Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 22 – maio/junho/julho - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

POSTERGAÇÃO DO INÍCIO DO PAGAMENTO PELO USO DO BEM PÚBLICO DAS USINAS BOTOX

Márcio Pina Marques
Coordenador do Núcleo de Concessões, Licitações e Contratos da Procuradoria Federal na ANEEL – Procurador Federal – Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e em Direito pelo Uniceub.

Sumário: 1. Introdução 2. Do regime de concessão de uso de bem público na geração de energia elétrica - noções gerais 3. Da remuneração pelo UBP e o risco do empreendedor 4. Da Alteração do Regime Jurídico de Comercialização de Energia Elétrica e as Concessões de Uso de Bem Público 5. Da postergação do início do pagamento do UBP e a boa-fé objetiva 6. Conclusão

1. Introdução

A alteração do regime jurídico de comercialização de energia elétrica, inaugurada pela Lei nº 10.848/2004, impactou diretamente os contratos de concessão de uso de bem público firmados sob o critério licitatório de maior preço ofertado pelo Uso do Bem Público-UBP. Discute-se se o novo regime jurídico de comercialização de energia elétrica em Ambiente Regulado afetou o equilíbrio econômico-fianceiro dos contratos de concessão de Uso de Bem Público-UBP.

A compra e venda de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica (cerca de 75% do mercado) passou a ser regulada pelo Poder Concedente e realizada por meio de leilão com preços regulados. A inovação legislativa afastou a livre negociação na comercialização de energia elétrica e reduziu a liberdade dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIE na gestão dos contratos com as distribuidoras. Os referidos contratos não podem mais ser livremente negociados. De fato, a livre comercialização da energia elétrica gerada pelos PIE foi afetada pelo "novíssimo modelo do setor elétrico" (Lei nº 10.848/2004).

Contudo, os Produtores Independentes de Energia Elétrica-PIE são concessionários de Uso de Bem Público. Possuem a concessão de uso privativo do potencial de energia hidráulica outorgada pela União e retiram sua remuneração da exploração econômica da geração de energia elétrica por eles produzida.

Basta saber se a alteração do regime de exploração do bem concedido é capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de UBP. Discute-se, ainda, se a postergação do início do pagamento pelo Uso do Bem Público – UBP é fator impositivo para se reequilibrar o contrato de concessão de UBP, fazendo coincidir o pagamento do UBP com os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado – CCEEAR assinados pelos Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIE, conhecidos como *Usinas Botox*.

Destaque-se que *Usinas Botox* são os empreendimentos qualificados no artigo 17 da Lei nº 10.848/2004. Empreendimentos estes que possuem contratos de concessão de Uso de Bem Público licitados pelo critério do maior preço pago pelo UBP, com outorga de concessão ou autorização emitida até 16 de março de 2004. Vale conferir o texto legal:

> *Art. 17. Nas licitações para contratação de energia previstas nos incisos I e II do § 5º do art. 2º desta Lei, poderá ser ofertada a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes ou de projetos de ampliação, que atendam cumulativamente aos seguintes requisitos:*
>
> *I – que tenham obtido outorga de concessão ou autorização até a data de publicação desta Lei;*
>
> *II – que tenham iniciado a operação comercial a partir de 1º de janeiro de 2000; e*
>
> *III – cuja energia não tenha sido contratada até a data de publicação desta Lei.*
>
> *§ 1º A partir de 2008, os empreendimentos referidos no **caput** deste artigo observarão as regras gerais de licitação, na forma prevista no art. 2º desta Lei.*
>
> *§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo à energia proveniente de empreendimentos de importação de energia elétrica.*

Ocorre que no contrato de concessão de UBP não há uma contraprestação tarifária pela energia elétrica gerada. O empreendedor explora atividade econômica por meio do uso privativo do bem que lhe foi concedido. Logo, o resultado da exploração do potencial hidráulico concedido não é cláusula econômica do contrato de concessão de Uso de Bem Público dos Produtores Independentes de Energia Elétrica.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a postergação do início do pagamento pelo UBP das *Usinas Botox* não é imposta pela garantia do

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas decorre de sua função social, especialmente da boa-fé objetiva que lhe é inerente.

De início, é mister observar que, para a exata compreensão das questões abordadas neste artigo, faz-se indispensável uma contextualização acerca da Concessão de Uso de Bem Público e das alterações no regime jurídico a que envolve.

2. Do regime de concessão de uso de bem público na geração de energia elétrica - noções gerais

É importante trazer à baila algumas considerações necessárias a melhor percepção da natureza da concessão de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico (em particular), a fim de evitar possíveis confusões ou apegos a conceitos tradicionais da doutrina administrativista sobre a matéria.

Preliminarmente, não é demais salientar alguns preceitos constitucionais, dispostos na Carta Magna de 1988, a respeito da propriedade dos potenciais hidráulicos e sua exploração, bem como da competência privativa da União para legislar sobre essa matéria.

> *Art. 20. São bens da União:*
> *(...)*
> *VIII - os potenciais de energia hidráulica;*
>
> *Art. 21. Compete à União:*
> *(...)*
> *XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:(...)*
> *b) 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;*
>
> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;*
> *(...)*
>
> *Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*
>
> *§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa*

> *constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.*

Em apertada síntese, extrai-se de tais preceitos que: (i) os potenciais de energia hidráulica são bens da União; (ii) que apenas a este ente federativo compete legislar sobre a exploração ou aproveitamento desses potenciais; (iii) a exploração dos potenciais hidráulicos pode ser feita diretamente pela União ou mediante autorização ou concessão, sempre observado o interesse nacional.

O processo de produção ou geração de energia em vigor no Brasil, sob o ponto de vista jurídico dessa atividade, se apresenta por meio de três regimes legais. Dois mais tradicionais originários do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de Julho de 1934), que são: (i) o regime de serviço público, voltado ao atendimento do público em geral; (ii) e o regime de autoprodução, explorado por quem quer utilizar energia elétrica para finalidades próprias, comumente em atividades industriais.

O terceiro regime de produção é mais novo, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1995, pela Lei nº 9.074/95. Dentre as suas disposições, a referida norma criou um novo regime de geração: o da produção independente de energia elétrica. Analisando a Lei nº 9.074/1995 verifica-se seu caráter complementar à Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995), na medida em que detalha, de forma mais específica, algumas disposições genéricas da conhecida lei das concessões. É o art. 11 da Lei nº 9.074/95 que dispõe sobre o Produtor Independente de Energia Elétrica:

> *Seção II*
> *Do Produtor Independente de Energia Elétrica*
> *Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.*
> *Parágrafo único. O produtor independente de energia elétrica está sujeito a regras operacionais e comerciais próprias, atendido o disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou ato de autorização. (Redação original)*

Conforme ensina Carlos Ari Sundfeld[1]: *"Esse terceiro regime caracteriza-se como intermediário entre a concessão de serviço público, voltada ao atendimento do público em geral, e a autoprodução, voltada, basicamente, para o atendimento do próprio gerador. A produção independente envolve tanto a possibilidade de comercialização da energia elétrica produzida como seu autoconsumo. Com efeito, a legislação diz que o produtor independente é aquele*

[1] Direito Administrativo Econômico, 1ª Edição,2000,Ed. Malheiros, pág. 360.

que produz energia elétrica para consumo próprio ou para comercialização, por sua conta e risco."

Ao criar a figura do produtor independente de energia elétrica, a Lei nº 9.074/95 expressamente o distinguiu do regime de serviço público. Com efeito, o art. 13 da Lei nº 9.074/95 previu que a exploração do potencial de energia hidráulica, que é um bem da União (art. 20 da CF/88), ocorreria por meio de um contrato de uso de bem público. Vale conferir:

> *Art. 13. O aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público, na forma desta Lei.*

A doutrina tradicional defende que a concessão de uso de bem público consiste na atribuição temporária a um particular do direito de uso e fruição exclusivos de certos bens públicos. Essa transferência tanto pode fazer-se para que o particular valha-se do bem para satisfação dos seus interesses próprios e egoísticos como também poderá propiciar exploração empresarial, com o desenvolvimento de atividades econômicas lucrativas em face de terceiros. Neste sentido são as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

> *"Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente".*[2]

É pacífico na doutrina pátria que o contrato de uso de bem público é o instrumento por meio do qual o Poder Concedente outorga ao particular o uso privativo de determinado bem para atender predominantemente a seu próprio interesse, ou seja, predomina o interesse particular sobre o interesse coletivo. São objetos mais comuns de concessões de uso de bem público as bancas de revistas, bancas em mercados populares, exploração de restaurante em determinado prédio público, como observa o douto Hely Lopes Meirelles:

> *"Contrato de concessão de uso de bem público, concessão de uso de bem público, ou, simplesmente, concessão de uso, é o destinado a outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo sua destinação específica, tal como um hotel, um restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao Poder Público concedente. É um típico* contrato de atribuição*, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade, mas como todo contrato administrativo, não pode contrapor-se às exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente e até mesmo rescindi-lo, e isto o distingue visceralmente das locações civis ou comerciais."*[3]

---

[2] CARVALHO,José dos Santos Filho. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006. página .953.

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. página 249.

Dessa forma, percebemos que o regime de geração de energia elétrica por meio dos contratos de uso de bem público, celebrados com os Produtores Independentes de Energia Elétrica em muito se distingue do regime de geração de energia elétrica por meio de contratos de concessão de serviço público. Enquanto na concessão de serviço público o objeto é a delegação de um serviço público, com predominância do interesse coletivo, na concessão de uso de bem público o objeto é utilização privativa do bem público, com predominância do interesse particular do empreendedor em explorar economicamente o potencial hidráulico.

O administrativista Marçal Justen filho é quem com clareza distingue a concessão de uso de bem público da concessão do serviço público:

> *"Veja-se que a grande diferença entre concessão de serviços e concessão de uso reside na posição jurídica do concessionário. Em um caso, o concessionário desempenha função pública e assume encargos próprios e típicos do Estado. Já na hipótese da concessão de uso, o particular não prossegue nenhum interesse público específico e definido, nada impedindo que lhe seja facultado valer-se do bem para a satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos. Logo, os deveres impostos ao concessionário de serviço público são extremamente mais sérios e graves do que aqueles que recaem sobre o concessionário de uso."*[4]

Contudo, não se pode descurar que a exploração do potencial de energia hidráulica não se dá exclusivamente no interesse do particular. Ao contrário dos objetos tradicionais de contratos de concessão de uso de bem público, o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica deve observar ao comando constitucional de atendimento ao interesse nacional, insculpido no art. 176, § 1º de nossa Carta Magna:

Percebe-se, portanto, que o próprio constituinte delimitou a função social que deve pautar a exploração do potencial de energia hidráulica: o interesse nacional. Como sabido, toda a propriedade tem de atender a função social a que está vinculada, é o que decorre dos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal, *in verbis*:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *(...)*
> *XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;*
> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos*

[4] JUSTEN, Marca Filho. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.São Paulo: Dialética, 2003. página 106.

> *existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
> *(...)*
> *III - função social da propriedade;*

O potencial de energia hidráulica não pode ser analisado sem se observar os retro citados dispositivos constitucionais. A função social é atributo inerente a toda e qualquer propriedade, o que se dizer então da função social de um bem de propriedade da União, como é o caso do potencial de energia hidráulica.

Logo, o aproveitamento desses potenciais, ainda quando outorgados a particulares, por meio de contratos de uso de bem público, não podem servir tão-somente ao interesse particular e econômico de seus empreendedores. O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica deve atender também ao interesse da coletividade. Mesmo na autoprodução, regime em que toda a geração é destinada ao consumo do próprio empreendedor gerador, alcança-se o interesse coletivo, ao tempo em que este poupa as fontes geradoras do sistema elétrico nacional.

Assim, entende-se não haver dúvidas de que a geração de energia por produtor independente, por meio da concessão de uso de potencial hidráulico, é um dos mecanismos legais de que se vale a Administração Pública para atender ao interesse social e coletivo. Destarte, é imperioso afirmar que o Poder Público, por ocasião da fiscalização e execução dos contratos de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico, deverá sempre observar a primazia do interesse público presente no caso concreto.

Ressalte-se que o interesse público, intrínseco em contratos dessa natureza, requer, em última análise, que o potencial hidráulico a ser explorado por terceiros, efetivamente produza a energia necessária ao abastecimento do mercado de consumidores. Portanto, parte-se da premissa de que o Poder Concedente espera dessa concessão não apenas a compensação financeira pelo uso do bem público, como ocorre em outras hipóteses tradicionais evidenciadas no direito administrativo, mas, sobretudo, que essa exploração atinja à sua finalidade, qual seja, o incremento na geração de energia elétrica no país. A esse respeito a doutrina é convergente:

> *"De modo genérico, a concessão de uso de bem público não exige, necessariamente, a instrumentalização do bem objeto da concessão para realização do interesse público, ainda que tal não possa ser excluído de modo absoluto. Assim, é possível que a concessão de uso recaia sobre bens ociosos para a Administração, os quais não teriam qualquer outra destinação mais apropriada para satisfação de necessidades coletivas. Nesse caso, a Administração poderá obter uma remuneração a ser paga pelo concessionário, o que legitimará a decisão de atribuir o bem à utilização privativa de um certo particular, o qual se valerá do bem para intentos próprios. Mas também não haverá impedimento a*

que a concessão de uso seja uma via para propiciar a implantação de empreendimentos de interesse social ou coletivo".[5]

"Sendo contratos administrativos, as concessões de uso de bem público recebem a incidência normativa própria do instituto, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilégio decorrentes do direito público. Desse modo, deve ser realizada prévia licitação para a seleção do concessionário que apresentar as melhores condições para o uso do bem público."[6]

Nos termos da Lei nº 9.074/95 a concessão de uso de bem público para aproveitamento de potencial hidráulico por produtor independente, como é o caso em questão, deverá ser precedida de procedimento licitatório.

A princípio, pode-se afirmar que a Lei nº 9.074/95 não tratou detalhadamente sobre os aspectos relacionados especificamente à concessão de uso de bem público para aproveitamento de potencial hidráulico. Ou seja, ao contrário da concessão de serviço público, cujas especificidades estão evidenciadas na Lei nº 8.987/95, complementadas em outras normas posteriores, a exemplo da própria Lei nº 9.074/95, a concessão de uso de bem público, em matéria de geração de energia elétrica, não foi densamente explorada pelo legislador. Assim, muitos de seus contornos serão encontrados apenas nos respectivos contratos de concessão de uso de bem público.

3. Da remuneração pelo UBP e o risco do empreendedor

Outro ponto que merece destaque é a forma de remuneração pelo uso do bem público e os riscos assumidos pelo concessionário. É comum se confundir o regime de remuneração das concessões de serviço público com o regime de remuneração da concessão de uso do bem público. No entanto, a distinção entre os regimes é ponto de marcante distanciamento entre os institutos em análise.

Na concessão de serviço público, *"o concessionário (permissionário) extrai sua remuneração da exploração empresarial desenvolvida a partir do serviço público concedido."*[7] O concessionário de serviço público, em regra, é remunerado pelos usuários do serviço público concedido, por meio da tarifa ou preço público. O concessionário do serviço público é um delegado do Poder Concedente, apenas executa o serviço público. *"A delegação ao concessionário, por via da concessão, não transforma o serviço público em atividade econômica privada em sentido estrito."*[8]

---

[5] JUSTEN, Marca Filho. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.São Paulo: Dialética, 2003. página 105.
[6] CARVALHO,José dos Santos Filho. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006. página .955.

[7] JUSTEN, Marçal Filho. Op CIt. Página 332.
[8] JUSTEN, Marçal Filho. Op CIt. Página 333.

O contrato de concessão de serviços públicos e a própria Lei nº 8.987/95 estabelecem direitos e deveres para ambas as partes. Ao mesmo tempo em que o art. 9º da Lei nº 8.987/95 prevê uma tarifa adequada, com mecanismos de revisão para se assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o art. 6º do mesmo diploma legal prevê que o serviço deve ser adequado, ou seja, regular, contínuo, eficiente, seguro, atual, geral, prestado com cortesia, além de possuir tarifas módicas.

A autonomia do concessionário do serviço público para organizar seu empreendimento é extremamente mitigada pela regulação Estatal. Logo, o risco que o concessionário do serviço público assume é muito menor do que aquele assumido pelo empreendedor comum, que tem total gerenciamento de seu empreendimento. O Poder Concedente deve zelar pela adequação do serviço e pela modicidade da tarifa. Aqui existe uma natureza contraprestativa entre a tarifa e o serviço público.

Quando se fala em concessão de uso de bem público, a situação é muito diferente. A remuneração pelo uso do bem público não está vinculada à exploração econômica da concessão. O empreendedor paga um preço público ao Poder Concedente para usar e fruir privativamente um bem público, essa remuneração não decorre da exploração econômica do bem. Não há a mesma natureza contraprestativa entre o valor pago pelo uso do bem público - UBP e a eficiente exploração econômica pelo agente.

No caso da concessão de uso de bem público, o risco assumido pelo empreendedor é muito maior do que aquele assumido pelo prestador do serviço público. Por outro lado, o concessionário de UBP gerencia com mais autonomia exploração econômica do potencial hidráulico que lhe é concedido. O Poder Concedente não fixa tarifa de venda da energia por ele gerada. É ele quem organiza sua atividade. Ressalte-se, contudo, que ele tem o ônus de exercitar a função social do potencial de energia hidráulica que lhe foi concedido, ou seja, gerar energia elétrica. O concessionário de UBP explora atividade econômica e assume os riscos lhe se são inerentes.

Contextualizado o regime jurídico das concessões de uso de bem público, é necessária a compreensão da alteração do regime jurídico de comercialização de energia elétrica, para só então analisarmos seus impactos sobre os contratos de UBP e a necessidade da postergação do início de seu pagamento.

4. Da Alteração do Regime Jurídico de Comercialização de Energia Elétrica e as Concessões de Uso de Bem Público

Não há como negar que a Lei nº 10.848/04 alterou drasticamente o regime jurídico de comercialização de energia elétrica e acabou afetando

significativamente a produção independente de energia elétrica por meio de Concessões de Uso de Bem Público.

Ocorre que a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica foi criada em 1995, pela Lei nº 9.074/95, quando a comercialização de energia elétrica era menos regulada pelo Poder Concedente. Com o advento do regime de contratação regulada, introduzido pela Lei nº 10.848/04, os contratos de concessão de Uso de Bem Público para a geração de energia elétrica sofreram seus impactos.

Impende aferir qual o impacto do novo regime jurídico sobre as concessões de uso de bem público.

4.1 – DO REGIME JURÍDICO DA LEI Nº 9.648/98 – O modelo concorrencial.

Com efeito, as bases para o início da competição no setor elétrico brasileiro surgiram em 1993 com a edição da Lei nº 8.631/93, que extinguiu o regime de remuneração garantida em seu art. 7º. Entretanto, o mesmo diploma estabeleceu a obrigatoriedade de contratação de suprimento de energia elétrica (art. 3º).

A Lei nº 8.987/95, por sua vez, incrementou a idéia de competitividade ao estabelecer que a delegação de serviço público seja explorada por conta e risco do concessionário, mediante licitação pública, na modalidade de concorrência. Por outro lado, a lei das concessões previu em seu art. 9º que as tarifas serão fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação, cujo equilíbrio será assegurado pela revisão das tarifas.

Neste contexto, surge, com a Lei nº 9.074/95, o Produtor Independente de Energia Elétrica – PIE aguçando a competição no seguimento de geração de energia elétrica. Como já visto, o PIE aparece como alguém que explora uma atividade econômica, por meio do uso privativo do bem público. No cenário, o PIE podia vender energia a todos os agentes arrolados no artigo 12 da Lei nº 9.074/95:

> *Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para:*
> *I - concessionário de serviço público de energia elétrica;*
> *II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16;*
> *III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração;*
> *IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;*

> *V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.*
> *Parágrafo único. A venda de energia elétrica na forma prevista nos incisos I, IV e V deverá ser exercida a preços sujeitos aos critérios gerais fixados pelo poder concedente.* [9]

A outorga da concessão do uso do bem público ao Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE) era realizada com base na aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, por força do art. 4º da Lei nº 9.074/95. As licitações, para a seleção da proposta mais vantajosa a explorar o potencial de energia hidráulica, era realizada pelo critério da maior proposta pelo Uso do Bem Público, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei nº 8.987/95. O Poder Concedente fixava um valor mínimo pelo Uso do Bem Público – UBP e os licitantes davam seus lances, quem ofertasse o maior lance pelo UBP era considerado o vencedor do certame. O ágio era apropriado pelo Poder Concedente.

A Política Energética Nacional (Lei nº 9.478/97) veio estabelecer como objetivo para o aproveitamento racional das fontes de energia a promoção da concorrência, a atração de investimentos para a produção de energia, a busca de soluções adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País, bem como a proteção dos consumidores quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos, dentre outros arrolados no art. 1º do referido diploma legal.

Com o advento da Lei nº 9.648/98 foi, de fato, instituído um modelo concorrencial para o setor elétrico brasileiro. De início, desvinculou-se o acesso ao sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica dos contratos de compra e venda de energia elétrica, é o que dispõe o art. 9º da Lei nº 9.648/98. Os contratos de uso e acesso ao sistema de transmissão – CUST e os contratos de uso e acesso ao sistema de distribuição – CUSD são independentes dos contratos de compra e venda de energia. Criou-se a figura do comercializador de energia elétrica, cuja autorização para a compra e venda de energia compete a ANEEL, dada alteração feita pela Lei nº 9.648/98 no art. 26, inciso II, da Lei 9.427/96.

O marco concorrencial inaugurado pela Lei nº 9.648/98 está em seu art. 10, que estabeleceu a livre negociação para a compra e venda de energia elétrica entre os concessionários, permissionários e autorizados.[10]. O modelo concorrencial, para por fim à contratação obrigatória decorrente do art. 3º da Lei

---

[9] Redação original

[10] Excepcionou-se da livre negociação as quotas de aquisição obrigatória da Usina Binacional de Itaipu e a energia gerada pela Eletrobrás Termonuclear S/A
Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição: (...)
§ 3o O disposto neste artigo não se aplica à comercialização de energia elétrica gerada pela ITAIPU Binacional e pela Eletrobrás Termonuclear S/A - Eletronuclear.

nº 8631/93, determinou a descontratação gradual de 25% ao ano dos contratos iniciais (art. 10, inciso II, da Lei 9.648/98).

A Lei nº 9.648/98 criou ainda o Operador Nacional do Sistema Elétrico[11] e o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, instituído mediante Acordo de Mercado firmado pelos agentes do setor de energia elétrica e homologado pela ANEEL, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.648/98, para ser o ambiente das transações de compra e venda de energia elétrica.

Num ambiente de livre negociação, preconizado pelo modelo instituído pela Lei nº 9.648/98, os Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIE tinham a livre gestão de seus contratos. Exploravam economicamente o potencial de energia hidráulica com ampla liberdade de negociação.

4.2 – DO REGIME JURÍDICO DA LEI Nº 10.848/04 – O novo modelo do setor elétrico.

A Lei nº 10.848/04 alterou completamente as regras de comercialização de energia elétrica. Segundo este diploma legal, as distribuidoras não poderão mais escolher de quem adquirir eletricidade. Note-se que tanto a distribuição de energia elétrica quanto a transmissão são monopólios naturais. Por outro lado, a comercialização e a geração de energia elétrica são etapas marcadas pela competitividade entre os agentes.

Com efeito, a Lei nº 10.848/04 enuncia, já no art. 1º, que a comercialização de energia entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre. Pela Lei nº 10.848/04, as concessionárias ou permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica estão obrigadas a comprar através de licitação, no ambiente de contratação regulada, (art. 1º, § 2º, da Lei nº 10.848/04). Optou-se por um modelo concorrencial regulado, afastando-se as distribuidoras da exposição ao ambiente de livre competição, que vigorava no modelo anterior, da Lei nº 9.648/98.

Quanto às geradoras já existentes, estas não estão obrigadas a ofertar sua energia no ambiente de contratação regulada. Todos os concessionários de serviço público de geração e produtores independentes de energia, incluídos os autoprodutores com excedentes, poderão comercializar nos

[11] Cabe anotar que a energia elétrica, por razões técnicas, não pode ser armazenada, sendo que, para não haver desperdício, o Decreto nº 2.655/98, que regulamentou a Lei nº 9.648/98, conferiu ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS - as funções de coordenar e controlar a operação dos sistemas elétricos interligados, bem como administrar e coordenar a prestação dos serviços de transmissão de energia elétrica por parte das transmissoras aos usuários da rede básica. O ONS, então, exerce suas atribuições institucionais de supervisão definindo (i) o quantitativo de energia elétrica que cada uma das empresas concessionárias de geração devem ou podem produzir em determinado momento; (ii) a carga a ser repassada pelas concessionárias de transmissão; e (iii) o quantitativo a ser vendido no varejo.

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

No que se refere especificamente aos Produtores Independentes de Energia Elétrica - PIE, a Lei nº 10.848/04 deu nova redação ao Parágrafo Único do Art. 11 da Lei nº 9.074/95, para fazer constar que o PIE estará sujeito às regras de comercialização livre e regualda, *in verbis:*

> *Parágrafo único. O produtor independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)*

No ambiente de contratação regulada, a licitação se dá na modalidade leilão (art. 19 do Decreto nº 5.163/04) que é realizado pela ANEEL ou pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, por delegação da ANEEL. Nos Leilões relativos aos empreendimentos existentes, existe um preço máximo fixado pelo Ministério de Minas e Energia (art. 19, § 2º, do Decreto nº 5.136/04).

Assim, o critério de escolha do concessionário de uso do bem público foi alterado para se adequar ao novo modelo. A partir de então a licitação para a concessão de UBP passou a adotar o critério de preço ofertado. O Poder Concedente passou a fixar a UBP de referência e o licitante que oferecer a energia elétrica a ser gerada pela exploração daquele potencial hidráulico no ambiente regulado a menor preço é o vencedor do certame. Neste caso, o concessionário já sai com dois contratos: o de Concessão de Uso do Bem Público e o Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR).

Paralelamente a este regime de contratação regulada, existe o Ambiente de Contratação Livre – ACL, segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, através de contratos livremente negociados. No Ambiente de Contratação Livre – ACL os PIE podem negociar livremente com os "consumidores livres".

Ocorre que os concessionários de uso de bem público com UBP máxima, que se enquadram nos requisitos do art. 17 da Lei nº 10.848/04 (denominados na praxe do setor elétrico de *"usinas botox*"), participam do leilão de energia elétrica do Ambiente Comercialização Regulado – ACR juntamente com os novos empreendimentos. Esses novos empreendimentos são aqueles que ainda não têm outorga do Poder Concedente (chamados de "*energia nova*") e são licitados com a UBP de referência do novo modelo.

. Percebe-se, portanto, que os concessionários que obtiveram outorgas mediante o critério de pagamento de maior oferta de UBP ou UBP máxima, teriam poucas condições de competir em igualdade de condições com os novos empreendimentos em que no critério de licitação adotou-se o menor preço

ofertado pela energia no ambiente regulado, com uma UBP de referência fixada pelo Poder Concedente.

Este problema foi solucionado pelo regime de transição inscuplido no art. 18 da Lei 10.848/04. Assim, a fim de assegurar igualdade de condições entre os participantes dos leilões de "*energia nova",* o empreendimento com concessão de UBP máximo tem assegurada, em sua receita, a diferença entre o UBP máximo, ou seja, o valor que ele efetivamente paga à União e o UBP de referência. Foi garantida a competitividade entre as *"usinas botox"* e as novas usinas.

É claro que o novo regime jurídico não poderia jamais afastar todo o risco do negócio assumido pelo concessionário de UBP no momento da licitação. O empreendedor avaliou o mercado e ofertou um valor pelo UBP, segundo sua expectativa de mercado, assim, logrou-se vencedor do certame. Lembre-se, ainda, que esse concessionário de UBP explora atividade econômica e não é um prestador de serviço público propriamente dito. Logo, a diferença entre o UBP máximo e o UBP de referência que extrapola os preços de mercado não pode ser incorporada à receita do gerador, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (o contrato de concessão de UBP) e ao art. 11 da Lei nº 9.074/95.

Neste sentido, o Parágrafo Único do art. 18 da Lei nº 10.848/04 previu um limite para a incorporação à receita do empreendimento "*botox":* o custo marginal do leilão, ou seja, o preço de mercado. Portanto, o gerador de energia "*botox"* só poderá incorporar à sua receita a diferença entre o UBP máximo e o UBP de referência, enquanto sua oferta não ultrapassar o custo marginal do leilão.

Como se pode notar, o novo regime jurídico de comercialização de energia elétrica assegurou, aos concessionários de UBP máximo, a exploração econômica em condições iguais de competição no mercado regulado.

4.3 –Do Decreto nº 5.911/2006 e a Função Social dos Contratos de Concessão de UBP

Como visto acima, no regime de concessão de UBP prevalece o interesse particular daquele que obtém a outorga do uso exclusivo do bem público. Contudo, sabemos também que no caso específico do uso do potencial de energia hidráulica o interesse econômico do empreendedor é ladeado com o interesse coletivo de geração de energia elétrica.

Esse interesse coletivo pela exploração dos potenciais hidráulicos é reforçado no novo regime jurídico de comercialização de energia elétrica. É que a outorga do potencial de energia hidráulica passou a ser concedida a quem ofertar a energia pelo menor preço no Ambiente de Contratação Regulada, ou seja, às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica. O interesse nacional (e social) preconizado pelo § 1º do art. 176 da Constituição Federal aponta para a ampliação da oferta de energia elétrica no mercado regulado,

favorecendo toda a coletividade, sem de descurar do interesse particular do concessionário de UBP.

Aqui é importante se buscar a função social do Contrato de Concessão de Uso de Bem Público – UBP. Segundo o magistrado Pablo Stolze, a função social dos contratos em geral é condição de validade do ato jurídico; é norma jurídica de natureza cogente e conteúdo indeterminado que vincula as partes. Vejamos:

> *"O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.*
> *Com isso, queremos dizer que o fenômeno da socialização do contrato (função social) e o reconhecimento da boa-fé objetiva são mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes no contrato que celebrarem".*[12]

É o mesmo doutrinador quem nos ensina, citando Humberto Theodoro Jr.[13] e Paulo Nalin, que a função social dos contratos tem dois níveis: um intrínseco, em que se deve buscar a equivalência material entre os contratantes e respeito à lealdade e boa-fé objetiva; e outro extrínseco, o impacto eficacial do contrato na sociedade. Vale conferir:

> *"(...) a função social manifestar-se-ia em dois níveis:*
> *a) intrínseco – o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial em à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;*
> *b) extrínseco – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficacial na sociedade em que fora celebrado."*[14]

Logo, o contrato de concessão de uso de bem público deve atender não apenas os deveres jurídicos gerais e cunho patrimonial, mas especialmente os deveres jurídicos colaterais que derivam de sua função social. O interesse coletivo pela geração de energia elétrica e pela ampliação da oferta de energia elétrica no Ambiente de Comercialização Regulada (ACR) – que atende ao serviço público de distribuição – impõe limites à relação contratual entre o Poder Concedente e o concessionário de uso de bem público, em prol do bem comum.

---

[12] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos. Tomo 1 – Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2005. página 50.
[13] THEODORO, Humberto Jr. *O contrato e Sua Função Social.* Rio de Janerio: Forense, 2003. p. 43.
[14] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos. Tomo 1 – Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2005. página 53.

De fato, o propósito do Decreto nº 5.911/2006 foi exatamente de resguardar a função social intrínseca dos Contratos de Concessão de UBP. Note-se que o serviço público de distribuição de energia elétrica deve ser contínuo e adequado, além de possuir tarifas módicas, como determina a Lei nº 8.987/95. E o suprimento de energia elétrica das distribuidoras de energia se dá por meio do ACR.

O Decreto nº 5.911/2006 veio concatenar os Contratos de Concessão de UBP com os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), dentro da discricionariedade do Poder Concedente na prorrogação dos Contratos de Concessão de UBP, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.074/95. Delimitou-se, contudo, que os concessionários que tivessem mais de 60% de sua energia assegurada alocada no ambiente regulado deveriam ter seus contratos de concessão de UBP prorrogados para coincidir com os CCEARs. Privilegiou-se aqui a continuidade e modicidade da oferta de energia no ACR, em atenção ao interesse coletivo.

5. Da postergação do início do pagamento do UBP e a boa-fé objetiva

É mister destacar que os contratos de concessão de uso de bem público estabelecem que o início do pagamento pelo UBP ocorra, regra geral, a partir do 5º ao 8º ano da concessão, variando de contrato para contrato. Essa previsão contratual permite que o concessionário já esteja efetivamente explorando economicamente o potencial de energia hidráulica que lhe foi concedido, ao tempo do pagamento. Note-se que o aproveitamento do potencial de energia hidráulica depende de obras para construção da usina hidroelétrica.

Há casos, porém, em que a exploração econômica do bem é adiada por motivos imprevisíveis e que não podem ser imputados ao concessionário. Situações em que a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, analisando cada caso concreto, já autorizou a postergação do início do pagamento da UBP.

Com efeito, o permissivo legal para que a ANEEL possa autorizar a postergação do início do pagamento está justamente no art. 65, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e no art. 3º da Lei nº 9.427/96, com redação dada pela Lei nº 10.848/04, que dispõe como competência dessa Agência a gestão dos contratos de concessão de Uso de Bem Público.

Entretanto, o mesmo fundamento legal para se autorizar a postergação do início do pagamento do UBP por atrasos devidos ao caso fortuito ou força maior pode contribuir para a postergação dos empreendimentos eleitos pelo Poder Concedente no Decreto nº 5911/2006.

Ao contrário do que se possa imaginar, a razão dessa postergação do início do pagamento do UBP não se funda em restabelecimento do suposto equilíbrio econômico-financeiro do contrato eventualmente afetado pelo novo regime jurídico de comercialização de energia elétrica. Como vimos acima, a

equação do contrato de concessão de uso de bem público não está atrelada à exploração econômica do bem público. A remuneração pelo UBP não decorre da exploração econômica do bem, mas de seu uso exclusivo. Ao passo que os concessionários de serviço público, sim, têm sua remuneração pela exploração do serviço, por meio do regime tarifário. Mas, como visto, essa sistemática de equilíbrio não alcança as concessões de uso de bem público pela falta da natureza contraprestativa entre a exploração do bem e o valor pago pelo UBP.

O concessionário paga o UBP para poder usar privativamente um bem público e o explora economicamente por sua conta e risco. Entendimento divergente desvirtuaria o regime de Produção Independente de Energia Elétrica, como exploração de atividade econômica que é.

Entretanto, o fundamento jurídico para a postergação do início do pagamento pelo UBP decorre da própria Função Social do contrato de concessão de UBP em sua faceta intrínseca, a saber, a boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva "*consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético, e exigibilidade jurídica".*[15] O contrato deve ser pautado pela lealdade, confiança, assistência entre as partes e pela solidariedade social. "*Mas a boa-fé objetiva tem também a importante função criadora de deveres anexos ou de proteção".*[16] Neste contexto, "*esta função criadora não dispensa a convergência de um acontecimento que dê causa a tais deveres. A boa-fé objetiva atua como fundamento normativo, e não propriamente fático, desses deveres".*[17]

Neste sentido, é de se observar que o Poder Concedente selecionou, por meio do Decreto nº 5.911/2006, os empreendimentos que mais atendem ao interesse coletivo, aqueles que venderam 60% (sessenta por cento) de sua energia assegurada no Ambiente Regulado dentro das novas regras do "*Regime Institucional de Comercialização"* (Lei nº 10.848/04). Não se pode negar que esses empreendimentos atendem sobremaneira o interesse sociedade como um todo, e por isso merecem proteção. É de se notar que se 60% de sua energia assegurada está contratada por meio de CCEARs, esse empreendimentos terão dificuldades de adimplir com o pagamento do UBP antes do início dos CCEARs.

As condições de comercialização e recebimento por um montante considerável de sua energia assegurada afetaram as condições de adimplemento de seu contrato de concessão de UBP e impõe uma alteração nos termos do art. 65, inciso II, da Lei nº 8.666/93, por acordo entre as partes e em atenção à boa-fé objetiva do contrato de concessão de UBP.

Ressalte-se que se entende como suficiente o fulcro do art. 62, inciso II, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 3º da Lei nº 9.427/95, somados a norma cogente de atendimento à função social do contrato de concessão, para que a ANEEL postergue o início do pagamento do UBP dos empreendimentos enquadrados no Decreto nº 5.911/2006. Entretanto, é importante asseverar que

[15] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos. Tomo 1 – Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2005. página 73.
[16] GAGLIANO, IBIDEM p. 79
[17] GAGLIANO, IBIDEM p. 80

dentre as medidas adotadas no Programa de Aceleração do Crescimento- PAC do Governo Federal há grande probabilidade de edição de ato legislativo com permissivo legal específico para postergação em análise, antes mesmo da publicação deste artigo, para se conferir maior segurança jurídica a essa medida necessária ao aumento da oferta de energia elétrica no Ambiente Regulado.

6. Conclusão

Portanto, a par da prorrogação dos contratos de concessão de UBP prevista no Decreto nº 5.911/2006, o Poder Concedente deve postergar o início da cobrança do UBP, por meio de aditivo contratual por acordo entre as partes, para se atender a função social destes contratos, tanto em sua faceta extrínseca, quanto intrínseca.

Como demonstrado, a equação econômica dos contratos concessão de UBP dos Produtores Independentes de Energia Elétrica - PIE envolve de um lado o uso privativo do potencial de energia hidráulica por determinado prazo e de outro o valor pago a título de UBP à União (Poder Concedente). Os PIE exploram atividade econômica por meio do uso privativo do bem público. Logo, a postergação do início do pagamento não decorre de desequilíbrio econômico-financeiro destes contratos.

Entretanto, é interesse coletivo que a oferta de energia elétrica no Ambiente de Comercialização Regulado seja ampliada. Por isso, a concatenação dos contratos de concessão de UBP, enquadrados no Decreto nº 5.911/2006, com os CCEARs. É interesse coletivo, também, que esses empreendimentos tenham sucesso na exploração do potencial hidráulico e consigam adimplir com o pagamento do UBP. Mais do que isso, decorre da boa-fé objetiva dar condições de pagar o UBP aos empreendimentos eleitos pelo Poder Concedente como mais interessantes à coletividade. Logo, só resta a postergação do início do pagamento do UBP desses empreendimentos como medida complementar a prorrogação das concessões prevista no Decreto nº 5.911/2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCIO-PINA-MARQUES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.