PRODUTOR INDEPENDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA

I

Os serviços de energia elétrica integram a competência da União, na forma do item XII, alínea *b*, do art. 21 da Constituição da República e compreendem as fases de geração, transmissão e distribuição, exploradas diretamente, ou objeto de concessões, permissões e autorizações a particulares, com uso dos recursos hídricos federais.

A prestação de tais serviços públicos, a cargo do Poder Público, como dispõe o art. 175 da Constituição, foi regulada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, atualizada pela Lei nº 9.074, de 7 de julho do mesmo ano.

A par, contudo, desse modelo a lei configurou duas outras hipóteses peculiares de produção.

No primeiro caso, ocorrerá a produção a ser consumida pelo próprio produtor em caráter de exclusividade, com a concessão de uso de bem público de potência superior a 1000KW (art. 5º, nº II da Lei nº 9.074/95) para uso privado, ou com meios próprios de consumo, se abaixo desse limite.

A esse tipo de auto-produtor, a mesma Lei nº 9.074, acresceu, ainda, a figura do produtor independente, consistente em pessoa jurídica habilitada a produzir com meios próprios energia elétrica destinada ao comércio, por sua conta e risco.

Assim dispõe o art. 11 da lei em causa:

> 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 esta 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.

Complementa-se, nas modalidades indicadas (auto-produtor e produtor independente), o serviço público, direto ou concedido, que atende, ordinariamente, ao consumo de energia elétrica.

O Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 196, regulamentou ambas as formas especiais de produção, condicionadas a concessão ou autorização do Poder Público.

Tratando-se de produção com base em recursos hídricos, caberá a concessão do uso equivalente do bem público. Todavia, se for de origem térmica a energia a ser produzida a atividade dependerá tão-somente de autorização outorgada pelo Estado, se a potência for superior a 5000 KW. Se for inferior, independerá de concessão ou autorização, sujeitando-se apenas a registro no órgão regulador. (Decreto nº 2.003/96, art. 4º).

II

Caracteriza-se a geração de energia elétrica, por produtor independente, como atividade específica sujeita a regime jurídico próprio (cujas linhas fundamentais estão dadas, pelos arts. 11 e segs. da Lei 9.074/95), não enquadrável no conceito de serviço público delegado — posto que não se trata de atividade concedida ou permitida — mas, que, não obstante, envolve acentuado interesse público. Por essas suas peculiaridades, a atividade, *in caso*, é realizada por meio de autorização (art. 6º da Lei 9.074/95). Em caso concreto, se a fonte for energia térmica, não há, sequer, concessão de uso de bem público, que, como acentuado, seria necessária se fosse o caso de fonte hídrica (art. 5º e 13 da Lei nº 9.074/95).

Decorre daí, que o produtor independente goza de relativa liberdade na estipulação de preço de energia fornecida, mediante contrato com a empresa distribuidora, mas o vínculo financeiro estabelecido pressupõe tarifas aptas a obedecer à equação econômica do negócio, que tem como parcelas formadoras o custo das instalações e meios operacionais, a amortização do investimento, a par da justa remuneração do capital aplicado ao serviço.

O pressuposto da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, é expressamente reconhecido e regulados específicos aspectos seus, sob a regência da Lei nº 8.666/93 (cláusula 89).

O desequilíbrio da equação econômico-financeira poderá resultar da elevação intrínseca dos elementos formadores do serviço como de fatores externos, imputáveis tanto à ação do poder público como em razão de fatos da natureza, que agravam a operação do serviço. A primeira hipótese compõe os chamados fatos do príncipe e os últimos a ocorrência de fenômenos naturais onerosos para a produção independente.

Saliente-se que, em face do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal como concebido por nosso ordenamento jurídico, é desnecessária até a específica menção de um evento, se for ele enquadrável como fato do príncipe, ensejador de alteração da equação inicialmente estabelecida e, por conseguinte, provocador da revisão tarifária.

Se, por esta forma, for dominantemente abalada a equação financeira do contrato e o princípio econômico do fornecimento concedido que é espinha dorsal da estrutura

do serviço, caberá, a instauração do procedimento de revisão tarifário, com garantia da estabilidade do contrato.

III

Nos termos do art. 12 da Lei nº 9.074/95 a venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita a concessionário de serviço público ou diretamente a consumidores avulsos. Daí porque, constitua uma relação jurídica paralela ao sistema integrado de direito público, não corresponde a uma venda regida pelo direito comercial, como pondera MARÇAL JUSTEN FILHO (Concessões de Serviço Público, 1997, p. 420). Trata-se de uma relação complementar constituída entre o produtor independente e os usuários específicos.

A fonte geradora de energia tanto poderá utilizar um bem público concedido como emanar de instalações autônomas de direta propriedade do produtor independente.

O produtor independente distingue-se, em suma, do auto-produtor na medida em que enquanto este último (como caracteriza sua designação) dispende a energia em consumo próprio, o produtor independente é o veículo de energia fornecida a terceiros, segundo preços sujeitos a critérios gerais fixados pelo poder concedente (art. 12, nº V, da Lei 9.074/95).

IV

Como ocorre nos contratos administrativos, o preço da prestação de serviço pelo produtor independente fica sujeito à regra fundamental do equilíbrio econômico-financeiro que assegura a estabilidade do negócio jurídico entre as partes e a continuidade do fornecimento.

A instabilidade da ordem econômica que poderá tornar excessivamente onerosa a obrigação contratual admite o princípio da restauração do equilíbrio intrínseco entre a obrigação de fornecimento e o pagamento do preço estabelecido. O fato econômico passa a moldar a correlação entre os deveres das partes, segundo antigo brocardo romano (*ex facto oritur jus*) e a incidência da cláusula *rebus sic standibus* (Contractus Qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur).

Tal como nos contratos administrativos, os fornecimentos prestados pelo produtor independente atenderão ao princípio da equação financeira do contrato, a ser resguardada de abalos substanciais na correlação de direitos.

V

Ao final do prazo de concessão ou autorização, tratando-se de aproveitamento hidráulico, os bens e instalações realizados pelo produtor independente passem a in-

tegrar o patrimônio da União, mediante indenização dos investimentos ainda não amortizados.

No caso de usinas termelétricas, ao produtor independente fica assegurado remover as instalações, não sendo, porém, devida indenização dos investimentos realizados (Decreto nº 2.003/96, art. 20, *caput* e § 2º).

Admite-se a encampação dos bens e instalações do produtor independente, mediante prévia indenização (Decreto nº 2.003/96, art. 21).