir da fonte carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados, destinando-se à cobertura do custo de combustível de empreendimentos termelétricos em operação até 6 de fevereiro de 1998, e de usinas enquadradas no §

2º do art. 11 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998; eVI - promover a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, termossolar, fotovoltaica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, outras fontes renováveis e gás natural.”

CDE, com a contraditória redução da coleta de suas quotas em 75%¹⁰⁶. Para que fosse possível o pagamento das despesas relativas à CDE, ficou permitida, além da realização de contratações de crédito nos termos do artigo 20 supracitado, a realização de aportes do Tesouro Nacional à CDE, lastreados nos recebíveis da dívida de Itaipu:

“15. A União, por meio da transferência de créditos referentes à dívida de Itaipu, bem como da compra dos créditos que a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás também detém contra Itaipu, transferirá recursos da ordem de R\$ 3.300.000.000 (três bilhões e trezentos milhões de reais) em 2013, para pagar as despesas vinculadas aos encargos setoriais citados no parágrafo acima”¹⁰⁷

“Art. 17. Fica a União autorizada a adquirir créditos que a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS detém contra a Itaipu Binacional.

Parágrafo único. Para a cobertura dos créditos de que trata o caput, a União poderá emitir, sob a forma de colocação direta, em favor da Eletrobras, títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, cujas características serão definidas pelo Ministro de Estado da Fazenda, respeitada a equivalência econômica com o valor dos créditos.

Art. 18. Fica a União autorizada a destinar os créditos objeto do art. 17 e os créditos que possui diretamente na Itaipu Binacional à Conta de Desenvolvimento Energético - CDE.”¹⁰⁸

Portanto, o Tesouro Nacional foi autorizado a cobrir custos da CDE por meio dos créditos que possuía junto a usina de Itaipu. Por meio item 18 da exposição de motivos da MP, o Governo declarou que o conjunto de novas medidas iniciadas pela MP 579/12 não traria impactos econômicos para o exercício de 2012. Já para os anos de 2013 e 2014, estimou-se que os impactos seriam de R\$ 3.300.000.000 (três bilhões e trezentos milhões de reais) e R\$ 3.600.000.000 (três bilhões e seiscentos milhões de reais).

No entanto, segundo o mesmo item, estes impactos econômicos seriam evitados pois seriam correspondentes aos créditos que a Eletrobrás e o Tesouro Nacional detinham junto à usina de Itaipu e, ainda, seriam somados a esses créditos futuras “*adequações de despesas contidas nas metas fiscais para o ano de 2014*”:

¹⁰⁶ Informação extraída da Ata Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. página 36. Disponível na página do TCU na Internet pelo código: AC-2565-38/14-P. Página 02.

¹⁰⁷ Exposição de motivos da medida provisória número 579/2012, item 11.

¹⁰⁸ Brasil, lei 12.783/2012.

*“18. No que se refere ao conjunto de medidas, cabe ressaltar que não haverá impactos para o exercício de 2012. Para o exercício de 2013, estima-se que o impacto seja de R\$ 3.300.000.000 (três bilhões e trezentos milhões de reais). As despesas constantes do Projeto de Lei Orçamentária Anual serão adequadas para cumprir o disposto no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente para o exercício de 2013. Para o exercício de 2014, estima-se que o impacto seja de R\$ 3.600.000.000 (três bilhões e seiscentos milhões de reais), sendo R\$ 3.300.000.000 (três bilhões e trezentos milhões de reais), correspondentes aos créditos que a Eletrobrás e o Tesouro Nacional detém junto à Itaipu e R\$ 300.000.000 (trezentos milhões de reais) correspondentes às operações entre Eletrobrás e Tesouro Nacional para atenuar os efeitos cambiais da tarifa de Itaipu. Também haverá adequação de despesas para cumprir as metas fiscais para o ano de 2014.”*¹⁰⁹

A justificativa de urgência para edição da Medida, encontrada no item 19 da sua exposição de Motivos, dizia que *“as renovações das concessões serviriam como um instrumento indutor de desenvolvimento acelerado e sustentável por meio de redução dos custos da energia e aumento de competitividade do setor produtivo”*¹¹⁰

Nesses termos, a Medida foi levada a apreciação pelas duas casas legislativas do Congresso, como exige o artigo 62 da Constituição Federal, e transformada na Lei 12.783/13.

II.2) Efeitos da MP 579/2012

No ano de 2013, a MP 579, lançada no dia 11 de setembro de 2012, já era lembrada por alguns especialistas como *“o 11 de setembro do setor elétrico”*¹¹¹, fazendo referência ao desastre de 11 de setembro no ataque as torres gêmeas ocorrido em 2001 em Nova York.

No mesmo ano, o presidente da associação de distribuidores de energia elétrica, Nelson Fonseca Leite, fez o seguinte pronunciamento a respeito da condição da distribuidoras de energia após a edição da referida MP :

“Éramos vistos como o setor mais atrativo para o mercado de capitais e, em função das novas regras, as empresas perderam em

¹⁰⁹ Exposição de Motivos da MP 579/2012, item 18.

¹¹⁰ Exposição de motivos da medida provisória número 579/2012, item 19.

¹¹¹ Vide reportagem de Maurício Godoi. Para o website Canal Energia : *“MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico”*. Disponível em : <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Retrospectiva.asp?id=97289&a=2013> > acesso em 21 de novembro de 2016.

média 12% de seu valor de mercado. Agora esperamos as regras finais para a prorrogação das concessões de distribuição e a nossa contribuição prevê termos que atribuem mais previsibilidade como, por exemplo, as definições sobre a política tarifária e evitar, dessa forma, surpresas no meio do caminho”¹¹²

Segundo estudo realizado pelo Instituto Ascende Brasil¹¹³, voltado a identificar os impactos das decisões regulatórias e institucionais tomadas pelo Governo entre os anos de 2012 e 2016¹¹⁴, a crise no setor elétrico iniciada em 2013 poderia ser chamada de “tempestade perfeita”, uma expressão que se refere a uma situação na qual um evento é drasticamente agravado pela ocorrência de uma rara combinação de circunstâncias.

O referido estudo aponta cinco principais causas para a ocorrência da crise, quais sejam:

- i) as baixas vazões afluentes
- ii) o atraso na entrada em operação de novos empreendimentos
- iii) a sinalização de preços inapropriada (ou sinal invertido de custos)
- iv) dissonância entre os modelos computacionais oficiais e a política de operação (aumento do despacho térmico dentro e fora da ordem de mérito)
- v) política de contratação de energia inadequada (com exposição involuntária das distribuidoras)

Dessas cinco causas, as três últimas teriam derivado de decisões governamentais, sendo essas, portanto, as que mais interessam para fins de aferição dos efeitos da MP 579/12, e que, por essa razão, merecerão tópicos específicos nesse capítulo.

Quanto às causas apolíticas que colaboraram para a crise, de acordo com o histórico de vazões do NEWAVE¹¹⁵, a Energia Natural Afluente (ENA)¹¹⁶, entre os

¹¹² Disponível em na reportagem de Maurício Godoi para o “Canal Energia”.

¹¹³ O Instituto Ascende Brasil é uma entidade privada amplamente respeitada pela à realização de análises e propostas para setor elétrico brasileiro.

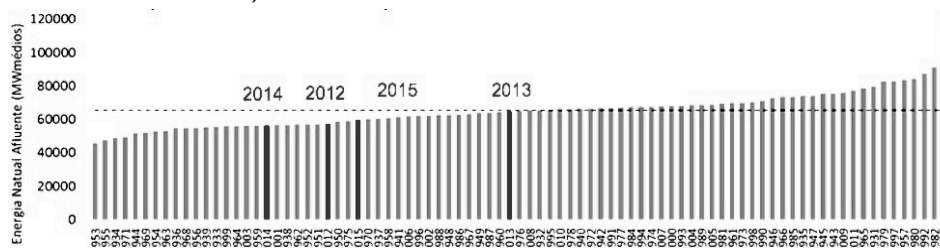
¹¹⁴ Programa Energia Transparente – monitoramento permanente dos cenários de oferta e do risco do racionamento – 10ª Edição. Disponível em : http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/ppt_energiatransparente_edicao10_acendebrasil_rev16.pdf > acesso em 16 de novembro de 2016.

¹¹⁵ Programa de cálculo da vazão afluente do ONS.

anos de 2012 e 2015, de fato se manteve abaixo da média de longo prazo calculada com base nos últimos 85 anos, conforme aponta a figura abaixo:

Figura 6: Histórico de vazões afluentes do NEWAVE.

Fonte: CCEE. Elaboração: Instituto ASCENDE Brasil



Note-se que, no ano de edição da MP 579/12, a Energia Natural Afluente já se encontrava na 24ª pior posição entre os 85 últimos anos (contados a partir de 2016) e, em 2014, alcançou a 18ª pior posição entre os mesmos anos¹¹⁷.

Além das baixas vazões, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico¹¹⁸, segundo a Ata 124^a¹¹⁹ da Reunião realizada em 09 de janeiro de 2013, aferiu que no mesmo ano houve um atraso médio de 7 meses para entrega de novos empreendimentos de geração e 14 meses para a entrega de novas linhas de transmissão previstos para aquele ano.¹²⁰

O atraso na entrega dos novos empreendimentos exigiu acionamento mais intenso das usinas que estavam disponíveis, as quais já sofriam pela escassez hídrica.

Tal fenômeno, por ordem lógica, deveria desencadear o aumento de preço da energia para todos os consumidores em razão da oferta escassa do insumo. No entanto, o preço da energia foi diminuído em 2013 por força da redução em 20% do

¹¹⁶ Chama-se Energia Natural Afluente – ENA – a quantidade de energia extraída das hidrelétricas utilizando-se o total de vazão de águas afluente.

¹¹⁷ **Instituto Ascende Brasil**. Programa Energia Transparente – monitoramento permanente dos cenários de oferta e do risco do racionamento – 10ª. Disponível em: *Idem*.

¹¹⁸ Órgão presidido pelo Ministério de Minas e Energia criado pela Lei 10.848/04 com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional.

¹¹⁹ Ata da 124ª Reunião do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico realizada em 09/jan/2013: disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139128/CMSE_-_Ata_da_124x_Reunixo_Plenxria_x09-01-2013x.pdf/b095115a-3ec7-44a6-b969-6a72cdd3e469 > acesso em 17 de novembro de 2016.

¹²⁰ **Instituto Ascende Brasil**. Programa Energia Transparente – monitoramento permanente dos cenários de oferta e do risco do racionamento – 10ª. Disponível em: *Idem*.

preço da tarifa prometida pela disciplina da MP 579/12, conforme dados da própria ANEEL¹²¹:

Figura 7 : tarifas para os consumidores cativos de 2012 a 2015

Fonte: ANEEL.

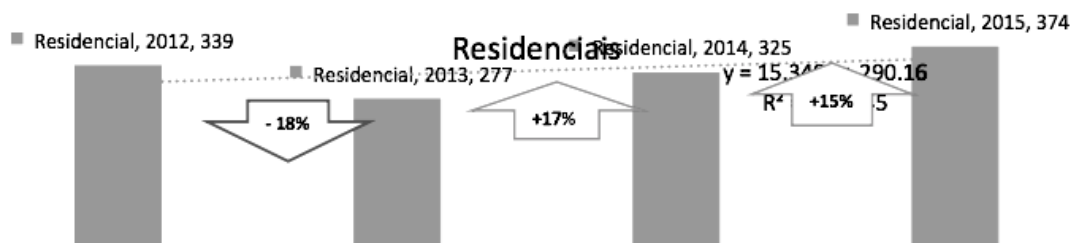
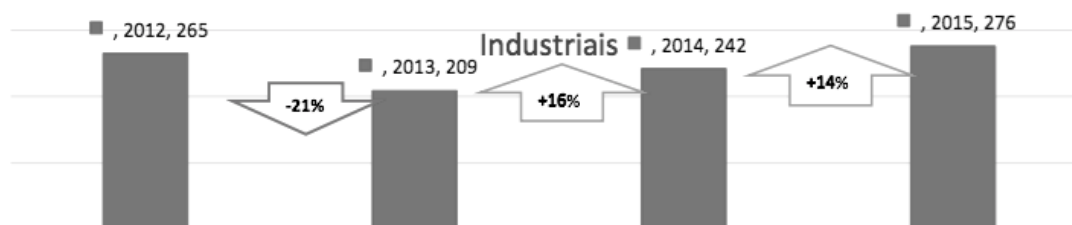


Figura 7 : tarifas para os consumidores industriais de 2012 a 2015

Fonte: ANEEL.



Vê-se que, conforme prometido pelo governo, de fato houve uma redução drástica do preço da energia para todos os consumidores (cativos e livres), no entanto, vale lembrar que a tarifa para o consumidor industrial não inclui o preço da energia, mas apenas o custo de seu transporte até o destino final, uma vez que a energia é livremente negociada no ACL.

Percebe-se, ainda, que o preço da tarifa para ambos os consumidores voltou a subir quando ocorreram reajustes tarifários anuais dos anos de 2014 e 2015 e, no ano de 2015 as tarifas já tinham superado os patamares existentes antes da edição da MP 579.

Cumpramos verificar o que ocorreu durante esses quatro anos para os agentes atuantes no setor.

¹²¹ Aneel dados de 2012 e 2013

http://relatorios.aneel.gov.br/_layouts/xlviewer.aspx?id=/RelatoriosSAS/RelSampClasseCons.xlsx&Source=http://relatorios.aneel.gov.br/RelatoriosSAS/Forms/AllItems.aspx&DefaultItemOpen=1.

II.2.i) Sinal invertido de custo

A manutenção forçada do preço baixo das tarifas estimulou o aumento progressivo do consumo ocioso de energia enquanto havia escassez de água nos reservatórios da hidrelétricas, gerando o chamado “sinal invertido de custo”.

O boletim legislativo¹²² número 27 do senado Federal, que teve por objetivo disponibilizar informações básicas sobre a crise hídrica vivenciada de forma mais intensa no Brasil nos anos 2014 e 2015, também apontou como causas para a crise no setor elétrico o “sinal econômico errado”, descrevendo-o da seguinte forma :

“34 – O que significa sinal econômico errado?”

R. Como se sabe, produtos escassos tornam-se mais caros, o que ajuda a regular seu consumo naturalmente. Consome-se menos alguma coisa quando ela custa mais caro, e o seu consumo aumenta quando ela barateia no mercado. Preço baixo é fator de estímulo ao consumo.

No dia 11 de setembro de 2012, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 579, que tinha como objetivo principal redução das tarifas de energia elétrica em 20%, em média. Quatro dias antes, no dia 7 de setembro, em cadeia nacional de rádio e televisão, a Presidente Dilma Rousseff anunciava que o Brasil era o único país do mundo em que, simultaneamente, se baixavam as tarifas e se aumentava a produção de energia elétrica, e que não faltaria energia elétrica ao País em momento algum. Sinalizou, portanto, que a população poderia consumir energia elétrica à vontade, porque o produto estava mais barato e a oferta seria abundante.

Paradoxalmente, no dia 18 de outubro seguinte, apenas pouco mais de um mês depois, o Governo determinou que todas as usinas térmicas disponíveis – que geram energia a preços no mínimo mais de duas vezes mais caros – passassem a operar, para economizar água nos reservatórios das hidrelétricas, num claro sinal de que havia preocupação com a escassez de energia, e numa ação que aumentou os custos de produção desse serviço. Ou seja, se havia escassez de água nos reservatórios das hidrelétricas (do contrário não se teriam despachado usinas térmicas), o correto teria sido elevar a tarifa, de maneira coerente com o aumento do custo de produção, para atenuar o desequilíbrio entre oferta e demanda, em vez de reduzi-la.”¹²³

¹²² Realizado pelos consultores legislativos : Gustavo Aouar Cerqueira, Henrique Salles Pinto, Ivan Dutra Faria, João Carlos Rodrigues Baptista, Karin Kassmayer, Luiz Beltrão Gomes de Souza, Marcos Antonio Köhler, Omar Alves Abbud, Victor Carvalho Pinto, todos consultores da Consultoria Legislativa do Senado Federal.

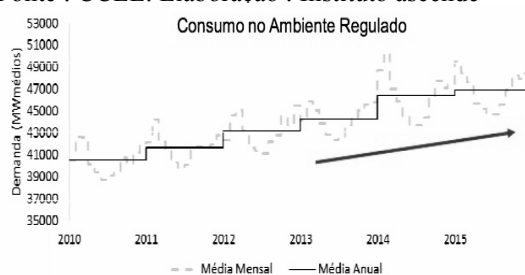
¹²³ CERQUEIRA, G. A. et al. A Crise Hídrica e suas Consequências. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em:

Assim, enquanto as condições hidrológicas e o atraso na operação de novas usinas mantinham altos os custos da geração da energia nos anos 2012 e 2013, o governo manteve a aparência de preço baixo da energia para os consumidores cativos, por força da edição da Medida Provisória 579/12.

Beneficiados pelo preço baixo das tarifas, no ano de 2015 os consumidores cativos já haviam aumentado seu consumo em aproximadamente 14% com relação ao ano de 2012¹²⁴:

Figura 8: Consumo no ACR de 2010 a 2016

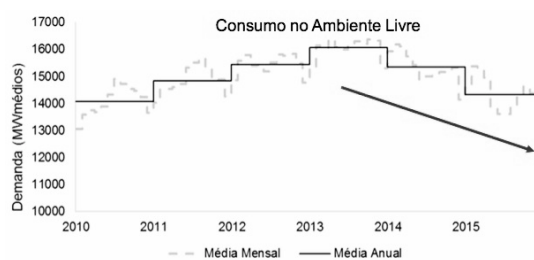
Fonte : CCEE. Elaboração : Instituto ascende



Por sua vez, os consumidores do Ambiente Livre, que compram energia livremente negociada no mercado, reagiram imediatamente ao aumento de custo de geração iniciado em 2013, reduzindo a sua demanda por energia:

Figura 9: Consumo no ACL de 2010 a 2016

Fonte : CCEE. Elaboração : Instituto ascende Brasil



Tal ocorreu pois, conforme visto, os consumidores do ACL são os consumidores industriais, aqueles que, por demandarem volume muito alto de energia, reagem de forma mais sensível às alterações no preço de geração.

<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol127> > Acesso em 16 de abril de 2015

¹²⁴ Instituto Ascende Brasil. Programa Energia Transparente – monitoramento permanente dos cenários de oferta e do risco do racionamento – 10ª. Disponível em: *Idem*.

Assim, apesar de os consumidores industriais também terem sido beneficiados pela forçada diminuição do preço da tarifa em 2013, foram prejudicados pelo aumento no preço da energia no ACL que subiu proporcionalmente aos custos de geração. Isso pois, para esses consumidores, a tarifa inclui a apenas o custo do transporte da energia até o seu destino final.

O aumento do preço da energia para os consumidores do ACL em virtude do aumento do custo de geração, significou, por óbvio, retração imediata da atividade industrial do país, a qual, em 2013 diminuiu em 2,63% com relação ao ano anterior e, em 2014 alcançou uma diminuição de quase 4% com relação a 2012¹²⁵:

Figura 10: Retração da atividade industrial no período de 2012 a 2014.

Fonte : CCEE. Elaboração : Julião Coelho Advocacia

Ano	Consumo do SIN (MW _{méd})	Varição do consumo do SIN (%)	Varição da atividade industrial (%)
2012	58.461	-	-
2013	60.074	2,8%	-2,63%
2014*	63.115	5,1%	-1,04%
Varição total no período		8,0%	-3,65%

Segundo estudo prognóstico do cenário econômico brasileiro¹²⁶ para os anos de 2015 a 2024 feito pela Empresa de Pesquisa Energética¹²⁷, até março de 2015 a produção industrial brasileira acumulou queda de 5,9% desde 2012.

II.2.ii) Despacho de usinas térmicas e aumento do PLD

A crescente demanda de energia pelos consumidores do Ambiente Regulado, combinada com a escassez hídrica percebida pela sequência de quatro anos de vazões

¹²⁵ Dados do CNI. “Sondagem Industrial 2016” Disponível em : http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2016/11/21/12/SondagemIndustrialOutubro2016.pdf > acesso em 16 de novembro de 2016.

¹²⁶ **Caracterização do cenário econômico para os próximos 10 anos** . Nota técnica DEA 12/15, disponível em: <http://www.epe.gov.br/mercado/Documents/Série%20Estudos%20de%20Energia/DEA%2012-15%20NT%20Cenario%20economico%202015-2024vf.pdf>> acesso em 19 de novembro de 2016.

¹²⁷ Empresa pública, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, instituída nos termos da Lei nº 10.847, de 15 de março de 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.

afluentes abaixo da média, obrigaram o Sistema Interligado Nacional a promover o despacho de usinas térmicas cada vez mais caras ao longo dos anos ¹²⁸:

Figura 11: Despacho de usinas térmicas no período de 2012 a 2014.

Fonte : CCEE. Elaboração : Julião Coelho Advocacia

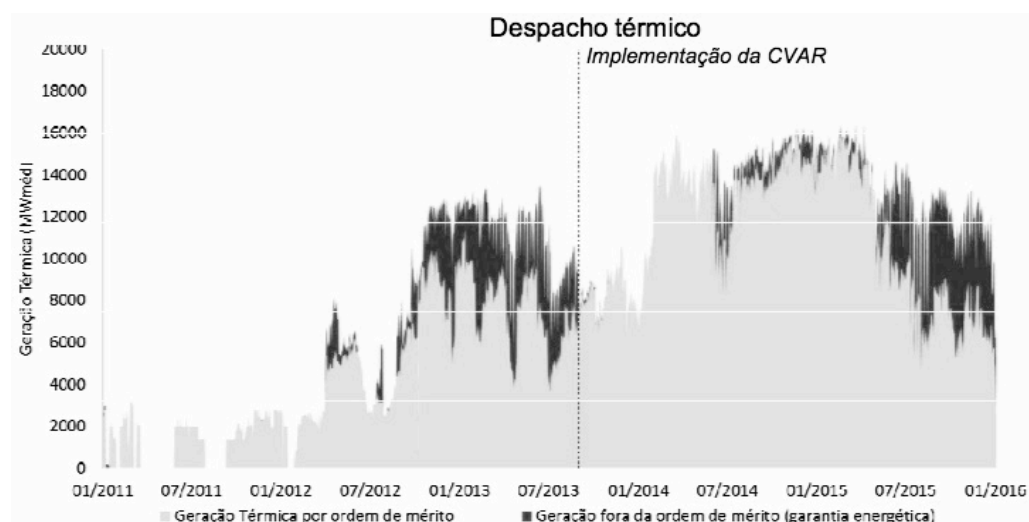
Ano	Consumo (MW _{méd})	Participação das fontes de geração (%)		
		Hidrelétrica	Termelétrica	Demais fontes
2012	58.461	85,9%	13,5%	0,6%
2013	60.074	78,8%	20,5%	0,7%
2014*	61.601	73,5%	25,3%	1,2%

* dados até outubro de 2014, inclusive.

Assim, a participação das usinas térmicas no âmbito do SIN em 2014 foi de em 25,3% em comparação com os 13,5% do ano de 2012, conforme ilustra a figura abaixo:

Figura 12: Despacho térmico dentro e fora da ordem de mérito de 2012 a 2016

Fonte: CCEE. Elaboração Instituto Ascende Brasil.



¹²⁸ Informação e figura retiradas de parecer técnico “cálculo do valor máximo do preço de liquidação de diferenças – PLD” feito pelo advogado Julião Silveira Coelho em atendimento a consulta feita pela Tractebel energia SA Brookfield energia renovável S.A. a respeito da Audiência Pública n. 54/2014.

Vale lembrar que essas usinas, “*geram energia a preços no mínimo mais de duas vezes mais caros*”¹²⁹ do que aqueles produzidos pelas hidrelétricas.

Os custos do despacho de usinas térmicas dentro e fora da ordem de mérito¹³⁰ (arcados num primeiro momento pelas distribuidoras), nas revisões tarifárias dos anos seguintes passaram a ser pagas por todos os consumidores via aumento de preço das tarifas e Encargos de Serviço do Sistema. Esses custos imprevistos ajudaram a tarifa de 2015 a superar os valores anteriores à redução promovida pela MP 579.

Pelo fato de a ANEEL só permitir o repasse para a tarifa do custo total da compra de energia quando da realização dos reajustes tarifários anuais ou revisões tarifárias periódicas, ou seja, de ano em ano, ou de quatro em quatro anos, as distribuidoras foram obrigadas a antecipar os gastos exorbitantes com a compra de energia sem contrapartida tarifária.

Além disso, os consumidores do ACL passaram a suportar custos que derivaram exclusivamente do aumento do consumo de energia pelos cativos, de modo que a redução da atividade industrial não se deu somente pela escassez hídrica que elevou os custos de geração, mas foi impulsionada pela política de incentivo ao consumo iniciada com a MP 579/12.¹³¹

Além disso, considerando o crescente despacho de usinas térmicas cada vez mais caras acionadas pelo SIN e o fato de a contabilização mensal do valor máximo do PLD¹³² se dar com base nos custos da operação das térmicas despachadas pelo ONS¹³³, o preço da energia no mercado de curto prazo sofreu um aumento exorbitante nos anos de 2013 e 2014, conforme se observa no gráfico a seguir:

¹²⁹ CERQUEIRA, G. A. et al. A Crise Hídrica e suas Consequências. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em: *Idem*.

¹³⁰ O despacho fora da ordem de mérito é preventivo, destina-se a colaborar para aumento do nível dos reservatórios das hidrelétricas. Os custos deste despacho são cobrados de todos os consumidores por meio de “Encargos de Serviços do Sistema”.

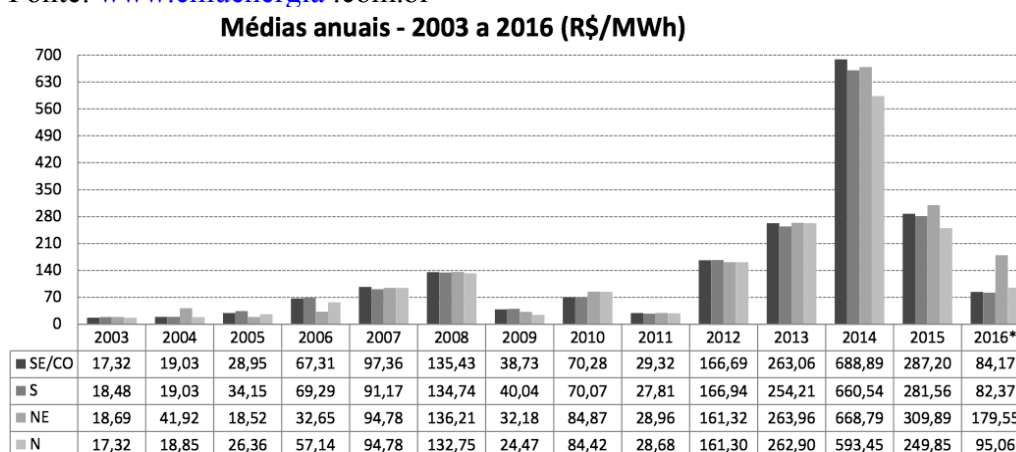
¹³¹ Não foi a toa que em abril de 2015 a Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE ajuizou ações requerendo a inexistência da cobrança de determinados preços públicos inseridos na CDE e no ESS aos consumidores industriais.

¹³² O PLD é formado com base no **Custo Marginal de Operação (CMO)**, que corresponde ao **Custo Variável Unitário (CVU)** da termelétrica mais cara acionada em cada período.

¹³³ Artigo 57 do Decreto 5163/2004 : “§ 2º O valor máximo do PLD, a ser estabelecido pela ANEEL, será calculado levando em conta os custos variáveis de operação dos empreendimentos termelétricos disponíveis para o despacho centralizado.

Figura 13: Histórico do PLD nas regiões do Brasil de 2003 a 2016

Fonte: www.cmuenergia.com.br



O aumento do preço do PLD foi tão grande nos anos de 2013 e 2014, que em 10 de outubro de 2014 a ANEEL promoveu a Audiência pública 54/2014 por meio da qual propôs a discussão de novos critérios para a definição do valor máximo do PLD¹³⁴.

O sinal invertido de custo para os consumidores cativos foi, portanto, um dos efeitos mais rapidamente percebidos pela MP 579/12 e ocasionou, por consequência: i) o aumento desenfreado do consumo pelos consumidores cativos, ii) o aumento dos encargos cobrados de todos os consumidores do sistema iii) a diminuição do consumo pela indústria com consequente retração da atividade industrial iv) a elevação do preço da energia no mercado de curto prazo.

II.2.iii) Exposição das distribuidoras ao PLD

O TCU realizou no ano de 2014, Auditoria Operacional voltada a análise dos impactos da Medida Provisória 579/2012, mediante a qual concluiu que “A decisão do Governo de antecipar o vencimento das concessões de energia para 2012, associada à falta de chuvas, trouxe desequilíbrio nas contas do setor elétrico”¹³⁵

Segundo se extrai da Ata da auditoria, o desequilíbrio mencionado ocorreu

¹³⁴ Vide Nota Técnica no 001/2014-ASD-SEM-SRG/ANEEL, Disponível em http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/054/documento/nt_001_2014_asd_sem_srg.pdf > acesso em 20 de novembro de 2016.

¹³⁵ Ata Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. página 36. Disponível na página do TCU na Internet pelo código: AC-2565-38/14-P. Página 04.

principalmente por dois fatores: o acionamento em tempo integral das usinas térmicas e a descontração das distribuidoras.

A Lei 10.848/2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.163/2004 além da “modicidade tarifária”, preserva a “segurança do sistema” quando obriga que todos os consumidores, livres e cativos, estejam 100% contratados, com seus contratos registrados pela CCEE:

“Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:

III - os consumidores não supridos integralmente em condições reguladas pelos agentes de distribuição e agentes vendedores deverão, a partir de 1º de janeiro de 2005, garantir o atendimento a cem por cento de suas cargas, em termos de energia e potência, por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na ANEEL.”

No entanto, a renovação das concessões de geração sob a égide da Medida Provisória n. 579/2012 garantiu a recontração de apenas parte da energia requerida pelas distribuidoras, pois nem todas as concessionárias de geração aceitaram as condições de renovação impostas pelo Poder Concedente, preferindo aguardar o término de seus contratos de concessão vigentes:

“Dos 11,8 GW médios de garantia física das geradoras que poderiam acatar a antecipação da renovação, apenas 7,8 GW médios foram cobertos com as adesões à proposta da MP no 579/2012. Assim, como apenas as concessionárias do grupo Eletrobrás aceitaram as condições de renovação, o montante total das cotas de energia foi inferior ao volume de contratos de energia existente que expiraram em dezembro de 2012. Para repor a energia descontraada, as distribuidoras foram obrigadas a recorrer ao mercado de curto prazo”¹³⁶

As geradoras que não aderiram as condições de antecipação das concessões, impostas pela MP 579, somente poderiam requerer a renovação de seus contratos quando do término dos mesmos, momento em que seriam submetidas a nova licitação, conforme o artigo 8º da Lei 12.783/2012:

¹³⁶ Ata Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. página 36. Disponível na página do TCU na Internet pelo código: AC-2565-38/14-P. Página 36

Com a adesão parcial das geradoras à antecipação das renovações na forma disciplinada pela MP 579/2012, as distribuidoras ficaram sem ter com quem contratar a compra de energia e, devendo atender à demanda crescente dos consumidores cativos, ficaram expostas ao mercado de curto prazo, comprando energia ao valor exorbitante do PLD.

Ainda, nos anos seguintes, para assegurar a redução das tarifas em 20% e evitar aumentos decorrentes da exposição das distribuidoras ao mercado de curto prazo, foram feitos aportes do Tesouro Nacional¹³⁷ e recursos financeiros dos fundos setoriais¹³⁸.

No ponto, cumpre destacar observações feitas pelo Tribunal de Contas da União :

“38. Inicialmente, a redução de despesas prevista pela MP nº 579/2012 era de R\$ 21,7 bilhões, o que daria o desconto médio de 20% nas tarifas. Contudo, alcançou somente R\$ 16,8 bilhões, sendo R\$ 4,2 bilhões em geração, R\$ 5 bilhões em transmissão e R\$ 7,6 bilhões em redução de encargos tarifários. Com esse valor menor, o desconto seria apenas de 15%. Ocorre que o Governo resolveu aumentar o aporte do Tesouro Nacional e manter os 20% de desconto originalmente previstos...”¹³⁹

Ocorre que os aportes iniciais do Tesouro Nacional, foram sendo aumentados conforme o despacho pleno de usinas termelétricas crescia, face à percepção de energia mais barata para os consumidores residenciais.

Desse modo, os recursos disponibilizados pelo Tesouro Nacional e pelas operações de crédito embora estimados 3,3 bilhões de reais para 2013, totalizaram 14 bilhões de reais, conforme apontado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1.171/2014:

¹³⁷ A participação do Tesouro Nacional teve os seus contornos apresentados na própria exposição de motivos da Medida Provisória n. 579/2012.

¹³⁸ Em adição ao aporte de recursos financeiros pelo Tesouro Nacional, a Medida Provisória n. 579/2012, em seu artigo 20, estabeleceu a possibilidade de a ELETROBRAS, na condição de gestora dos fundos setoriais correspondentes à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE – e à Reserva Global de Reversão – RGR, “contratar operações de crédito [...] para atender à finalidade de modicidade tarifária”.

Para essas operações financeiras, a garantia é o “fluxo futuro de recebimento da arrecadação da [Conta de Desenvolvimento Energético –] CDE e da [Reserva Global de Reversão –] RGR”, arrecadação essa que advém das tarifas praticadas pelas distribuidoras junto a seus consumidores.

¹³⁹ TCU, Acórdão n. 2.565/2014

“O Governo vem transferindo recursos do Tesouro Nacional por meio do encargo tarifário CDE. No ano de 2013 foram repassados às distribuidoras de energia, pelo Tesouro Nacional, R\$ 14 bilhões, dos quais R\$ 3,7 bilhões a fundo perdido e R\$ 9,9 bilhões serão repassados à tarifa de energia.”

Não suficiente os aportes diretos do Tesouro feitos em 2013 para cobrir os custos incorridos pela exposição involuntária das distribuidoras, o governo criou em 2014 a chamada “conta ACR” para arcar com a exposição involuntária das distribuidoras ao mercado de curto prazo e com gastos relativos aos despachos de usinas térmicas em disponibilidade:

“119. Para arcar com esses custos, criou-se um novo encargo: a Conta ACR. Esta cobrirá, no período de fevereiro a dezembro de 2014, as despesas das distribuidoras advindas da exposição involuntária ao mercado de curto prazo ou do despacho de usinas térmicas contratadas por disponibilidade. A conta ACR será custeada por duas operações de crédito, no valor de R\$ 17,8 bilhões, sendo a primeira de 11,2 bilhões e a segunda de R\$ 6,6 bilhões, contratadas pela CCEE.

Por meio da conta ACR o Governo realizou duas operações de crédito entre com treze bancos e a CCEE que totalizam o valor de 26,6 bilhões de reais a serem cobrados nas tarifas de energia entre março de 2015 e dezembro de 2017 via CDE:

120. As duas operações de créditos firmados com treze bancos e a CCEE, no valor de R\$ 17,8 bilhões, mais seu custo financeiro, serão cobrados na tarifa de energia elétrica, via CDE, de março de 2015 a dezembro de 2017, e totalizam o montante de R\$ 26,6 bilhões (peça 120, p. 90-91).”¹⁴⁰

Assim, o Tribunal constatou que, para obter a redução tarifária, o Governo se valeu não só do Tesouro Nacional, mas postergou para 2015 os aumentos nas tarifas que deveriam ter sido repassadas já em 2013¹⁴¹.

Atualmente, as distribuidoras constituem o conjunto de agentes da CCEE com maior posição devedora na liquidação financeira do mercado de curto prazo.

Analisando dados de 2014, o TCU constatou, em 2016 que “23 das 63

¹⁴⁰ Ata Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. página 36. Disponível na página do TCU na Internet pelo código: AC-2565-38/14-P. Página 36

¹⁴¹ Ata Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. página 36. Disponível na página do TCU na Internet pelo código: AC-2565-38/14-P. Página 39

distribuidoras de energia elétrica no país superaram os níveis de endividamento definidos pela agência reguladora do setor. Juntas, elas representam 77% da receita do setor.”¹⁴²

Feita a análise dos efeitos da Medida provisória 579/12 para a economia brasileira e para os agentes do setor, passa-se às considerações a respeito do princípio paradigma para aferir sua suposta violação.

III. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal, pelo artigo 37, XXI, estabelece que as obras serviços, compras e alienações contratados mediante processo de licitação devem possuir cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta:

***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:*

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A proteção às condições originais da contratação entre particular e poder público consta também na Lei 8987/95 que (lei de concessões) em seus artigos 9º, § 4º e 10º nos seguintes termos:

***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.*

[...]

***§ 4º** Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente*

¹⁴² Fonte : G1. “Endividamento das distribuidoras” Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/07/tcu-23-distribuidoras-de-energia-superaram-nivel-de-endividamento.html> > acesso em 30 de agosto de 2016.

*deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração*¹⁴³

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

Desses dispositivos se extrai a obrigatória aplicação do princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos a ser analisado neste capítulo.

III.1) Do caráter bilateral dos contratos de concessão

A clássica conceituação dos contratos administrativos de Hely Lopes Meirelles, exalta, quanto contrato de concessão, o caráter bilateral que permeia o acordo feito entre particular e o Estado, no qual há encargos recíprocos entre concessionários e poder concedente:

“O contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão em concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão do uso de bem público, consubstanciadas em contrato Administrativo bilateral, cumulativo, remunerado e realizado ‘intuitu personae’(...) Com isso se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente.”¹⁴⁴

Assim, a bilateralidade nessa espécie de contratos, assenta no respeito às condições pessoais de quem celebra contrato com a Administração Pública.

Segundo Celso Antônio, o respeito ao mútuo interesse das partes faz com que a doutrina dominante atual enxergue o contratante privado como um colaborador da administração, e não mais como um executante sem iniciativa como era visto há algumas décadas. Por esta razão, o Estado deve assegurar-lhe uma remuneração “normal” e não o menor lucro possível:

¹⁴³ BRASIL, Lei 8987/95, artigo 9º, § 4º e artigo 10.

¹⁴⁴ MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo brasileiro. 29ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 256-257.

“Pretende-se encarecer que se trata de vínculo – segundo a doutrina dominante na atualidade – no qual o contratante privado é havido como colaborador da Administração, de tal sorte que: tende a prevalecer a ideia de que o interesse do Estado é de assegurar uma remuneração normal (e não mais o menor lucro possível) a seu contratante, que vai ser associado, não como um executante sem iniciativa, mas como um colaborador ao qual tais iniciativas, pelo contrário, são pedidas em favor de uma tarefa de interesse público”¹⁴⁵

Portanto, não somente o interesse do Estado deve ser preservado nos contratos de concessão, mas também o interesse da concessionária que desenvolve atividade em nome do poder público.

Para o mercado privado, esse interesse nada abrange além do próprio lucro auferido com a exploração do serviço público, lucro tal que deve ser protegido mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o modo de prestação contratual para melhor adequação do serviço público, segundo Helly Lopes Meirelles:

“ O contrato Administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contrato se objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato e em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e a forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público.”¹⁴⁶

As concessões no Brasil sempre tiveram um caráter contratual civil em que a liberdade do concessionário é pouco limitada pelo poder administrativo. Tal fato deriva da nítida influência do Direito Francês na constituição das bases do Direito Administrativo brasileiro conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“ As concessões nasceram entre nós, no último quartel do século passado, como instrumento de atração de capital e tecnologia externos, (...) foi graças ao concurso da iniciativa privada estrangeira que se desenvolveram, na época, os serviços de portos, a construção de ferrovias e se implantaram nos grandes centros os serviços de eletricidade, gás, telefones e transporte urbano. Dominou, em tais empreendimentos, o regime contratual,

¹⁴⁵ ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Celso - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 636.

¹⁴⁶ Helly Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª edição, Malheiros Editores, 2006, p.208.

inspirado no direito francês em que a liberdade do concessionário pouco era limitada pelo poder administrativo.”¹⁴⁷

Não a toa, portanto, que, a respeito dos contratos de concessão, Di Pietro traz em seu livro “Parcerias na Administração Pública”, um trecho da primeira decisão tomada pelo Conselho de Estado Francês no aresto de interesse da “*Cie. Française de Trammays*” de 11-03-1910, a partir da qual se desenvolveu o instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

*“é de essência mesma do contrato de concessão buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre benefícios prováveis e perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão está implícito como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão.”*¹⁴⁸

Nessa “*equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige*”, estão, de um lado, a prestação de serviço adequado¹⁴⁹ por parte do concessionário particular, e por outro, a justa remuneração deste particular pelo poder público, via cobrança de tarifas.

Assim, a garantia de igualdade das vantagens que se concede ao poder público e ao concessionário parece ser a base que sustenta a inserção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no ordenamento jurídico, pois, sem obrigações e vantagens recíprocas, não haveria porque se falar em equilíbrio.

III.2) Do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

Assim como na França, no Brasil as concessões para exploração do serviço público são feitas por conta e risco do concessionário, conforme disposto na Lei 8.987/1995, lei das concessões:

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas de direito público, Estudos e pareceres, p. 777-805.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella _ Parcerias na Administração Pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/ 5.edição– São Paulo : Atlas, 2005. Pgs. 114/115

¹⁴⁹ O artigo 6º §1º da Lei 8987 define serviço adequado como “aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”

Art. 2º para fins do disposto nessa 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 o seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado.*

Ao dizer que o concessionário deverá prestar o serviço “por sua conta e risco”, a norma legal deixa a cargo somente do concessionário os riscos de flutuação naturais do mercado, mas ao mesmo tempo, protege o desempenho da atividade empresarial de eventuais desequilíbrios ocasionados por atos do poder público.

Caio Tácito, em seu livro *Temas de Direito Público volume I*, destaca, em suas notas específicas sobre o equilíbrio financeiro dos contratos de concessão, que “o princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos, e especialmente à concessão de serviço público.”¹⁵⁰

Na mesma oportunidade o Autor nos adverte, ainda, que o instituto não tem o condão de proteger o concessionário contra flutuações naturais na gestão do serviço, mas que, quando o poder concedente, por ato próprio, abala as condições financeiras lucrativas da concessionária, surge o direito de compensação pecuniária à prestadora do serviço.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello define o equilíbrio econômico-financeiro como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pelas obrigações assumidas pela compensação econômica que lhe corresponderá”¹⁵¹.

Nesse sentido, Luís Alberto Blanchet nos leciona que a despeito de efetuar o serviço por sua conta e risco, o concessionário pode reclamar de meios indispensáveis

¹⁵⁰ Tácito, Caio 1917 – *Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)* – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁵¹ ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Celso - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 616.

à adequada prestação da atividade, de modo a evitar o comprometimento de sua saúde financeira:

“Que o concessionário deva executar o objeto da concessão “por sua conta e risco (conforme os termos do inciso II) é incontrovertível, mas igualmente incontestável é que o poder concedente deva lhe e assegurar os meios necessários para a adequada prestação do serviço sem pôr em risco a saúde financeira e a própria sobrevivência do concessionário, da qual, afinal, depende a permanência e continuidade do serviço. Deve ser, pois, assegurada a preservação do originário equilíbrio econômico-financeiro em relação à álea extraordinária (extraordinária em função das peculiaridades da causa do desequilíbrio) excluída, para tais fins a álea ordinária, portanto.”

152

Daí extrai-se que quando a autoridade pública, visando ao interesse público, age de forma a modificar as condições de execução de um contrato administrativo já concluído, prejudicando, ainda que por ato lícito, o particular contratado, deve reestabelecer o equilíbrio econômico do particular.

Claro é que qualquer empresa economicamente estável deve estar em condições de aferir lucros assim como de atrair novos capitais para sua expansão e melhoramento, independente de fundos ou recursos especiais que o Estado possa constituir em benefício coletivo.

Pela necessidade de proteção ao lucro do particular, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o poder público jamais pode esquivar-se de ressarcir a concessionária por prejuízos econômicos consequentes de fato seu:

“Diga-se, de passagem, que é aliás, fora de qualquer dúvida ou entredúvida que o Poder Público não se pode livrar de ressarcir integralmente o contratante dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercita seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo estipulado.”¹⁵³

Portanto devem serem propiciadas ao concessionário todas as condições para que, mediante a cobrança de tarifa fixada pelo poder concedente, possa ressarcir-se

¹⁵² BLANCHET, L A, Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá Editora, 1995, pg 27.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 618.

dos custos incorridos na prestação do serviço, obtendo, ainda, um mínimo pela atividade desenvolvida em nome do poder público.

Logo, pode-se compreender que, se a concessionária não assumiu o risco de prejuízo a que está sendo submetida, e a estrutura econômico-financeira da concessão foi diretamente abalada pelo ato administrativo denunciado, esta terá o direito de exigir o reequilíbrio da situação econômica original :

“Sempre, no entanto, que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive do ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes.”¹⁵⁴

Assim, por força do princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, os atos do poder concedente que agravem os encargos do concessionário à revelia de seu consentimento ou previsão, ensejam a obrigação de compensação econômica por parte do Estado, acrescida ou não de indenizações, a depender da ocorrência de danos maiores que possa ter sofrido o particular.

Waline é ainda mais enfático em sua conceituação do instituto ao anunciá-lo como um *“direito fundamental de quantos pactuem com o Estado, ou uma norma fundamental da teoria dos contratos administrativos”¹⁵⁵*.

No mesmo sentido, o posicionamento do eminente jurista José dos Santos Carvalho Filho:

Na verdade, a exigência de tal equilíbrio é que possibilita assegurar-se ao concessionário o direito pactuado na concessão e o respeito ao princípio da equação econômico-financeira do contrato. Significa dizer que, se se eleva o custo do serviço para o concessionário, cabe ao Estado adequar o contrato à nova realidade. Somente assim poderá alcançar-se a real observância do princípio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos .¹⁵⁶

¹⁵⁴ Tácito, Caio, 1917 – Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)/Caio Tácito– Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁵⁵ Marcel Waline, *Droit administratif*, 8ª edição, 1959, pág 574.

¹⁵⁶ (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2011).

Ao que parece, a doutrina é pacífica no entendimento de que o risco assumido pelo concessionário no momento da celebração do contrato administrativo não é irrestrito, pois sempre encontra proteção na cláusula capital (expressa ou tácita) do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim, a revisão dos contratos administrativos pode ocorrer quando, em virtude de acontecimentos supervenientes, imprevistos pela partes no momento da contratação, exsurja situação nova que torne o contrato oneroso a uma das partes.

Vedel define os agravos provenientes das chamadas “sujeições imprevistas” como *“dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor”*¹⁵⁷.

As sujeições imprevistas por ambas as partes moldam o instituto da teoria da imprevisão que trata da ocorrência de fatos imprevistos e incontornáveis tanto pelo poder público quanto pelo concessionário, ensejando a revisão contratual com efeitos *ex nunc*.

III.3) Da quebra do equilíbrio por fato do príncipe

O Estado brasileiro atua sob o Direito e por isso é responsável por suas ações e omissões quando impuserem prejuízos a terceiros, conforme os ensinamentos de Cretella Júnior:

*“O mau funcionamento da máquina estatal, com reflexos sensíveis no funcionamento do serviço público, traduzido em concreto por atos ou omissões do agente público, em decorrência da movimentação (ou inércia) do aparelhamento da Administração, tem como consequência frequente e profunda, uma série de danos causados aos administrados, prejuízos esses tanto maiores quanto mais poderoso tem se tornando o Estado em nossa época.”*¹⁵⁸

Por essa razão, além das sujeições imprevistas por ambas as parte, está entre os acontecimentos hipotéticos que podem ensejar a revisão contratual das concessões,

¹⁵⁷ Gustavo Gil Gasiola, REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

¹⁵⁸ CRETELLA Júnior, José – *O Estado e a obrigação de indenizar* / São Paulo : Saraiva 1980. Página 27.

o chamado fato do príncipe, que ocorre somente por atos ou omissões do agente público imprevistos pelo concessionário.

O fato do príncipe se dá quando o exercício lícito de poderes extracontratuais pela entidade contratante incide no contrato administrativo de forma direta, especial e significativa, modificando-o ou resolvendo-o, e a sua incidência cria um dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular.

O fato do príncipe, decorre, portanto, de ato administrativo do poder concedente que sendo lícito ou não, seja oneroso ao particular contratado e, por essa razão, crie direito ao ressarcimento completo do prejuízo sofrido a contar de quando se rompeu o equilíbrio financeiro da concessionária.

A previsão legal do instituto encontra-se no artigo 65 Lei 8.666/93, que dispõe sobre as licitações. O texto da Lei é taxativo no sentido de que a revisão contratual tem como escopo restabelecer o equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, que pode ser abalado pela superveniência de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando a álea extracontratual:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

Celso Antônio Bandeira de Mello define fato do príncipe como “o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato onerando o particular.”¹⁵⁹

¹⁵⁹ ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Celso - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 638.

Nesse sentido, o fato do príncipe pode ser identificado quando um comportamento do poder público alheio à posição contratual por ele assumida na ocasião de contratação com o particular, ocasionou prejuízos ao contratado.

Portando o ato administrativo, ainda que lícito e legítimo, ao ir de encontro aos interesses particulares da concessionária contratada, faz com que o risco ordinário – aquele assumido na celebração do contrato – seja superado pela própria Administração, desestabilizando a economia do contratado.

É Nesse sentido, que conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração deve agir com lisura e integral respeito aos interesses econômicos dos concessionários:

“Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte. Para tanto, o que importa, obviamente, não é a “aparência” de um respeito ao valor contido na equação econômica financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de formulas ou fantasias, mas um resultado real uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado.”¹⁶⁰

Caio Tácito também leciona que quaisquer encargos impostos ao concessionário à revelia de seu consentimento, obrigam a Administração à indenização integral do prejuízo econômico suportado pelo concessionário, segundo a teoria do fato do príncipe:

“podendo agravar os encargos do concessionário, à revelia de seu consentimento ou previsão, fica, no entanto, o poder concedente obrigado a indenizar integralmente o prejuízo causado. É constante, nesse sentido, a jurisprudência do conselho do Estado segundo a teoria do fato do príncipe.”¹⁶¹

¹⁶⁰ ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Celso - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 637.

¹⁶¹ Tácito, Caio 1917- *Direito Administrativo – Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1975. Pg. 207

Nesses moldes entende-se que o instituto do fato do príncipe é necessário à resolução de situações i) imprevisas pelo concessionário, ii) ocasionadas pelo poder público e iii) que geram prejuízos de ordem econômica ao contratado.

A ocorrência do fato do príncipe, enseja, pois, a aplicação do equilíbrio econômico financeiro dos contratos quando tutela o contratante particular contra as atuações da Administração Pública que afetem a sua estabilidade.

Caio Tácito nos ensina que o que diferencia o fato do príncipe das demais figuras de proteção do particular nos contratos com a Administração Pública é a teoria das áleas ou da imputação dos riscos contratuais ao agente que poderia tê-lo evitado:

“Em poucas palavras, entende-se pela teoria das áleas que o particular contratante estaria sujeito aos riscos da álea ordinária (aqueles presentes em todas as atividades empresariais). Em contraposição estaria a álea extraordinária, subdividindo-se em administrativa – a qual responde o contratante público – e a econômica – partilhados entre as partes. Nessa divisão, o fato do príncipe corresponderia à álea extraordinária administrativa.

[...]

É evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas, (constantes da oferta vencedora do exame licitatório que precede o contrato), a Administração terá de manter, na íntegra, a equação econômico-financeira inicial. Ficará, pois, defendida tanto contra os ônus que o contratado sofra em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos faltosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que seja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado por inflação em todos os contratos que se perlongam no tempo.¹⁶²

Assim, pela teoria das áleas, o fato do príncipe ocorre quando o risco comum assumido pela concessionária no momento de contratar (álea ordinária) é superado pelos efeitos de um ato administrativo novo (álea administrativa extraordinária), acarretando prejuízo ao contratado.

Cretella Júnior, ao diferenciar o fato do príncipe do instituto da imprevisão, diz serem apenas três os requisitos para configurar o fato do príncipe: i) o contrato administrativo; ii) uma medida administrativa cujo efeito rompe o equilíbrio

¹⁶² Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

financeiro; e iii) o elemento de imprevisão. “Cumpridos estes requisitos, haverá fato do príncipe, tendo sempre o contratante particular a pretensão de uma indenização integral”¹⁶³.

Portanto, para a teoria do fato do príncipe, é irrelevante se o ato administrativo lesou a equação financeira por atuar de forma direta contra as estipulações contratuais, ou se apenas indiretamente atingiu a execução do contrato, desde que a Administração Pública tenha agido de forma a prejudicar as estipulações pactuadas e o direito ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, ocorreu fato do príncipe.

Dessa forma, não importa se a Administração agiu de maneira direta ou indireta sobre os termos de execução do contrato, a teoria do fato do príncipe resguardará a estabilidade financeira do concessionário.¹⁶⁴

É por isso que, segundo Cretella Júnior, a natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros.¹⁶⁵

III.4) O equilíbrio econômico financeiro dos contratos na Jurisprudência Brasileira – Caso VARIG

Em 23 de fevereiro de 1993, a Viação Aérea Rio-Grandense Varig SA, concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular, ajuizou ação contra a União alegando que a diminuição de seu patrimônio no mesmo ano teria decorrido da política de congelamento tarifário vigente no país, apelidada de Plano Cruzado.

No caso, a Autora comprovou estar exposta a endividamento de seu capital de giro por consequência direta da política de juros elevados e congelamento de tarifas que lhe havia sido imposta, razão pela qual pediu pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de seu contrato de concessão, com consequente

¹⁶³ (Curso de Direito Administrativo 2012, p. 30 e ss.),

¹⁶⁴ Cf. Péquignot, *Revue du Droit Public et de la Science politique*, 1952, pág. 202 e 203.

¹⁶⁵ CRETELLA Júnior, José – *O Estado e a obrigação de indenizar* / São Paulo : Saraiva 1980. Página 26..

ressarcimento pelos prejuízos já suportados, acrescidos de danos emergentes, lucros cessantes, correção monetária e juros.

Ao enfrentar a questão, em 12/03/2014, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 571.969 referente ao caso, chancelou a decisão tomada pelo juízo *a quo*, reconhecendo o dever da Administração Pública de indenizar a concessionária pela ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão e pelos danos suportados.

No acórdão proferido em ocasião do Recurso extraordinário, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, a suprema corte reconheceu a ocorrência, no caso, do chamado fato do príncipe, e exaltou a responsabilidade objetiva da Administração por seus atos, ainda que lícitos, quando ocasionem qualquer tipo de dano ou prejuízo pecuniário ao particular.

Entendeu a corte que *“apesar de toda a sociedade estar submetida ao novo plano econômico, a concessionária sofrera prejuízos especiais, que ultrapassavam os riscos por ela assumidos quando na feitura do acordo”*.

O voto da eminente ministra Carmen Lúcia, relatora do caso, exalta o caráter bilateral do contrato de concessão, no qual os encargos e benefícios assumidos pelos contratantes presumem o respeito ao princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos:

“A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é uma expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para execução dos serviços nos moldes licitados.

A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do equilíbrio da equação econômico financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos.”

E ainda, destaca que o Estado deve responder pela prática de atos, ainda que lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os concessionários:

“ o Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos quando deles decorrem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade da concessionária cumprir as exigências pactuais com o público sem prejuízo de seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderem ser honrados.”

[...]

Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição.”

No caso, a Corte concluiu que, pela sua própria condição de concessionária, este tipo de empresa não possui a liberdade econômica garantida aos agentes econômicos. Logo, o caráter geral da políticas econômicas não autoriza a União a descumprir as cláusulas do contrato de concessão, em especial quando é a própria Constituição que exige a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Nesse sentido, o tribunal, por maioria, não conheceu o recurso extraordinário interposto pela União e reafirmou a responsabilidade da mesma quanto aos prejuízos suportados pela recorrida.

III.5) Do reajuste tarifário como garantia equilíbrio financeiro

A Constituição Federal, em seu artigo 175, estabelece que o poder público definirá por meio de lei a política tarifária imposta às concessionárias e permissionárias de serviço público¹⁶⁶.

¹⁶⁶ **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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Sobre as tarifas, Hely Lopes Meirelles adverte para o fato de que elas devem permitir a justa remuneração do contratado, garantindo, o melhoramento e expansão do serviço e assegurando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

“O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando equilíbrio econômico financeiro do contrato. Daí por que se impõe a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários a manutenção e expansão do serviço, afim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada.

A revisão de tarifas é uma ato privativo do poder concedente, em negociação com o concessionário, que deverá demonstrar a renda da empresa as despesas do serviço e a remuneração do capital investido ou a ser invertido nas ampliações necessárias.”¹⁶⁷

Portanto, a revisão das tarifas tem um alcance determinado no tempo e deve resultar do reconhecimento, pelo poder concedente, dos custos demonstrados pela concessionária, os quais devem ser cobertos por um novo valor de modo a garantir “a justa remuneração do capital, o melhoramento e expansão dos serviços, e assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”.

Nesse sentido, o grande jurista Caio Tácito explica, a respeito da revisão tarifária, que “..a fixação de tarifas é uma avaliação atual da composição de custos de serviço incorridos na produção de energia elétrica vendida ao consumidor”.¹⁶⁸

Segundo Aragão, nos contratos de concessão de serviços públicos, face à sua longa duração e ao fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro”¹⁶⁹.

Por esta razão a Lei 8987/95 que dispõe sobre o regime de concessões de serviço público prevê a revisão tarifária anual das tarifas que, segundo a própria agência reguladora “tem como principal objetivo analisar, após um período

¹⁶⁷ in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, São Paulo, Malheiros, 20ª edição, 1995, pg 346.

¹⁶⁸ TÁCITO, Caio. 25/10/1994 em Parecer solicitado pela Associação Brasileira de Concessionárias de energia elétrica (ABCE)

¹⁶⁹ ARAGÃO, 2008, p. 636.

previamente definido no contrato de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão”¹⁷⁰.

O artigo 9º, § 3º da Lei das concessões, 8987/95, como forma de se garantir o equilíbrio financeiro dos contratos, dispõe que a revisão de tarifas sempre deve ocorrer após instituídos novos tributos ou encargos legais aos concessionários:

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.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Portanto, em havendo ato unilateral do poder concedente que altere o referido equilíbrio, deverá sê-lo restabelecido concomitantemente à alteração § 3º do art. 9º da Lei 8.987/1995.

Dentre as três formas de reajuste das tarifas mencionadas no primeiro capítulo do trabalho, a revisão tarifária extraordinária é possível sempre que houver um incremento não esperado de custos não gerenciáveis a ponto de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do serviço público.

As outorgas dos serviços devem seguir as condições previstas nesses diplomas, e nas demais normas específicas, com observância aos demais princípios que regem as concessões e os contratos administrativos.

O STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.733/ES, julgou a constitucionalidade da Lei estadual nº 7.304¹⁷¹, que excluiu as motocicletas da relação de veículos sujeitos ao pagamento de pedágios e estabeleceu desconto de 50% para estudantes sobre o valor dos pedágios existentes nas vias estaduais quando as mesmas fossem utilizadas para deslocamento da residência para escola.

¹⁷⁰ www.ANEEL.com.br

¹⁷¹ publicada na data de 30 de agosto de 2002 no Diário oficial do Estado do Espírito Santo,

Na ocasião, a corte manifestou o entendimento de que o texto normativo atacado, ao conceder isenções e descontos nos pedágios estaduais, alterava substancialmente o contrato celebrado entre o poder concedente e a concessionária.

Em seu voto, o Min. Rel. Eros Grau declarou que essas situações “*frustram as expectativas da contratada, já que reduzem suas receitas sem que seja prevista qualquer forma de compensação por essa redução, o que acarreta desequilíbrio na relação contratual, uma vez que os custos permanecem os mesmos*”¹⁷².

No caso, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo por afronta explícita ao ato jurídico perfeito e ao princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, nos seguintes termos:

*“Em síntese; de um lado admite-se alteração unilateral das cláusulas que regulamentam o serviço público a fim de melhor adequá-las à plena satisfação do interesse público; de outro lado, deve ser garantido ao concessionário o direito de não ter alteradas as vantagens econômicas antevistas e pactuadas por ocasião da formalização do contrato, devendo, se necessário for, haver o reajuste de tarifas”*¹⁷³

A questão do reajuste tarifário das concessionárias foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal também em 1997, quando julgou Recurso Extraordinário interposto pela União contra decisão que lhe impusera obrigação de ressarcir a TRANSBRASIL pela negativa de reajuste das tarifas aéreas durante o plano cruzado.

A corte reconheceu que não seria possível que os decretos-leis de congelamento se sobrepujassem ao preceito constitucional que assegurava a revisão tarifária, uma vez que somente esse preceito era garantidor do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Do voto do relator, ministro Octávio Gallotti, extraem-se as seguintes assertivas:

“Consagrava, assim, o texto constitucional da 1969 a garantia de que, nos contratos de concessão de serviços públicos, o valor das tarifas deveria corresponder à justa remuneração do capital bem como permitir o melhoramento e expansão dos serviços e garantir o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

¹⁷² ADI 2733, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 03-02-2006.

¹⁷³ ADI 2733, Relator: Min. Eros Grau, Idem.

Desrespeitado esse princípio por ato comissivo ou omissivo do poder concedente, impõe-se a recomposição da equação financeira, tendo em vista não só a imperiosa necessidade de que os serviços públicos tenham continuidade, mas também, em razão do princípio jurídico que preconiza que todo aquele que, por ação ou omissão, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (Código Civil, art. 159 fls.1709).

[...]

*Não há, porém, como pretender assimilar a índole dos danos porventura causados pela adoção de determinada política econômica às pessoas em geral, diretamente sujeitas como súditos à autoridade do Estado, à natureza de outra relação juridicamente diversa, contraída com quem esteja ele vinculado por liame contratual. **Sobretudo, quando este contrato é objeto de amparo da Constituição (artigo 167, II da Carta de 1967) durante cuja vigência verificou-se insuficiência tarifária, causadora da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, imputada a atos omissivos ou comissivos do poder público e arbitrada, em seus efeitos financeiros, pelas provas periciais acolhidas nas instâncias ordinárias.***

Nem haveria de ser a observância de um decreto-lei escusa válida para o descumprimento de uma garantia constitucional¹⁷⁴

Foi também nessa linha que o Superior Tribunal de Justiça posteriormente, reconheceu à VARIG o mesmo direito em virtude do congelamento das tarifas durante o plano Cruzado.

A questão que envolve as concessionárias de serviço de energia elétrica é da mesma natureza, o que impõe atenção ao reajuste tarifário na medida em que o Estado rompe com o equilíbrio financeiro das concessionárias.

O problema que se enfrenta com relação às concessionárias de distribuição de energia é que as revisões no valor da tarifa paga pelo consumidor são feitas sob a parcela B da composição tarifária, referente somente aos custos gerenciáveis da concessionária, pois o preço da energia será mantido conforme a proposta feita pela distribuidora por ocasião da licitação.

Assim, os fatores externos que possam levar ao aumento de preço da energia para a concessionária não são considerados pela agência reguladora para a base de cálculo do reposicionamento tarifário da concessionária.

¹⁷⁴ Recurso Extraordinário 183180/DF, julgado em 17/06/1997, DJ de 1/08/1997

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Recurso Especial N° 1.283.757 enfrentou a questão de a revisão tarifária das concessões de energia por quebra de equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão quando julgou a possibilidade de repasse de valores às tarifas dos consumidores de energia das Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A em virtude de desequilíbrio econômico financeiro sofrido pelas distribuidoras no racionamento de 2001¹⁷⁵.

Na ocasião, foi reconhecida a legitimidade da Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A de repassar ao consumidor final incrementos indevidos na parcela A dados pela ANEEL no período de crise hídrica. Isso pois:

“Sendo a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica submetido à Lei de Serviços Públicos (no 8.987/95) bem como à Lei de Licitações (no 8.666/93), a empresa concessionária/permissionária do mesmo goza da garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ RECURSO ESPECIAL N° 1.283.757 - SC (2011/0228046-5

¹⁷⁶ RECURSO ESPECIAL N° 1.283.757 - SC (2011/0228046-5 – Vale observar o Inteiro Teor da Emenda :

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ONEROSO AO USUÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. RECEITAS REPASSADAS ÀS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO COMPOSTAS DE DUAS PARCELAS: PARCELA "A", REPRESENTADA PELOS CUSTOS NÃO GERENCIÁVEIS, E, PARCELA "B", PELOS CUSTOS GERENCIÁVEIS. MECANISMOS DE REVISÃO TARIFÁRIA. APLICABILIDADE NA ÉPOCA DO RACIONAMENTO DE ENERGIA. POSSIBILIDADE DE REPASSE DESTES CUSTOS À TARIFA COBRADA DO USUÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 6º DA LEI No 10.438/2002.

1. Preliminarmente, deve ser **indeferido** o pedido de ingresso no feito na condição de *amicus curiae* formulado pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADDEE. A Corte Especial deste Tribunal Superior, em recentes precedentes (AgRg nos EREsp 1.070.896/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10.5.2013; AgRg nos EREsp 1.019.178/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 20.5.2013), analisou questão similar e proclamou a impossibilidade, em regra, da admissão de *amicus curiae* em recurso especial.

2. A indicação incorreta de dispositivo tido como violado acarreta na inviabilidade de sua análise, ante a incidência da Súmula 284/STF por aplicação analógica. Precedentes do STJ. **3.** No que tange à violação à cláusula de reserva de plenário, esta matéria não pode ser analisada na via recursal eleita tendo em vista que não foi debatida pelo Tribunal a quo nem no julgamento da apelação e tampouco nos aclaratórios. Patente, assim, a incidência da Súmula 211/STJ.

4. Do mérito: Sendo a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica submetido à Lei de Serviços Públicos (no 8.987/95) bem como à

Lei de Licitações (no 8.666/93), a empresa concessionária/permissionária do mesmo goza da garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, de forma que este ente privado tenha a garantia de retorno dos investimentos realizados para a consecução do serviço público, acrescido também da remuneração pelo serviço prestado.

5. Nos termos da regulamentação em vigência, cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica estabelecer as tarifas que devem ser cobradas pelas concessionárias ao usuário da energia elétrica, sendo que tais valores compõem a receita da concessionária de distribuição. Esta receita, por sua vez, é composta por duas parcelas, quais sejam: Parcela "A" e Parcela "B". A primeira ("Parcela A") é composta pelos "custos não gerenciáveis", essencialmente compostos dos seguintes componentes: (a.i) encargos setoriais, (a.ii) encargos de transmissão, e, (a.iii) compra de energia elétrica para revenda. Por sua vez, a "Parcela B" engloba os custos gerenciáveis, dentre os quais se destacam: (b.i) despesas de operação e de manutenção; (b.ii) despesas de capital; e, (b.iii) outros custos, tais como, por exemplos, PIS/COFINS e investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D),

bem como em eficiência energética. 6. Existe uma relação de relativa interdependência entre estas duas parcelas, visto que, é a partir dos custos levantados - não gerenciáveis ou gerenciáveis - que se determina o valor das tarifas e se mantém, por outro lado, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão de energia elétrica. Por fim, independentemente da localização do serviço prestado, as receitas componentes da "Parcela A", justamente porque refletem custos não gerenciáveis, ou seja, que escapam do controle do concessionário podem sofrer reajustes na medida em que haja, de forma devidamente circunstanciada e justificada, acontecimento capaz de promover a alteração do referido equilíbrio econômico e financeiro do contrato 7. No caso dos autos, no início dos anos 2000, o nosso país passou por uma crise no fornecimento de energia elétrica provocado, sobretudo, pela escassez das condições da oferta ante a crescente necessidade da demanda provocada pelos usuários, consumidores finais ou não do serviço público. Este fenômeno, de caráter extraordinário e não previsto nos contratos firmados entre o Poder Público e as concessionárias do serviço público, levou à criação do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2002, o qual foi institucionalizado por meio da edição da Medida Provisória no 14/2001, convertida, por sua vez, na Lei no 10.438/2002. 8. Dentre outras medidas, este instrumento normativo estabeleceu, em seus arts. 4o e 6o duas medidas que possibilitam a revisão dos custos incorridos pelas concessionárias de energia elétrica, quais sejam: (a) mecanismos de recomposição tarifária extraordinária (art. 4o); e, (b) compensação das perdas sofridas (art. 6o). 9. Em síntese, tratam-se de dois mecanismos distintos que foram estabelecidos tendo em vista este acontecimento inesperado que impactou no equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão que, àquela época, estavam em vigor, sendo que ambos se diferem por sua magnitude, e, ainda, por seu alcance geográfico. Vale dizer, a recomposição tarifária extraordinária - mais drástica - ficou restrita aos Estados efetivamente atingidos pela medida; por outro lado, a compensação das perdas sofridas (prevista no art. 6o da Lei 10.438/02), por ser uma medida menos drástica, foi possibilitada de forma geral, não havendo restrição geográfica estipulada em Lei. 10. No caso dos autos, o acórdão recorrido entendeu que os prejuízos causados pelo racionamento de energia elétrica não redundaram na revisão tarifária extraordinária, mas sim no incremento dos custos não gerenciáveis pela concessionária local de energia elétrica

Logo, sendo a prestação do referido serviço submetida à Lei de Serviços Públicos bem como à Lei de Licitações, a empresa concessionária/permissionária goza da garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de forma que o ente privado tenha a retorno dos investimentos realizados para a consecução do serviço público.

A partir da definição do âmbito de aplicação do princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é possível aferir a ocorrência ou não de sua violação pela Medida Provisória 579/2012.

*(Parcela "A") sendo que, no entanto, estes custos não poderiam ser repassados ao consumidor final na forma de incremento do cobrança da tarifa ao usuário, porquanto já teriam sido absorvidos pelos reajustes posteriores. 11. Não obstante, seja em qualquer uma das hipóteses - revisão tarifária extraordinária (art. 4º da Lei 10438/02) - elou recomposição dos custos em virtude das variações ocorridas dos valores dos itens componentes da "Parcela A" durante o ano 2001 (art. 6º da Lei 10438/02), é certo que a compensação de tais prejuízos demonstrados pode ser repassada aos consumidores na forma de incremento da tarifa, desde que observada a sua modicidade bem como as demais normas aplicáveis. **Ou seja, é possível que, por expressa determinação legal, estes repasses sejam incorporados na tarifa cobrada ao usuário pela concessionária.** 12. Note-se que o Tribunal a quo utilizou de mero juízo de probabilidade - e não de certeza - quando afirmou que seria presumível que tais perdas tenham sido recompostas por meio dos reajustes tarifários anuais subsequentes. Não obstante, não é possível, por meio de presunção, afirmar que tenha havido ou não a recomposição das perdas na revisão anual tarifária subsequente, e, nem em sede de recurso especial, é possível tal afirmação com certeza por demandar o revolvimento do conjunto fático e probatório e também por depender de conhecimentos específicos que somente podem ser aferidos por meio de perícia. 13. Por outro lado, tal constatação não quer dizer que a recomposição destes custos é legítima se efetuada em duplicidade, sendo que, apenas e tão somente se a recomposição das perdas experimentadas em virtude do racionamento já não houver ocorrido (ainda que sobre outras formas) é que se torna possível o repasse à tarifa dos custos a que se refere o art. 6º da Lei no 10.438/2002.*

14. Esta constatação se faz necessária porquanto privilegia os direitos dos consumidores do referido serviço público bem como atende à necessidade de manutenção do justo equilíbrio econômico e financeiro dos contratos. Além disso, indispensável o cumprimento estrito de todos os requisitos expostos naquele dispositivo, sob pena de inviabilizar a legitimidade da referida recomposição das perdas.

15. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido a fim de reconhecer a legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica cobradas pelo usuário dos incrementos na parcela "A" dos custos suportados pelas Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A no ano de 2001, nos termos do art. 6º da Lei no 10.438/2002.

III.2) A MP 579 à luz do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão

A hipótese levantada pela pesquisa – de que Medida Provisória 579/2012 feriu o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos colaborando para o cenário econômico de retrocesso em 2015 – partiu da observação da crise econômica pela qual passa o Brasil e do endividamento sofrido pelas distribuidoras de energia a partir do ano de 2013.

Portanto, o endividamento das distribuidoras é o objeto principal da análise de ocorrência ou não, de violação ao princípio econômico financeiro dos contratos administrativos por meio da MP 579/2012.

Nos capítulos anteriores, foi demonstrado que a MP 579/2012, ao diminuir forçosamente o preço das tarifas de energia em momento de escassez hídrica, gerou uma política de incentivo ao consumo por parte dos consumidores cativos do mercado regulado.

Esse aumento do consumo, ocasionou, por consequência, a elevação do despacho de usinas térmicas dentro e fora da ordem de mérito para garantia da segurança do sistema; além disso, ensejou aumento do preço da energia no mercado de curto prazo (PLD).

Além de estimular o consumo de energia em virtude da criação do sinal invertido de custo, com a MP 579/2012 o governo não se preocupou com a hipótese de adesão parcial à antecipação das concessões por parte dos geradores. Com isso, foi responsável por deixar descontratadas as distribuidoras, que tiveram que recorrer ao mercado de curto prazo para atenderem à demanda crescente por energia.

Assim, como consequência do aumento da demanda, as distribuidoras foram forçadas: i) a antecipar valores exorbitantes relativos ao aumento do despacho de usinas térmicas (que só foram repassados aos consumidores por ocasião dos reajustes tarifários dos anos seguintes); e ii) a adquirir energia no mercado de curto prazo ao valor exorbitante do PLD.

Em 2016, “23 das 63 distribuidoras de energia elétrica no país superaram os níveis de endividamento definidos pela agência reguladora do setor. Juntas, elas representam 77% da receita do setor.”¹⁷⁷

Fica, constatado a partir daí, que há, de fato, nexos de causalidade entre a edição da MP 579/2012 e o endividamento das concessionárias de distribuição de energia. A partir dessa constatação, cumpre aferir se este nexos de causalidade se enquadra na hipótese de violação da quebra do equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

No tópico anterior deste capítulo do trabalho foi visto que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos deriva da ideia de bilateralidade e, portanto, respeito ao interesse mútuo das partes. Por força desse princípio, o poder concedente deve garantir uma “*honestas equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige*”¹⁷⁸.

No que tange especificamente aos contratos de concessão de distribuição de energia, a bilateralidade das obrigações assumidas pelas partes pode ser determinada da seguinte forma: cabe ao concessionário a prestação do serviço público de qualidade, com suprimento completo da demandada¹⁷⁹, enquanto cumpre ao poder público o pagamento do concessionário de forma adequada, a garantir “uma remuneração normal (e não o menor lucro possível)”¹⁸⁰ em troca do serviço.

Além de submeter-se aos padrões de qualidade exigidos pela agência reguladora, cabe ao concessionário, ainda: zelar pelas obrigações socioambientais e

¹⁷⁷ Fonte : G1. “Endividamento das distribuidoras” Disponível em:

<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/07/tcu-23-distribuidoras-de-energia-superaram-nivel-de-endividamento.html> > acesso em 30 de agosto de 2016.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella– *Perceiras na Administração Pública*/ 5ª edição –São Paulo : Atlas, 2005. Pgs: 114/115.

¹⁷⁹ *O suprimento completo da demanda no caso das distribuidoras de energia, encontra respaldo legal na disciplina da lei 10.848/2004 regulamentada pelo Decreto nº 5.163/2004 que além da “modicidade tarifária”, obriga os agentes de distribuição a garantirem o atendimento de cem por cento de seus mercados de atendimento em nome da “segurança do sistema:*

“Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições: II - os agentes de distribuição deverão garantir, a partir de 1º de janeiro de 2005, o atendimento a cem por cento de seus mercados de energia e potência por intermédio de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL;”

¹⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio – *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 636.

pela gestão dos ativos da União, responsabilidades que não existem para o empreiteiro no livre mercado.

O Presidente da Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE¹⁸¹, Nelson Fonseca Leite, por ocasião da 3ª reunião da comissão mista do Senado Federal para discussão da reforma trazida pela MP 579/12, deu uma boa explicação sobre a condição arriscada das concessionárias de distribuição contrapondo-a à situação dos empreiteiros:

“Se a gente olhar qual a diferença entre o concessionário e o empreiteiro, verifica o seguinte: do ponto de vista de tributos, o empreiteiro repassa os tributos e o concessionário também. Do ponto de vista de administração, operação e manutenção, o empreiteiro repassa e o concessionário tem um valor regulatório e vai trabalhar com esse valor regulatório. Ele não tem o repasse dos custos de administração, operação e manutenção garantidos, ou seja, não é uma tarifa pelo custo.

No caso do empreiteiro, ele só fica no negócio se o lucro for maior que zero, se o lucro for positivo. No caso do concessionário, ele tem uma incerteza, porque existe uma diferença entre o custo real de administração, operação e manutenção e o valor regulatório, ou seja, se o valor regulatório não cobrir o custo real, ele tem um prejuízo na operação. O quarto ponto, que é extremamente importante, é a gestão do ativo da União. No caso de um empreiteiro, ele não teria nenhuma obrigação na gestão do ativo da União, ou seja, se explodiu um equipamento dentro das instalações da concessão que ele está administrando, ele não assume risco nenhum, ele não assume nenhum risco socioambiental – os maiores riscos de quem opera uma usina hidrelétrica, por exemplo, são os riscos socioambientais – enquanto o concessionário tem uma obrigação contratual com relação a esses riscos.

[...]

Então, senhores, qual é o racional econômico por trás disso? É o estímulo à gestão eficiente dos ativos concedidos e modicidade tarifária sustentável. Não adianta perseguir uma modicidade tarifária a curto prazo se a longo prazo essa modicidade tarifária fica comprometida porque o concessionário não terá condições de assumir todos os riscos pela operação do ativo”¹⁸²

¹⁸¹ A ABRADDEE, constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, “reúne 42 concessionárias de distribuição de energia elétrica - estatais e privadas - atuantes em todas as regiões do país e que juntas são responsáveis pelo atendimento de cerca de 98% dos consumidores brasileiros”. Disponível em: <http://www.abradee.com.br/abradee/quem-somos>

¹⁸² Discurso do Presidente da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, Nelson Fonseca Leite constante na Ata da 3ª Reunião da comissão mista do Senado Federal destinada a elaboração de parecer sobre a Medida Provisória 579/2012. Página 05. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107292> > acesso em 3 de novembro de 2016.

Assim, ao contratar com a Administração Pública, o concessionário assume riscos que não existem num mercado desregulado, e, para isso, visa uma remuneração capaz compensar minimamente seus investimentos, esforços e responsabilidades.

Essa remuneração pressupõe um lucro que deve ser protegido pelo poder concedente nos termos iniciais do ajuste e, sempre que for abalada por força de fatos que agravem os encargos do concessionário à revelia de seu consentimento ou previsão, ensejam a obrigação de compensação econômica por parte do Estado.

O que se constatou a partir da análise feita neste trabalho é que, no caso, além de não obterem lucro, as distribuidoras de energia se endividaram em decorrência da exposição forçada a que foram submetidas ao preço do PLD.

A hipótese, portanto, não se enquadra no risco assumido pelas concessionárias no momento da contratação, mas deriva da atuação direta do Estado no sentido de modificar as regras de prorrogação dos contratos de concessão de geração sem a realização de estudos aprofundados quanto aos possíveis efeitos dessa mudança disciplinar.

Assim, verifica-se a ocorrência do instituto do fato do príncipe pois, conforme visto, é a medida administrativa que diferencia o fato do príncipe da álea ordinária, ou seja, dos riscos comuns assumidos pelo concessionário ao contratar com o poder público.

Ademais, conforme a aplicação dada pela doutrina e jurisprudência brasileiras ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o fato do príncipe não exige que haja a culpa consciente do Estado no ato prejudicial ao concessionário, mas ocorre sempre que a quebra do equilíbrio econômico se dê por ato seu, ainda que lícito.

Foi visto ainda, que os fatos do príncipe que gerem encargos ao concessionário à revelia de seu consentimento ou previsão, ensejam a obrigação de compensação econômica por parte do Estado, acrescida ou não de indenizações, “*a depender da ocorrência de danos maiores que possa ter sofrido o particular*”.

No caso em apreciação, apesar de os gastos referentes ao aumento dos despachos térmicos terem sido repassados aos valores da tarifa paga pelo consumidor por ocasião dos reajustes anuais dos anos de 2014 e 2015, a quebra do equilíbrio econômico financeiro ocorreu também pela exposição involuntária das distribuidoras ao valor do PLD.

Ademais, ainda que venham a ser recompensadas pelos gastos decorrentes da exposição involuntária ao mercado de curto prazo, as distribuidoras sofreram danos maiores, difíceis de se contabilizar, como a perda de valor de mercado das empresas distribuidoras em aproximadamente 12%, citada pelo próprio presidente da ABRADEE em 2013¹⁸³.

Por força da MP 579/2012, sem sinal adequado de custo, os consumidores cativos utilizaram energia elétrica como se o custo de geração estivesse módico e provocaram o despacho de usinas termelétricas cada vez mais caras, as quais, usualmente movidas a óleo combustível, impuseram e ainda impõem significativos custos econômicos e morais às distribuidoras de energia, violando o equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

Ademais, sem a mudança da disciplina de prorrogação dos contratos de concessão, não haveria exposição involuntária das distribuidoras de energia.

Confirma-se, desse modo a hipótese primordial de que a MP 579/2012 constituiu fato do príncipe a ferir o princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão.

¹⁸³ Vide reportagem de Maurício Godoi. Para o website Canal Energia : “MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico”. Disponível em : <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Retrospectiva.asp?id=97289&a=2013> > acesso em 21 de novembro de 2016.

VI. CONCLUSÃO

Apesar de se propor a alcançar a modicidade tarifária e contribuir para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil, a MP 579/2012 promoveu a redução forçada no preço das tarifas de energia elétrica, acarretando diversos prejuízos às concessionárias distribuidoras de energia entre os anos de 2012 a 2015.

Os prejuízos econômicos sofridos pelas distribuidoras decorreram diretamente do sinal inadequado de custo e da alteração da disciplina de prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica.

A partir do ano de 2015, os gastos exorbitantes impostos às distribuidoras de energia começaram a ser repassados a todos os consumidores de energia elétrica. O Tribunal de Contas da União prevê que este repasse se estenderá até o ano de 2017, contribui para o empobrecimento da sociedade de forma geral.

Com sinal de custo adequado, ou seja, sem a diminuição forçada do preço das tarifas, os consumidores cativos poderiam ter (i) evitado consumo ocioso, (ii) reduzido a demanda por energia ao longo de 2013 e 2014 e, assim, (iii) contribuído para o armazenamento de água nos reservatórios das hidrelétricas, o que mitigaria o despacho de tantas usinas termelétricas, reduzindo o montante das exposições quanto ao preço da energia a ser paga.

Portanto, após apresentar os fundamentos do setor elétrico brasileiro, analisar as mudanças trazidas pela Medida Provisória 579/2012, e aferir o âmbito de aplicação do princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos na doutrina e jurisprudência brasileiras, pelo método dedutivo, confirmou-se a hipótese fundamental de que a Medida Provisória 579/2012 constituiu fato do príncipe ensejador da quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Constatou-se, ainda, que a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos fez com que Medida Provisória 579/2012 contribuisse para o processo de depreciação do cenário econômico brasileiro a partir do ano de 2015, uma vez que reduziu os níveis da atividade industrial e colaborou para o aumento do desemprego.

Nesse sentido, espera-se que o pesquisa tenha auxiliado aqueles que iniciam seus estudos em torno do setor elétrico brasileiro, bem como tenha sido útil àqueles que desejam compreender o princípio jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

VII. BIBLIOGRAFIA

MAKIE, Fiona – editor -regional para América Latina da consultoria Economist Intelligence Unit. em entrevista sobre o Rebaixamento do Brasil na BBC Brasil* em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_economia_investimento_en_trevista_hb> acesso em 25 de agosto de 2016.

Portal Planalto Central - Discurso presidencial em 11 de setembro de 2012. Disponível em : <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-cerimonia-de-anuncio-de-reducao-do-custo-de-energia-brasilia-df> > acesso em 7 de julho de 2016.

Portal IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br >acesso em 25 de agosto de 2016.

Portal G1 - Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/setor-eletrico-esta-endividado-ate-com-ele-mesmo-diz-miriam-leitao.html> > acesso em 10 de dezembro de 2015.

Portal TCU - Relatório de Auditoria Operacional transcrito pelo parecer do TCU GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC - 011.223/2014-6. Página 10. **Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet:** AC-2565-38/14-P.

Portal EPE - Empresa de Pesquisa energética, Balanço Energético Nacional 2011/2012. Disponível em : https://ben.epe.gov.br/downloads/Resultados_Pre_BEN_2012.pdf.> Acesso em 22 de julho de 2016

Portal ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em www.aneel.com.br

Portal ABRADÉE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor> > acesso em 10 de Agosto de 2016.

Portal Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - Ambiente Livre e Ambiente Regulado. Disponível em https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/ambiente-livre-ambiente-regulado?_afLoop=337295008612872#%40%3F_afLoop%3D337295008612872%26_adf.ctrl-state%3D1b3v0h7p5j_4

Portal ABRACEL – Diferença entre consumidores livres e cativos - Disponível no site da Associação Brasileira dos comercializadores de energia: http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19150 > acesso em 2 de novembro de 2016.

BRASIL, Lei 9.074/95 - Os artigos 15 e 16 da Lei 9.074 definem a unidade consumidora que pode ser enquadrada como livre.

BRASIL, Lei 10.848/04, artigo 1º.

BRASIL, Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004 - O ACR bem como o ACL são definidos por meio do Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004 da ANEEL.

Portal ANEEL - Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/ambiente-de-contratacao-regulada-acr> : acesso 8 de setembro de 2015.

Portal ABRADÉE – Leilões de Energia – Disponível em : <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/leiloes-de-energia> > Acesso em 8 de agosto de 2016.

BRASIL, Lei 10.848/04 - A Lei 10.848/04 em seu artigo 1º, § 2º dispõe o seguinte: “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”

Portal CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Tipos de leilão. Disponível em : https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/tipos_leiloes_n_logado?_afzLoop=344744887956804#%40%3F_afzLoop%3D344744887956804%26_adf.ctrl-state%3D1b3v0h7p5j_30 > acesso em 30 de setembro de 2016.

Portal ANEEL - Competências da agência. Disponível em : <http://www.aneel.gov.br/competencias?inheritRedirect=true> > acesso em 9 de agosto de 2016.

BRASIL. Decreto 5.163/04 – Artigos 1º §2º.

Portal Ministério de Minas e Energia. - A rede de transmissão de energia elétrica no Brasil é de 107,4 mil quilômetros de extensão – distância equivalente a mais de duas vezes e meia a circunferência da Terra.> Portal Brasil. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/rede-de-transmissao-supera-107-mil-quilometros> > acesso em 3 de novembro de 2016.

Portal ONS - Disponível em: http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx > acesso em 18 de agosto de 2016.

BRASIL, Lei nº 9.648/98. Artigo 13, parágrafo único, alínea “a”.

COELHO. Julião Silveira; parecer técnico “Despacho de térmicas fora da ordem de mérito” disponível em : http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/006/contribuicao/tractebel_joao_jose_cascaes_dias_parecer_juridico.pdf

Portal CCEE - Regras de Comercialização/Versão 2007 da CCEE – “Módulo 5 – Encargos de Serviços do Sistema” página 5 .

BRASIL, Lei 10.848/04, Art. 1º .

BRASIL, Decreto 5.163/04, artigo 2º, § 2º.

COELHO, Julião Silveira; parecer técnico “Despacho de térmicas fora da ordem de mérito” página disponível em : http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/006/contribuicao/tracteb_el_joao_jose_cascaes_dias_parecer_juridico.pdf

Portal CCEE - Definição constante do rol de definições apresentadas no Título I do Acordo de Mercado homologado pela Resolução n. 018, de 28 de janeiro de 1999.

¹ P. 5 do Módulo 1. - “*Módulo 1 – Preço de Liquidação das Diferenças*” Disponível em www.ccee.org.br > acesso em 7 de julho de 2016.

RODRIGUES, Tatiane Barbosa. A prestação de serviços públicos frente à ordem econômica. In “ *O patriarca*” Revista do curso de Direito UNIPAC Araguari., v.6, n.6.

HENZE, Alexander Siebeneichler. A intervenção do Estado na Ordem Econômica: As agências Reguladoras. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/93270>> Acesso em 10 de julho de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 301.

BRASIL, Constituição da República. Art. 21: XII, b. , 20 e 175

BRASIL, Lei 8987 artigo 2º :

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - *Curso de Direito Administrativo*, 2004. p. 483.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 1996. p. 205.

BRASIL, Lei 8987/95.

Portal Instituto Ascende Brasil - Disponível em : <http://www.acendebrasil.com.br/estudos> > acesso em 20 de setembro de 2016.

PATRIZI, Emília – Entenda a MP 579 que está movimentando o setor elétrico . Artigo postado no portal ADVVIVO. disponível em : <http://advivo.com.br/materia-artigo/entenda-a-mp-579-que-esta-movimentando-o-setor-eletrico>

BRASIL - Lei 12.783/13.

Portal CANAL ENERGIA - “MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico”. Disponível em: <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Retrospectiva.asp?id=97289&a=2013> > acesso em 21 de novembro de 2016.

Portal MME - Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139128/CMSE_-_Ata_da_124x_Reuniao_Plenaria_x09-01-2013x.pdf/b095115a-3ec7-44a6-b969-6a72cdd3e469 > acesso em 17 de novembro de 2016.

CERQUEIRA, G. A. et al. A Crise Hídrica e suas Consequências. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol27> > Acesso em 16 de abril de 2015

MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 29ª ed. Malheiros Editores, 2004, p. 256-257.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. Editora Malheiros. Pg 636.

MEIRELLES, Helly Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 14ª edição, Malheiros Editores, 2006, p.208.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas de direito público, Estudos e pareceres, p. 777-805.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas/ 5.edição– São Paulo : Atlas, 2005. Pgs. 114/115

TÁCITO, Caio – Temas de Direito Público: (estudos e pareceres) – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BLANCHET, L. A, Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá Editora, 1995, pg 27.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)/Caio Tácito– Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALINE, Marcel. *Droit administratif*, 8ª edição, 1959, pág 574.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2011

¹ Gustavo Gil Gasiola, REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

CRETELLA Júnior, José – *O Estado e a obrigação de indenizar* / São Paulo : Saraiva 1980. Página 27.

Revista Digital de Direito Administrativo , v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

CRETELLA Júnior, José – *O Estado e a obrigação de indenizar* - São Paulo : Saraiva 1980. Página 26..

MEIRELLES, H. L. in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, São Paulo, Malheiros, 20^a edição, 1995, pg 346.

TÁCITO, Caio. 25/10/1994 em Parecer solicitado pela Associação Brasileira de Concessionárias de energia elétrica (ABCE)

ARAGÃO, 2008, p. 636.

BRASIL - ADI 2733, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 03-02-2006.

BRASIL - ADI 2733, Relator: Min. Eros Grau, Idem.

BRASIL -Recurso Extraordinário 183180/DF, julgado em 17/06/1997, DJ de 1/08/1997

RECURSO ESPECIAL Nº 1.283.757 - SC (2011/0228046-5)

Portal G1. “Endividamento das distribuidoras” Disponível em:

<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/07/tcu-23-distribuidoras-de-energia-superaram-nivel-de-endividamento.html> > acesso em 30 de agosto de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella– *Perceiras na Administração Pública/ 5^a edição* –São Paulo : Atlas, 2005. Pgs: 114/115.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio – *Curso de Direito Administrativo*, 26^a edição. Editora Malheiros. Pg 636.

Portal Senado Federal - Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107292> > acesso em 3 de novembro de 2016.

Portal CANAL ENERGIA -“MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico”. Disponível em : <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Retrospectiva.asp?id=97289&a=2013> > acesso em 21 de novembro de 2016.

VIII.