



**XV SNTPEE
SEMINÁRIO NACIONAL
DE PRODUÇÃO E
TRANSMISSÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA**

GAE/ 03

**17 à 22 de outubro de 1999
Foz do Iguaçu – Paraná - Brasil**

**GRUPO VI
GRUPO DE ESTUDO DE ASPECTOS EMPRESARIAIS (GAE)**

**ASPECTOS LEGAIS DA REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: QUEM
GANHA E QUEM PERDE**

Jamil Hadd*

EFEI

RESUMO

Atualmente o setor elétrico brasileiro passa por um processo de mudanças estruturais de grande amplitude. De um modelo quase que totalmente controlado pelo estado, quer seja na gestão financeira ou técnica, estamos caminhando para outro onde o capital privado e a sociedade irão possuir um papel de destaque. Estão deixando o palco atores antigos e conhecidos de todos, como por exemplo, o DNAEE, e o GCOI. Assumindo tais papéis tem-se, respectivamente, a ANEEL e o NOS, além da estréia do Mercado Atacadista de Energia - MAE.

Este trabalho visa apresentar, de maneira objetiva e crítica, alguns dos principais aspectos legais relativos a reestruturação do setor elétrico e seus possíveis reflexos, técnicos e econômicos, para os vários agentes envolvidos no mesmo.

PALAVRAS-CHAVE

Reestruturação do setor elétrico, Legislação do setor elétrico.

1.0 – INTRODUÇÃO

Aproximadamente 110 anos atrás, em setembro de 1889, era inaugurada na cidade mineira de Juiz de Fora, a primeira hidrelétrica da América do Sul, concebida pelo industrial Bernardo Mascarenhas. As suas 2 turbinas, com uma potência total de 250 kW, tinham, como objetivo, abastecer uma fábrica de tecidos e o sistema de iluminação elétrica da cidade.

Aproximadamente 100 anos atrás, em abril de 1899, era formalizada em Toronto, no Canadá, a "São Paulo Railway, Light and Power Company Limited", por iniciativa de um grupo de capitalistas canadenses. Através de um decreto do então presidente da República Campos Sales, a mesma foi autorizada a funcionar no Brasil. Estes foram os primeiros passos do grupo no Brasil, provocando também, na época conflitos de interesse com outros grupos nacionais: primeiro na cidade de São Paulo (Light São Paulo) e em seguida na cidade do Rio de Janeiro (Light Rio).

Da Hidrelétrica Bernardo Mascarenhas para a Usina Engenheiro Sérgio Motta (Porto Primavera) e da Light de capital canadense para a atual, de capital majoritário francês e americano, se passaram cem anos. A UHE da CESP, recentemente inaugurada, demorou 20 anos para ficar pronta e está funcionando com apenas 3 dos 18 geradores previstos. Por falta de recursos para a compra dos equipamentos? Não, pois todos os equipamentos elétricos e mecânicos foram adquiridos no início do projeto, encontrando-se hoje estocados ao lado da barragem, em galpões climatizados. De um custo inicial de US\$ 2,2 bilhões estima-se, ter atingido hoje, um custo contábil de US\$ 11 bilhões.

No momento em que estão sendo escritas estas linhas, discute-se a privatização da geração da CESP, dividida, provavelmente em 3 empresas: Companhia de Geração Parapanema, Companhia de Geração Elétrica do Tietê e uma terceira com o mesmo nome CESP. Argumentos ideológicos e técnicos, a favor e contra o processo de venda são colocados sobre a mesa

*ESCOLA FEDERAL DE ENGENHARIA ITAJUBÁ / GRUPO DE ESTUDOS ENERGÉTICOS

Av. BPS, 1303 – Pinheirinho - 37500-000 – Itajubá, MG

Tel.: (035) 629-1241 / 1173 - Fax.: (035) 6291187 - e-mail: jamil@iee.efei.br

de debate. Questões importantes são discutidas, como por exemplo, o funcionamento da hidrovía Tietê-Paraná, os projetos de irrigação e turísticos situados às margens das hidrelétricas e a garantia da operação coordenada e otimizada do parque gerador.

A Light, incluindo Rio e São Paulo, foi adquirida pelo governo em janeiro de 1979, ao preço de US\$ 380 milhões. Esta operação foi muito criticada, pois para estes críticos, o contrato de concessão terminava, com reversão sem indenização, em 1990. Por outro lado, os defensores alegavam a existência de inúmeros contratos de épocas diferentes com várias e complexas questões jurídicas a serem resolvidas. Optou-se, certo ou errado, pela aquisição da empresa comprando-a, ao invés de outra solução, que provavelmente seria decidida nos tribunais.

Foram instituídas as empresas Eletropaulo, em São Paulo, e no Rio de Janeiro a Light Serviços de Eletricidade. Esta última com participação acionária no capital da Eletropaulo.

Em 21 de maio de 1996, aproximadamente 17 anos após a compra pelo Estado, a Light Serviços de Eletricidade foi vendida por US\$ 2.216 milhões, voltando ao capital internacional: Électricité de France (França), Houston Industries Energy (EUA) e AES Corporation (EUA) possuindo, este consórcio 34,2% do controle acionário. Questões polêmicas, como o emprego de recursos do BNDES foram levantadas na ocasião. Mais questionado ainda, foram os efeitos da privatização nas interrupções do fornecimento de energia aos consumidores do estado e da cidade do Rio de Janeiro, ocorridos no verão de 1998. Questões técnicas se misturaram às convicções ideológicas e no centro destas pendências estava a Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL, organismo criado pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, mas instalado somente em dezembro de 1997.

Cumprindo sua finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, a ANEEL, ainda preenchendo seu corpo técnico e se organizando, realizou uma auditoria nas empresas Light e CERJ, que resultaram em várias determinações e aplicação de multas. Mesmo assim naquele momento, para muitos, o processo de privatização teve sua imagem prejudicada. No entanto, apesar das condições não serem as mesmas, neste verão, tais fatos não se repetiram.

2.0 – OS PRINCIPAIS MARCOS LEGAIS

Dois grandes marcos legais marcam o ordenamento jurídico dos serviços de energia elétrica no Brasil: o

Código de Águas e a Constituição Federal de 1988. O primeiro, representado pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, disciplinou a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e muitos dos seus dispositivos legais continuam vigorando. O segundo marco, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, instituiu a obrigatoriedade de licitação para a outorga de concessão e permissão de todos os serviços públicos, conforme art. 175:

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

É importante ressaltar que a criação da obrigatoriedade de licitação para a outorga de concessão ou permissão, cláusula não vigente na constituição anterior, foi o fator indutor que permitiu iniciar o processo de transferência para o setor privado das empresas estatais. Da mesma forma estimulou com a possibilidade da existência, no futuro, de um mercado sem reserva e mais competitivo, o aparecimento de Produtores Independentes de energia. Neste caso pode ganhar, a médio prazo, os futuros consumidores livres.

A Constituição de 1988 atribui à União competência para explorar - diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão - os serviços e instalações de energia elétrica; todavia, nos casos em que haja aproveitamento energético de cursos de água, essa exploração depende de articulação da União com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Do texto da Constituição pode-se comprovar pela leitura de seus arts. 21, XII, “b” e 176, § 1º, que assim dispõem:

“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. 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 e 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.”

Nota-se que neste art. 176 tem-se a concessão e a autorização como forma de permitir o aproveitamento dos potenciais hidráulicos enquanto para a prestação de serviços públicos encontra-se a concessão e a permissão.

A Constituição atribui à União competência privativa para legislar sobre energia; porém, prevê que lei complementar pode autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas relacionadas à matéria, conforme disciplinado no art. 22, IV e parágrafo único, que assim determinam:

*“Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
IV - águas, energia, informática, telecomunicação e radiodifusão;
(...)
Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”*

No que diz respeito ao registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de exploração de recursos hídricos, a Constituição estipula a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme o disposto em seu art. 23, XI,:

*“Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)*

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos (...) em seus territórios;”

Ainda quanto à exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, a Constituição assegura aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União participação nos respectivos resultados ou correspondente compensação financeira. É o que prevê o § 1º do art. 20, da seguinte forma:

*“Art. 20 - (...)
§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração (...) de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica (...) no respectivo território (...) ou compensação financeira por essa exploração.”*

Determina, ainda a Constituição, no § 3º do seu art. 155, a incidência sobre as operações relativas à energia elétrica de alguns poucos tributos, de competência da União e dos Estados. Assim preceitua o referido dispositivo:

*“Art. 155 - (...)
§ 3º - À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo [ICMS] e o art. 153, I [Imposto de Importação] e II [Imposto de Exportação], nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica (...) no País.”*

3.0 – SERVIÇO ADEQUADO

Para os consumidores brasileiros, particularmente os 35,6 milhões de consumidores residenciais, 3,5 milhões comerciais e 480 mil industriais, estes últimos consumindo aproximadamente 48% de toda energia gerada no Brasil (dados de 1998), uma questão importante e fundamental é a qualidade do serviço. O que diz a legislação brasileira sobre esta questão tão próxima do consumidor e quais podem ser as conseqüências do processo de reestruturação do setor elétrico neste caso?

Do ponto de vista legal, historicamente, desde o antigo Código de Águas de 1934, já se falava sobre o serviço adequado, conforme o disposto no seus arts. 178 e 179:

“Art. 178 - No desempenho das atribuições que lhe são conferidas a divisão de águas do DNPM fiscalizará a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidrelétrica, com o triplice objetivo de:

- a) assegurar serviço adequado;*
- b) fixar tarifas razoáveis;*
- c) garantir a estabilidade financeira das empresas”.*

“Art. 179 - Quanto ao serviço adequado a que se refere a alínea "a" do artigo precedente, resolverá a administração, sobre:

- a) qualidade e quantidade do serviço;*
- b) extensões;*
- c) melhoramentos e renovações das instalações;*
- d) processos mais econômicos de operação”.*

Esta preocupação de preservar a qualidade do serviço também se fez presente na Constituição Federal de 1969, particularmente no seu art. 167:

“Art. 167 - A Lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - Obrigação de manter serviço adequado;
(...)”

Mais recentemente, na Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do art. 175 tem-se:

“Art. 17 - (...)
(...)”

Parágrafo único - A Lei disporá sobre:

I - O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua

prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - Os direitos dos usuários

III - A política tarifária;

IV - A obrigação de manter serviço adequado”.

Mas o que se entende por serviço adequado e qual lei disporá sobre este assunto? A resposta inicial à esta questão, consta na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou seja, aproximadamente 6 anos após a promulgação da Constituição de 1988. Assim preceitua o referido dispositivo:

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

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

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

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência após prévio aviso, quando:

I - Motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II - Por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade”.

Esta mesma Lei, no seu art. 7, declara entre os direitos e obrigações dos usuários, "Receber Serviço Adequado". Como uma reafirmação do legislador, preocupado com a questão da qualidade do serviço, tem-se, ainda na Lei nº 8.987 os artigos. 23, 32 e 38:

“Art. 23 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

III - Aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade de serviço;

(...)”

“Art. 32 - O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

(...)”

“Art. 38 - (...)

§ 1º - A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

IV - A concessão perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

(...)”

4.0 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Tal termo se faz presente na Constituição Federal de 1969, particularmente no seu art. 167:

“Art. 167 - (...)

(...)

II - Tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

(...)”

Nota-se aqui o aparecimento do termo "equilíbrio econômico financeiro do contrato", que enquanto estatais, muitas empresas e concessionárias de energia elétrica, por razões várias, não conseguiram alcançar ou eram, infelizmente direcionadas para o

desequilíbrio econômico-financeiro. No entanto, as mesmas empresas, agora sob o controle do capital privado poderão lançar mão deste item, para conseguirem reajustes tarifários.

Os contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, recentemente assinados entre os novos acionistas controladores das antigas empresas estatais e a ANEEL, possuem cláusula semelhante, como por exemplo:

“Cláusula (...) - Tarifas aplicáveis na comercialização de energia:

(...)

Subcláusula (...) - Havendo alteração unilateral do Contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, devidamente comprovado pela concessionária, a ANEEL deverá adotar as medidas necessárias ao seu restabelecimento, com efeito a partir da data da alteração.

Para a correta e devida aplicação desta cláusula contratual, em benefício dos vários atores envolvidos e em particular do consumidor, é necessário uma atuação e presença constante dos agentes responsáveis pela fiscalização e regulação. A caracterização e definição do que se entende por "inicial equilíbrio econômico-financeiro" é um ponto importante nesta análise. Em tese, não é interesse de ninguém, principalmente dos acionistas das empresas de energia elétrica, a existência de uma instituição debilitada econômica e financeiramente por fatores fora do seu controle. Por outro lado, toda empresa que não é bem administrada e considerando ainda as incertezas próprias de sua atividade econômica, pode apresentar como resultado, um balanço que comprometa sua saúde econômica e financeira. É fundamental a correta atuação das agências reguladoras para poderem ter condições de diferenciarem uma situação da outra, considerando ainda, as diversas variantes e armadilhas da nossa legislação tributária e fiscal.

5.0 – CONCLUSÃO

As mudanças pelas quais passam o setor elétrico brasileiro, como vimos, tiveram início na Constituição Federal de 1988, conforme o disposto no artigo 175 relativo a exploração dos serviços públicos de energia elétrica através de licitação. Os institutos da concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos neste mesmo artigo são regidos pela Lei nº 8987 de 13/02/95. Enquanto que as normas para a outorga e

prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos são estabelecidos pela Lei 9074, de 7/7/95. Mais recentemente, a Lei 9648 de 27/05/98 e o posterior Decreto 2655, de julho de 1998, alteraram alguns dispositivos da Lei 8987 e 9074, além de regulamentar o Mercado Atacadista de Energia Elétrica e definir as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico.

Algumas questões ainda, devido a dinâmica de todo este processo ainda não possuem respostas claras.

Resoluções da ANEEL procuram definir limites, estabelecer procedimentos e critérios técnicos precedidos das consultas ou audiências públicas. Estas consultas, diferencial importante e inovador, quando comparado com os procedimentos adotados pelo antigo DNAEE estão sendo bem aceitas pelo mercado?

Os contratos de concessão assinados entre a ANEEL e as empresas concessionárias de distribuição de energia elétrica, em algumas situações, são criticados por não possuírem cláusulas que protejam adequadamente o consumidor. Este artigo procurou mostrar que pelo mesmo, neste particular existem diversos dispositivos legais que visam garantir a prestação de um serviço adequado ao consumidor. Alguns, inclusive, que já existiam anteriormente ao processo reestruturação do setor elétrico. Será que apenas a existência de um sistema regulador nacional forte, eficaz e atuante poderá contribuir, para se ter uma sociedade, sob o ponto de vista energético, mais justa?

Será que a existência de consumidores livres (Lei 9074/95, Lei 9648/98 e Resolução da ANEEL 264/98) pode, no futuro, colocar em risco a saúde financeira das empresas energéticas?

Existirá de fato uma competição por consumidores industriais? E os aspectos legais para uma possível competição futura também nos segmentos residencial e comercial?

Estas são apenas algumas pequenas questões que poderão, no futuro, nos ajudar a determinar se alguns perderam ou se todos ganharam com as transformações que hoje estão ocorrendo no setor elétrico brasileiro.

6.0 – BIBLIOGRAFIA

- (1) CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.
- (2) CÓDIGO DE ÁGUAS DE 1934.
- (3) MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. Ciclo de palestras: "A Eletrobrás e a história do setor de energia elétrica no Brasil", 1995.
- (4) RESOLUÇÕES DA ANEEL
- (5) RELATÓRIO SOBRE A DESCENTRALIZAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO - PROJETO DE - SEB. MME/SEN, FÓRUM DOS SECRETÁRIOS DE ESTADOS PARA ASSUNTOS DE ENERGIA; CE/ALURE (1998).

7.0 – DADOS BIOGRÁFICOS

Jamil Haddad nasceu em Itajubá, M.G. em 05-06-59. Concluiu o curso de graduação e mestrado em Engenharia Elétrica na Escola Federal de Engenharia de Itajubá em 1982 e 1986 respectivamente. Doutor em Planejamento Energético, pela UNICAMP em 1992. Principais áreas de atuação: uso racional de energia, planejamento energético, tarifação, regulação técnica e econômica do setor elétrico.