



SNPTEE  
SEMINÁRIO NACIONAL  
DE PRODUÇÃO E  
TRANSMISSÃO DE  
ENERGIA ELÉTRICA

GAE-20  
19 a 24 Outubro de 2003  
Uberlândia - Minas Gerais

GRUPO VI  
GRUPO DE ESTUDO DE ASPECTOS EMPRESARIAIS - GAE

O RISCO CONTRATUAL DO NOVO SETOR ELÉTRICO - CONSTATAÇÕES E TENDÊNCIAS

Sizenando Figueira de Andrade\*  
CHESF

Teófilo de Holanda Cavalcanti  
CHESF

Dário de Andrade Coelho Gueiros  
CNE

RESUMO

O objetivo deste informe técnico é discorrer sobre a complexidade das relações contratuais que são o alicerce do novo modelo do setor elétrico brasileiro e sobre os riscos associados a estes contratos que contaminam os custos dos agentes envolvidos. Procura-se fazer uma prospecção acerca das tendências de mudanças nas políticas no setor face ao novo governo que assumiu o país em 01/01/2003.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRATOS – RISCOS – CUSTOS -TENDÊNCIAS

1.0 - INTRODUÇÃO

O alicerce básico do modelo do Setor Elétrico que disciplina todos os negócios jurídicos do setor é o “Vínculo Contratual”, que, em todos os seus aspectos, rege as múltiplas relações entre os agentes.

A disseminação dos instrumentos contratuais, cada um dos quais de per si, gera um risco intrínseco e peculiar. O trabalho se propõe a tratar quatro grandes temas, de forma bastante objetiva, onde destacamos seus aspectos principais:

1. Os riscos contratuais inerentes à fase de formação do contrato e as tendências das questões contratuais no novo Código Civil (CC);
2. Os riscos contratuais inerentes às peças contratuais em si;
3. Os riscos contratuais associados às lacunas da legislação e/ou regulamentação do setor;
4. Perspectivas de redução das incertezas e ambigüidades do Setor.

2.0 OS RISCOS CONTRATUAIS INERENTES À FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO E AS TENDÊNCIAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL (CC)

2.1 Os riscos pré-contratuais

Quanto à formação os Contratos podem ser:

2.1.1 Contratos de **formação instantânea**, sem intervalo apreciável de tempo entre a “Oferta” e a “Aceitação”, firmados através de comunicação direta (pessoalmente ou por telefone) ou por comunicação indireta através da Telemática (recursos de telecomunicação via computador, e-mail, telex, ou fax). A formação do contrato se verifica no momento em que o oblato aceita a oferta do proponente.

2.1.2 **Contratos de formação ex-intervallo** (Oferta x Aceitação) – Quando existe um intervalo apreciável de tempo entre a “Oferta” e a “Aceitação”, também firmados através de comunicação direta (pessoalmente ou por telefone) ou por comunicação indireta através da Telemática (recursos de telecomunicação via computador, e-mail, telex ou fax).

No caso da *comunicação direta* o lugar em que se forma o contrato é o lugar onde se encontram, ou no *caso por telefone*, existem duas teorias aceitas, a do lugar em que a proposta foi formulada (maioria dos países) ou a do lugar onde o oblato emite a aceitação (França, Bélgica, Luxemburgo).

No caso das *comunicações indiretas*, várias são as teorias quanto ao efetivo momento da formação do contrato:

- Rua Delmiro Gouveia 333, Bairro do Bongüi, Anexo II, Sala A327 - CEP: 50.761-901, Recife – PE  
Fax: 0xx81. 32294058 – Fone: 0xx81.3229.4143 – sizenand@chesf.gov.br

1. O momento em que o oblato manifesta a sua aceitação e esta passa a ser de conhecimento do proponente;
2. Momento em que a aceitação é expedida, adotada no Brasil (Art. 434 do novo Código Civil), caracterizando assim o momento de formação dos contratos e conseqüentemente o surgimento dos seus efeitos jurídicos.

**2.1.3 Contratos de formação ex-intervallo temporis – Formação Sucessiva ou Progressiva** incluindo as fases de Oferta – Negociação – Aceitação. As partes durante a Negociação podem firmar documentos preliminares ou preparatórios como “cartas de intenção”.

No novo Código Civil (Art. 427 e seguintes) fica claro que a proposta obriga o proponente a mantê-la, exceto nas excludentes relativas à prazo e ausência (Art. 428).

## 2.2 As tendências das questões contratuais no novo código civil (CC)

O novo Código Civil Brasileiro que entrou em vigor no dia 11/01/2003 passado é regido pela forte presença de “*Cláusulas ou regras abertas*” que dependem de uma construção jurisprudencial progressiva, o que poderia se chamar de Código pós-positivista, segundo seus reformadores.

Este código influenciou fortemente o projeto do Código de Defesa do Consumidor (CDC), cujo projeto original data de 1975, evidentemente reformulado naquilo que regimentalmente foi permitido fazer. É aqui que questão contratual passa a ter reflexos amplos:

O Princípio da *Eticidade*, que impõe critérios ético-jurídicos, e o da *Socialidade*, que prega a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, permeiam todo o código.

Exemplo de *Eticidade* encontra-se refletido no Art.422, CC, que prescreve que os “contraentes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

A boa fé objetiva é um princípio que permeia todo o código, é diferente do *ánimus* (estado psicológico) do agente (Art. 1201, CC), sendo assim uma função integradora que pode cobrir lacunas dos dispositivos, funcionando como controladora na execução dos contratos e pressupõe um estado de colaboração entre os contratantes.

Uma omissão danosa a uma das partes na conclusão do contrato pode levar a sua anulação (Art.138, CC, e seguintes).

Nos Arts. 423 e 424, CC, no que diz respeito aos contratos de adesão, o tratamento de proteção ao contratante é similar ao do consumidor pelo CDC.

Exemplo de *Socialidade* é o Art. 421, CC, prevendo que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”.

A *onerosidade excessiva* (“Princípio do Rebus sic Stantibus”) deixa de ser apenas um instituto doutrinário e uma questão pacífica na jurisprudência e está

explicitada no CC.

## 3.0 OS RISCOS CONTRATUAIS INERENTES ÀS PEÇAS CONTRATUAIS EM SI;

### 3.1 Possibilidade de inadimplência de Pagamento do preço ou encargo

Aqui são usadas as Cartas de Fiança Bancária, que apresentam a desvantagem de apresentarem ônus para os contratantes, ou os Contratos de Constituição de Garantia, firmados sob a Gestão de entidades bancárias dando suporte à liquidez nos pagamentos.

Observou-se nas Liquidações das Operações de compra e venda de energia no MAE (Mercado Atacadista de Energia), relativas ao período setembro de 2000 a setembro de 2002, a impetração de Liminares que impediram a efetivação das mesmas em sua totalidade.

### 3.2 A Responsabilidade Civil como Instituto Jurídico

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos sofridos por alguém. Consiste no dever de indenizar este alguém pelos prejuízos causados, quer por fato próprio, quer por fato de terceiros, ou de coisas que dela dependam.

O ato ilícito no novo Código Civil, no Art. 186, prevê o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segue o Art. 187:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Ato ilícito é todo ato humano (ação ou omissão) que causa dano a outrem ou viola direito alheio, acarretando, por conseguinte, a responsabilidade civil do seu agente.

O Art. 927 declara: “Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Qual seria o conceito de DANO: “Consiste numa lesão a um bem jurídico de natureza patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa. O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, quer contratual, quer extracontratual, quer subjetiva, quer objetiva, posto que não pode haver obrigação de indenizar sem dano a reparar”.

### 3.3 A Responsabilidade Civil Objetiva do Setor Elétrico Brasileiro

No Setor Elétrico, a *Responsabilidade Civil* é *objetiva*, podendo ser Contratual ou não Contratual.

A responsabilidade objetiva independe da existência de culpa ou de presunção absoluta de culpa e a obrigação de indenizar provém de uma relação entre o fato

danoso e o seu autor. Em regra, fundamenta-se no risco criado por determinada atividade.

O Código Civil aborda essa espécie de responsabilidade no parágrafo único do art. 927:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*”.

Na responsabilidade objetiva pressupõe-se a existência do “*NEXO DE CAUSALIDADE*”, ou seja, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a ilicitude da ação e o mal causado; é preciso estar certo que sem esse fato, o dano não teria acontecido. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar se entre ambos não existe a relação causal. A causalidade não precisa ser imediata, sendo necessário, contudo, que se demonstre que o dano não teria ocorrido sem o fato causador.

### 3.4 A Responsabilidade Civil não contratual

A Responsabilidade não contratual ou Aquiliana tem por base os atos ilícitos praticados pelo Poder Público Concedente, que, em relação à energia elétrica, com base na Constituição, é de competência da União Federal, extensiva aos agentes concessionários, permissionários e autorizados, e encontra respaldo nos Arts. 186 e 187 do novo Código Civil (CC), que agora inclui danos morais.

O Art. 927, CC, define a obrigação de indenização para os casos previstos nos Arts. 186 e 187, incorporando a teoria do Risco Administrativo ou da atividade e a Responsabilidade Objetiva: “... Obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Observe-se que o ônus da prova passa a ser do fornecedor da energia em negar o “*NEXO DE CAUSALIDADE*”.

### 3.5 A Responsabilidade Civil Contratual

A Responsabilidade Civil Contratual permeia todos os contratos institucionais, tais como o CPST - Contrato de Prestação de Serviços da Transmissão, onde está em vigor os acordos setoriais, que por convocação do ONS deverá ser revisto.

A partir do 2<sup>o</sup> semestre de 2003, entre Geradoras, Transmissoras e Distribuidoras para que em causas sistêmicas prevaleça respectivamente o rateio de 20%, 20% e 60% com relação ao valor total de ressarcimento dos “danos materiais diretos”.

A causa é definida através de um processo estruturado de “Análise de Perturbação”.

Esta estrutura praticamente se repete nos Contratos de Conexão ao Sistema de Transmissão (CCT), onde trabalha-se a causa específica da transmissora e sua respectiva forma de indenização e a causa sistêmica,

similar ao CPST.

De forma semelhante os Contratos de Compra e Venda de Energia (CCVE), onde se trabalha a causa específica da geradora e sua respectiva forma de indenização e a causa sistêmica apresenta-se similar ao CPST. O CUST, Contrato de Uso do Sistema de Transmissão também incorpora cláusulas similares.

É fundamental entender que a análise técnica aprofundada dos eventos tem que levar em conta que nem sempre a origem da Perturbação ocorrida no Sistema Elétrico é a causa direta dos danos materiais diretos, passando-se pelo comportamento do sistema de distribuição e do sistema de proteção e procedimentos operacionais praticados pelo consumidor final que eventualmente sofra o dano.

### 3.6 Responsabilidade Civil envolvendo Terceiros

A culpa de Terceiros não é aceita pela Jurisprudência como excludentes da Responsabilidade Civil, preservado o direito de regresso (Art.934, CC).

### 3.7 Excludentes de Responsabilidade

1. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – Se houve o prejuízo, mas, ele decorreu exclusivamente do comportamento da vítima. O Código Civil (CC) não adota a Teoria do Risco integral, apenas concebido no dano nuclear ou ambiental, onde só se aceitam como defesas a negatividade do nexo causal ou a alegação de inexistência do dano. Sobram apenas, no caso do setor elétrico, a excludente de culpa exclusiva da vítima, funcionando a culpa parcial da vítima como atenuante (Art.945, CC).
2. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR – Se estipulada em contrato, afasta a responsabilidade civil. Em regra, é admitida se for bilateralmente ajustada, com uma vantagem paralela e compensadora em benefício do renunciante, e não contrariar a ordem pública e os bons costumes. Seus efeitos consistem no afastamento da obrigação consequente ao ato danoso. Naqueles casos em que o dever de ressarcimento decorre naturalmente da verificação de culpa, a cláusula de não-indenizar forra o devedor de suas consequências e elimina a indenização.

Aqui haveria espaço para Contratos de cobertura dos Riscos associados à Responsabilidade Civil de acessantes ao sistema de transmissão mediante remuneração compensatória.

3. CASO FORTUITO – É o fato imprevisível, que engloba fenômenos da natureza.
4. FORÇA MAIOR – É o fato previsível, porém inevitável, que engloba fatores de natureza humana.

### 3.8 Formas de Indenização

### 1. INDENIZAÇÃO – Art. 944, CC e seguintes.

Tem muito mais a chancela de sanção do que propriamente de recomposição. A recomposição do patrimônio nunca se dá de maneira perfeita ou completa. Encontra-se relacionada ao dano, do ponto de vista do seu efeito direto (prejuízo emergente). A recuperação do patrimônio, na verdade, é quase nenhuma.

### 2. RESSARCIMENTO

É o pagamento do dano patrimonial, como nos casos de inadimplemento de obrigações de pagamento, cobrindo todo o dano, (Art. 389 e seguintes), isto é, do prejuízo emergente e do lucro cessante, do principal e dos frutos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa.

### 3. REPARAÇÃO

É forma de compensação do dano moral. É compensação do dano que sirva para reparar, confortar a dor.

#### 3.9 “O Fato do Príncipe”, ou seja, decisões, regulamentações ou tributações emanadas de forma superveniente por parte do governo e seus impactos nos contratos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “São medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”.

Tratando-se de contratos administrativos, a própria administração responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido, exceto nos casos em que a autoridade responsável pelo fato do príncipe for de outra esfera de governo, onde aplicar-se-á a teoria da imprevisão”. Em se tratando de contratos no âmbito privado, a teoria da imprevisão também seria adotada.

#### 3.10 A “Teoria da Imprevisão” – Cláusula de Manutenção de Equilíbrio Econômico - Financeiro (“Princípio do Rebus sic Stantibus”)

É caracterizada quando “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis torna a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, podendo o devedor pedir judicialmente a *Resolução do contrato* - Art. 478, CC”.

A resolução poderá ser evitada se o réu se oferecer a modificar equitativamente as condições do contrato – *Revisão do contrato* – Art. 479, CC.

A parte prejudicada também pode pedir que sua prestação seja reduzida - Art. 480, CC.

### 4.0 OS RISCOS CONTRATUAIS ASSOCIADOS ÀS LACUNAS DA LEGISLAÇÃO E/OU REGULAMENTAÇÃO DO SETOR:

A seguir questões estão latentes e geram conflitos nas relações contratuais:

1. Como caracterizar o “ato da entrega” ou “traditio” da energia elétrica como forma de melhor definir as responsabilidades na compra e venda de energia?
2. O acessante tem como exigir das empresas de

Transmissoras, níveis absolutos de confiabilidade e continuidade e indenizações por falha e/ou defeito das mesmas durante a execução do contrato com as Transmissoras? Quem assume estes riscos?

3. Nos riscos inerentes às atividades de Operação do Sistema Elétrico desenvolvidas pelo ONS, hoje o condomínio é o responsável. Este ainda seria o modelo mais viável?
4. Como seriam cobertos os riscos decorrentes de adequações das conexões?
5. Nos Contratos de Cessão de Uso de Equipamentos às Transmissoras, como tratar as repercussões e definir responsabilidades pela substituição por perda de vida útil dos mesmos?
6. Nos compartilhamentos de Instalações, como gerir os riscos decorrentes do conflito entre os detentores da *Propriedade e da Posse* dos Equipamentos, preservado o princípio da otimização Condominial do Setor Elétrico?
7. A responsabilidade do acessante versus a responsabilidade subjetiva das Transmissoras, nas fases de projeto, construção, montagem eletromecânica e comissionamento.
8. Maior clareza quanto ao papel homologatório da ANEEL e seus reflexos nos contratos do setor. Em alguns casos com caráter de mera “cientificação” e, em outros, com caráter de “aprovação” formal sob pena de invalidade dos contratos.
9. A implementação efetiva de mecanismos de “*Solução de Controvérsias*” – Mediação, e Compromisso Arbitral ao invés das demandas Judiciais e suas repercussões nas empresas estatais e privadas.

### 5.0 PERSPECTIVAS PARA REDUÇÃO DAS INCERTEZAS E AMBIGÜIDADES DO SETOR

Considerando que o setor elétrico brasileiro é um sistema de rede, intensivo em capital de longo prazo, e que não deve se submeter a conjuntura de curto prazo, é necessário o estabelecimento de regras claras e perenes para seu bom funcionamento. Neste contexto, algumas questões devem ser consideradas.

O Índice Geral de Preços - Mercado (IGP-M), indicador bastante influenciado pela variação do dólar, utilizado para reajustar as tarifas das distribuidoras tem sido questionado. O repasse automático e a necessidade de estabelecimento de mecanismo de controle sobre o desempenho das empresas deve analisado em conjunto.

Tem se questionado também a necessidade de repensar o PPT - Programa Prioritário de Termelétricidade. Quando houve o racionamento de energia, o governo resolveu construir 49 termelétricas. Boa parte delas está em fase de construção. O governo fica obrigado a respeitar os contratos. Ocorre que o funcionamento dessas termelétricas depende da importação de gás da Bolívia, em dólar. O novo governo sinaliza a necessidade de rever o que está previsto.

A necessidade da existência de órgão planejador com atribuições bem definidas é praticamente um

consenso. A desativação da Eletrobrás como órgão planejador da expansão deixou um vácuo no setor elétrico, tendo a Agência Nacional de Energia Elétrica, em determinadas situações, tomado algumas ações neste sentido, tais como a oferta de áreas de concessão para a construção de novas hidrelétricas.

A possibilidade da aplicação do “Fator X” para as Distribuidoras, como instrumento de aplicabilidade do princípio da “Modicidade Tarifária”, com reflexos para o consumidor final.

Do ponto de vista da comercialização de energia, há de se destacar alguns pontos relevantes.

A Legislação vigente na comercialização de energia prescreve, na Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, que a redução gradual dos montantes de energia dos Contratos Iniciais se dará a uma razão de 25% ao ano a partir de 2003, sobre o montante de 2002.

A Lei 10.438, de 26 de abril de 2002, estabelece que no mínimo 50 % da energia liberada pelas geradoras federais deverá ser negociada em leilões públicos.

Os leilões são a forma universal que o estado utiliza para disponibilizar para a iniciativa privada a exploração de recursos naturais, bens e serviços públicos e compras do governo. Os leilões como processos de compra e venda apresentam algumas vantagens:

1. Transparência aos negócios com bem público;
2. Para o gestor público é um modo impessoal e objetivo de negociar;
3. Regras claras reduzem as incertezas dos agentes;
4. Simplifica a supervisão dos órgãos reguladores;
5. Revela informação e preços por mecanismo de mercado e não por modelos;
6. Revela informação para outros contratos e mercados;
7. Contrato (produto) equivale à negociação prévia;
8. Preço e quantidade são os últimos itens - definidos no pregão;

Ainda há de se destacar o disposto na Lei No 10.604, de 17.12.2002, que introduz outras formas de contratação que tornam mais abrangente a atividade de comercialização de energia:

1. Leilões exclusivos com consumidores finais;
2. Aditamento dos contratos em vigor;
3. Outra forma estabelecida na regulamentação;
4. Licitações na modalidade leilão realizado pelas distribuidoras (regulamentado pelo Dec. 4.562 de 31.12.2002);
5. Aditamento dos Contratos Iniciais ou equivalentes.

A Resolução nº 246, de 23 de maio de 2003 estabelece as condições gerais para a compra de energia elétrica, por meio de licitação, na modalidade de leilão, pelas concessionárias do serviço público de distribuição.

Ressalte-se que todo este arcabouço legal poderá ser impactado pela nova filosofia que será implantada pelo novo governo que agora se inicia e que sinaliza que

tratará de boa parte das questões acima relatadas, fortalecendo as ações e atribuições do Ministério das Minas e Energia.

## 6.0 - CONCLUSÕES

Conforme observado, o funcionamento do setor elétrico está baseado em contratos tendo, estes instrumentos, repercussão patrimonial direta no presente e futuro dos contratantes.

Além das empresas habituais, o Setor Elétrico também tem como *investidores empresas* oriundas de outras Áreas de atividade econômica, como a Financeira, Empresas e Consórcios multinacionais, que, basicamente, procuram:

1. Regras claras de remuneração do negócio, seus encargos e formas de atualização monetária;
2. Perenidade nas regras do Setor;
3. Conhecimento da taxa de lucratividade, e com base em informações de fluxo de caixa conseguem objetivamente identificar o “Tempo de retorno do investimento do empreendimento”;
4. Mensuração dos riscos de implantação e exploração do empreendimento, nas relações com fornecedores, consumidores e terceiros.

Assim, o texto acima tratou dos riscos contratuais existentes no setor, focando questões jurídicas, regulatórias e comerciais.

Como proposição, dada sua relevância, sugerimos o estabelecimento de um “*Seguro de Responsabilidade Civil*”, de forma a ser devidamente coberto o risco associado aos efeitos dela decorrentes.

Face ao novo Código Civil e identificação e semelhança com os institutos do CDC, os prestadores de serviços e fornecedores de produtos de forma geral, podem ser mais facilmente obrigados legalmente ao pagamento de indenizações com base neste instituto jurídico.

Advogamos, portanto, pelo preenchimento das lacunas regulatórias e a devida conclusão do modelo do Setor, adequando-a nova Filosofia de Governo.

## 7.0 - DADOS BIOGRÁFICOS

**Sizenando Figueira de Andrade**, Formação em Engenharia Elétrica pela UFPE e em Direito. Trabalha na CHESF desde 1980, com experiências na Área de Operação de Usinas, Coordenador da Normatização Técnica da Operação, Gestão da Capacitação Técnica da Operação, posteriormente participação na Comercialização de energia, desenvolveu estudos GLD. Representa CHESF na ABRATE/ANEEL trabalhos publicados para o SNPTEE, PDAO e ERLAC. Hoje integra a Área de Contratação da CHESF.



**Dário de Andrade Coelho Gueiros** - Graduado em Engenharia Elétrica pela UFPE, em 1974, fez especialização em Manutenção e Operação de Sistemas de Potência, pós-graduado em Sistemas Elétricos de Controle pela UFSC, Gerente CHESF em fornecimento, suprimento, contabilização, controle de qualidade e comercialização de energia. Consultor na área de negócios de energia, com serviços prestados a CHESF, CCON e ONS, com trabalhos no SNPTEE, CIER, SBQEE, ERLAC e SEPEF.



**Téofilo de Holanda Cavalcanti** - Engenheiro Eletricista com Mestrado em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Pernambuco e Pós Graduação em Comércio Exterior pela Universidade de Barcelona. Trabalha na CHESF desde 1984, tendo atuado nas áreas de execução da operação, gestão da qualidade, gestão de contratos da transmissão e comercialização de energia. Atualmente é Gerente do Departamento de Relações Comerciais. Representa a CHESF em fóruns comerciais e institucionais junto ao MAE, ONS, ANEEL e ABRAGE tem trabalhos publicados no SNPTEE, CIER, EDAO e PMAPS.

