

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2011

Dispõe sobre a alteração do regime de concessões de geração de energia elétrica e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Incluem-se os seguintes §§ ao art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995:

“**Art. 4º**

.....

§ 13. As concessões de geração de energia elétrica de que trata o § 2º deste artigo poderão ter o seu regime de exploração alterado para produção independente, a critério do Poder Concedente, observado o prazo de 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do novo contrato ou da autorização, podendo ser prorrogado nos termos da legislação vigente.

§ 14. O contrato de produção independente ou o instrumento de autorização de que trata o § 13 deste artigo conterá cláusulas que definirão:

a) A obrigatoriedade de prorrogação do prazo de vigência, até o final da concessão, dos CCEAR existentes no ano de 2011, decorrentes de leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes.

b) A obrigatoriedade de manutenção sem atualização, por três anos, dos preços praticados nos CCEAR prorrogados, observado o disposto no § 15 deste artigo.

c) A obrigatoriedade de recolhimento das quotas pelo uso de bem público, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

d) A obrigatoriedade de renúncia a eventual direito preexistente.

e) A obrigatoriedade de manutenção do atual regime de operação.

§ 15. Durante o período referido na alínea *a*) do § 14 deste artigo, a eventual atualização dos preços somente ocorrerá se o índice anual de reajuste superar cinco por cento, limitada à diferença percentual entre o índice contratual de reajuste anual e cinco por cento ao ano.

§ 16. As solicitações de alteração do regime de exploração deverão ser encaminhadas em até sessenta dias após o fim da vigência legal, e a prorrogação dos CCEAR deve ser firmada até trinta dias após a assinatura dos Contratos de Concessão de Produção Independente ou da emissão dos Instrumentos de Autorização.

§ 17. A prorrogação dos CCEAR, de que trata o § 13 deste artigo, manterá, para cada empreendimento, a mesma proporção entre as vendas para os ambientes de contratação regulada e de contratação livre, praticada pela empresa em 31 de dezembro de 2011. (NR)”

Art. 2º Revogam-se os incisos I e II do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 3º O inciso III do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º. É objeto de concessão, mediante licitação de uso de bem público:

.....

III - o aproveitamento de novos potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica ou à autoprodução, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes. (NR)”

Art. 4º O § 8º do art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 13.

.....

§ 8º Os recursos provenientes do pagamento pelo uso de bem público e das multas impostas aos agentes do Setor serão aplicados, exclusivamente, no desenvolvimento da universalização do serviço público de energia elétrica, enquanto requerido, exceto aqueles que decorrerem da mudança de regime de geração para produção independente, que deverão ser aplicados para promover a modicidade tarifária.

.....(NR)”

Art. 4º Inclua-se o seguinte § ao art. 2º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004:

“**Art. 2º**

.....

§ 19. No atendimento à obrigação referida no *caput* deste artigo, de contratação da totalidade do mercado, deverá ser considerada a energia elétrica proveniente da prorrogação dos CCEARs decorrentes das alterações de regime de geração para produção independente.
(NR)”

Art. 5º O Poder Concedente ajustará aos termos desta Lei, quando requerido pelos interessados, os contratos que resultaram da aplicação do disposto nos §§ 3º e 5º do art. 20 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei que trago à consideração do Parlamento visa a corrigir uma falta de isonomia entre agentes do setor público e do setor privado na indústria da eletricidade.

Toda nova concessão de potencial de energia hidráulica licitada pela União é destinada à produção independente de energia e não à prestação de serviços públicos. E nem deveria ser diferente, pois, como será exposto, a geração de energia elétrica não se caracteriza como serviço público. Isso porque as usinas geradoras de energia elétrica não são construídas com a finalidade de atender diretamente o usuário final, como se espera das prestadoras de serviço público, ainda que a lei permita a venda direta para consumidores livres.

Ensina o Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, em trabalho publicado pelo CELC - Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos sob o título “Conceito de serviço público passível de concessão ou permissão” (grifos nossos):

Não existe um conceito universal de “serviço público”. Assim, ao defini-lo, devemos começar dizendo: "No Direito brasileiro, serviço público é ...". Para isso é necessário analisar as normas constitucionais e legais que vigoram no País.

Mais específico ainda é o conceito de "serviço público passível de concessão ou permissão." O art. 175 da Constituição dispõe que:

“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”. Cabe indagar, à vista do texto constitucional, se todo serviço público, como tal atribuído à esfera de atuação do Poder Público pela Constituição e pela lei é passível de concessão ou permissão. É evidente que todo serviço público pode ser prestado diretamente pelo Poder Público à sociedade. Mas a questão é: todo e qualquer serviço público pode ser prestado indiretamente, através de um concessionário ou permissionário?

Diante do Direito brasileiro, a resposta a esta questão é negativa. Somente o serviço público específico e divisível, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de uma tarifa, é passível de concessão ou permissão. Se o serviço é específico e divisível, ele pode ser prestado:

a) diretamente pelo Poder Público (ou simplesmente posto à disposição), mediante pagamento de uma taxa; ou b) indiretamente pelo Poder Público, mediante concessão ou permissão, e, desde que efetivamente prestado, ser remunerado mediante pagamento de uma tarifa.

Em artigo¹ publicado na Revista Diálogo Jurídico (Ano I - Vol I - Salvador - 2001), o brilhante Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello assim se manifestou:

Serviço público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

.....

Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade **material**, como oferecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, tratamento da saúde, ministério de ensino etc. Esta oferta é

¹ Serviço público e poder de polícia : concessão e delegação.

feita aos **administrados em geral** Daí falar-se, com razão, no princípio da **generalidade do serviço público**.

Completa o prof. Bandeira de Mello:

Na concessão, o Estado **interpõe o concessionário entre ele e o administrado** no que atina ao **desempenho da atividade concedida**. Dessarte será o concessionário - e não o concedente - quem terá, de direito, seu imediato encargo e, por isto, **responderá ante os usuários** por sua prestação, por sua boa qualidade ou pela insuficiência ou, ainda, por danos que lhes causar ou que atingirem terceiros. É perante o concessionário que os usuários reclamarão o que tiverem a demandar em relação ao serviço. Daí dizer-se que o concessionário age em nome próprio, assim como também se diz que o fará por sua conta e risco, vez que sacará a remuneração daquilo que a exploração do serviço proporcionar.

.....

Já, na concessão, tal como se passa igualmente na permissão - e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e **transfere para o concessionário** a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço **ao usuário**, isto é: o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.

A obrigação de vender energia ao usuário final cabe às empresas concessionárias e permissionárias de distribuição. Jamais foi ou será das empresas geradoras, ainda que elas sejam denominadas “concessionárias de serviços públicos”.

Em 13 de fevereiro de 1995, foi sancionada a Lei nº 8.987, conhecida como “Lei das Concessões” que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da *prestação de serviços públicos*, previsto no art. 175 da Constituição Federal. Ainda em 1995, foi sancionada a Lei nº 9.074, de 7 de julho, que complementa a Lei de Concessões, com foco no setor elétrico.

Em seu art. 11, a Lei nº 9.074 criou a figura do “produtor independente de energia elétrica” (PIE), caracterizando-o como “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*”. No parágrafo único do referido artigo, definiu o legislador que: “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”.

O art. 12 da mesma lei define que o PIE pode vender energia para concessionário de serviço público de energia elétrica; consumidores livres; consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de cogeração; conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição; 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. Ressalte-se que o PIE “*pode vender*”. Portanto, não lhe é garantida a venda nem está obrigado a vender a energia que produz, mas, se o fizer, deverá ser para um ou mais dos grupos de consumidores enumerados no art. 12.

O art. 13 da referida Lei determina ainda que o “aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de *uso de bem público...*”. Ou seja, não há, para esses casos, contrato de concessão *de serviços públicos*. Assim sendo, as atuais “concessões de geração de serviço público” não deveriam estar enquadradas na Lei nº 8.987, de 1995,.

Diz o art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995:

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

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

.....”

Ora, as geradoras não estão obrigadas ao “pleno atendimento dos usuários”. Essa obrigação é das distribuidoras. Em paralelo, as geradoras não estão obrigadas a produzir com continuidade. Pelo contrário, estão sujeitas aos comandos do ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico para fins de

despacho de suas unidades, que podem, por conveniência da operação, permanecer desligadas. Considere-se, adicionalmente, que as geradoras, como regra geral, não vendem energia mediante “tarifas” e sim mediante “preços”, negociados ou decorrentes de leilões onde a participação é voluntária e as ofertas (de preços) dependem de decisões das próprias geradoras, em função de circunstâncias de mercado.

Determina o *caput* do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995:

“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.

.....”

Os contratos de concessão de geração, mesmo os de “serviço público”, não fixam tarifas, muito menos regras de reajuste e de revisão. Isso porque, em tais contratos, não cabe o conceito de tarifa.

O art. 13 da Lei das Concessões também define condição inaplicável às geradoras:

Art. 13 As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Também o art. 23 da citada Lei, ao definir as cláusulas essenciais dos contratos de concessão de serviços públicos, mostra-se, em vários casos, inaplicável aos contratos de concessão de geração.

Como exemplos podem ser citados:

- Para a geradora não é definida uma “área de concessão”;
- Critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; Obrigações da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço;
- Direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço.

Se forem examinados os contratos de concessão firmados em 2004 pelas geradoras consideradas como “prestadoras de serviço público”, os aspectos acima comentados ficam completamente evidenciados.

Mais do que isto, ao identificar tais contratos de concessão de geração, a União os denomina de “**CONTRATO DE CONCESSÃO PARA GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DESTINADA A SERVIÇO PÚBLICO**”. Essa identificação é distinta daquela dos contratos de concessão dos serviços de distribuição e transmissão: **CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO/ TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**.

Enquanto nos contratos de concessão de distribuição e de transmissão existem cláusulas específicas, relativas à manutenção do equilíbrio econômico financeiro (típicas na prestação de serviço público), nos contratos de geração não há a referida garantia. As transmissoras, em que pese sua circunstância especial, caracterizam-se como “prestadoras de serviços públicos”, uma vez que têm obrigação de atender a todos os usuários qualificados (livre acesso), seus contratos de concessão definem a receita e as regras de reajuste e revisão, definem a obrigação de continuidade dos serviços etc. Relembre-se que as transmissoras desenvolvem suas atividades em regime não concorrencial.

Em suma, a geradora de energia elétrica com concessão para serviço público, ou para autoprodução, é, de fato, um Produtor Independente (PIE) informal.

Já existem previsões legais para a alteração dos regimes de concessão para “produção independente”. Entretanto, elas contemplam apenas parte dos agentes setoriais. Ainda há importante parcela de concessionárias de geração indevidamente classificadas como “serviço público”, o que quebra a isonomia entre os agentes.

A Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, alterou o art. 28 da Lei nº 9.074, de 1995, para incluir quatro parágrafos e possibilitar que, “*em caso de privatização de empresa detentora de concessão ou autorização de geração de energia elétrica, é igualmente facultado ao Poder Concedente alterar o regime de exploração, no todo ou em parte, para produção independente, inclusive quanto às condições de extinção da concessão ou autorização e de encampação das instalações, bem como da indenização porventura devida*”.

Esses quatro parágrafos buscavam corrigir as distorções apontadas e estavam coerentes com a estratégia então adotada pelo Governo Federal, ou seja, de incentivo à privatização de todo o segmento de geração.

Na medida em que a privatização da geração deixou de ser estratégica para o Governo Federal, deveriam ter sido encontrados novos caminhos legais para evitar a incoerência existente entre os contratos de concessão de “geração para serviços públicos” e os termos da Lei (nº 8.987, de 1995) que dispõe sobre serviços públicos.

Também a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, em seu art. 20, parágrafos 3º e 5º, prevê a possibilidade de que as concessões de aproveitamentos hidrelétricos resultantes da separação das atividades de distribuição de que trata o referido artigo possam ter o regime de exploração modificado para produção independente de energia.

Os dispositivos legais citados colocam condicionantes que já não se justificam mais, limitando a possibilidade de alteração de regime à efetivação de um processo de privatização que não está mais em pauta – Lei nº 9.074, de 1995 – ou à desverticalização de atividades – Lei nº 10.848, de 2004, já efetivada.

O Projeto de Lei ora apresentado prevê a possibilidade de alteração do regime para todos os interessados, com a assinatura de novos contratos de concessão de uso de bem público para fins de produção independente, no caso de aproveitamentos hidrelétricos, e de instrumentos de autorização, no caso de usinas termelétricas e usinas hidroelétricas de pequeno porte.

Importante destacar que grande parte dos contratos de concessão de geração, passíveis de alteração para produção independente, estão com seus prazos se exaurindo no ano de 2015. Portanto, é razoável e justo que a alteração do regime seja feita para garantir tratamento isonômico a todos os agentes.

Entre várias geradoras e distribuidoras existem contratos de compra e venda de energia de empreendimentos existentes, resultantes de leilões realizados entre os anos de 2004 e 2007. Tais contratos foram firmados com preços significativamente baixos, em função do excesso de disponibilidade existente à época dos leilões. Destaque-se que os referidos preços são bastante mais baixos do que aqueles praticados em leilões não

regulados pelo Governo Federal, importantes sinalizadores na formação de preços do mercado de energia elétrica.

O Projeto de Lei condiciona a alteração do regime de cada usina para produção independente à prorrogação dos atuais contratos de compra e venda de energia de empreendimentos existentes, pelo mesmo prazo da concessão anterior.

Como é sempre oportuno contribuir para a modicidade das tarifas pagas pelos consumidores que recebem energia das empresas distribuidoras – o chamado “mercado cativo”, o Projeto de Lei propõe que as prorrogações dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, existentes no ano de 2011, ocorram com a manutenção, por três anos, dos preços praticados na ocasião da prorrogação. Os referidos preços somente serão atualizados, nos três primeiros anos da prorrogação, na hipótese do índice contratual de reajuste ser superior a 5% (cinco por cento) ao ano. Nesse caso, a eventual atualização dos preços somente ocorrerá com o percentual em que o índice contratual de reajuste supere 5% (cinco por cento) ao ano.

Com o intuito de não comprometer a isonomia entre os ambientes de contratação regulada e de contratação livre, o Projeto de Lei determina ainda que a prorrogação dos CCEAR ocorra de modo a manter, para cada empreendimento, a mesma proporção de vendas para cada ambiente, constatada na empresa em 31 de dezembro de 2011.

O Projeto de Lei determina que os pedidos de alteração do regime de exploração deverão ser encaminhados até sessenta dias após a vigência da Lei que altera o art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nos termos do presente texto. (eu acho que não é isso. É o fim da vigência da concessão)

As prorrogações dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR deverão estar formalizadas em até trinta dias após a assinatura dos Contratos de Concessão de Produção Independente ou da emissão dos Instrumentos de Autorização.

Adicionalmente, o Projeto de Lei condiciona a alteração do regime à renúncia em relação a todo e qualquer eventual direito preexistente vinculado às usinas. A alteração do regime fica também condicionada à

manutenção do atual regime de operação das usinas: integradas ou não integradas.

Nos termos propostos, os valores a serem recolhidos de quotas pelo uso de bem público, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, serão também destinados à modicidade tarifária.

O Projeto de Lei propõe ainda ajustes no art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, em decorrência das alterações introduzidas no art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, pelas Leis nº 9.648, de 1998 e nº 11.943, de 2009.

Buscando isonomia entre os agentes de geração, o Projeto de Lei determina que o Poder Concedente ajuste aos termos ora propostos, quando requerido pelos interessados, os contratos que resultaram da aplicação do disposto nos parágrafos 3º e 5º do art. 20 da Lei nº 10.848, de 2004.

Pelo exposto, entendo estar plenamente justificado o projeto de lei, que, aprovado, aprimorará o modelo vigente do Setor Elétrico Nacional e garantirá a modicidade tarifária, razão pela qual solicito aos nobres Parlamentares o apoio para a aprovação da presente proposta.

Sala das Sessões,

Senador DELCÍDIO DO AMARAL