

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A atual geração de energia elétrica segundo a lógica de mercado e sua ainda caracterização como serviço público

The current electric power generation policy in Brazil according to the market logic and its unaltered characterization as a public service

Humberto Cunha dos Santos

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PERCEPÇÃO DOS PROGRAMAS 424

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS..... 442

Envio dos trabalhos:..... 444

A atual geração de energia elétrica segundo a lógica de mercado e sua ainda caracterização como serviço público

The current electric power generation policy in Brazil according to the market logic and its unaltered characterization as a public service*

Humberto Cunha dos Santos¹

RESUMO

O objetivo deste artigo consiste em compreender a atividade de geração de energia elétrica como serviço público, apesar de as práticas de desestatização e de privatização, vivenciadas no país na década de 1990, terem inserido a lógica de mercado na prestação dessas atividades. Várias outorgas, prorrogadas no período de implementação dessas novas regras de mercado, vencerão em 2015, mostrando-se oportuna essa discussão para auxiliar na fixação dos novos parâmetros da política pública destinada a esses empreendimentos. Primeiramente, são discutidas as práticas de desestatização e de privatização ocorridas no país, com ênfase dada ao Programa Nacional de Desestatização. Após, realiza-se breve contraste com o modelo estatal então vigente e as normas de mercado inseridas para regência das atividades. Postula-se que as práticas de desestatização e de privatização almejavam atrair capital privado para o setor, sem, contudo, descaracterizá-lo como serviço público. São analisados os requisitos jurídicos que permitem classificar uma atividade como serviço público, dissociando-a daquelas tidas como atividades econômicas em sentido estrito. Ao final, conclui-se que a atividade de geração de energia elétrica deve restar compreendida como serviço público.

Palavras-chave: Direito econômico. Energia elétrica. Mercado. Serviço público.

ABSTRACT

This paper's goal consists in understanding the electric power generation activity as a public service, despite the insertion of a market-like logic through the deregulating and privatizing practices experienced in Brazil in the 90's. Many grants, extended in the period in which the implementation of these new market regulations occurred, are to expire in 2015, revealing this discussion timely as to assist in the setting of new parameters for the public policy related to

* Recebido em 10/07/2013
Aprovado em 05/11/2013

** Mestre em Direito. Procurador Federal. Professor de Direito Econômico do UniCEUB. Assessor da Agência Nacional de Energia Elétrica. Email: humbertocunhasantos@hotmail.com

¹ Mestre em Direito. Procurador Federal. Professor de Direito Econômico do UniCEUB. Assessor da Agência Nacional de Energia Elétrica

these ventures. Firstly, the country's deregulating and privatizing practices are discussed, with particular emphasis on the National Deregulation Program. Subsequently, a brief contrast is made between the state-owned model, valid until then, and the market-like norms inserted for the activity's regulation. Is it thus claimed that the deregulating and privatizing practices aimed to attract private capital to the sector without mischaracterizing, however, the activity as a public service. The legal requirements that allow one to classify a given activity as a public service are then analyzed, in order to distinguish it from economic activities, strictly speaking. Lastly, it is concluded that the electric power generation activity must be understood as a public service.

Keywords: Law and economics. Electric power. Market. Public service.

1. INTRODUÇÃO

As práticas de desestatização e privatização vivenciadas no país na década de 1990 inseriram a lógica de mercado no setor elétrico. A mudança de tratamento normativo que possibilitou essa nova realidade restringiu-se a atrair investimentos privados, sem, contudo, descaracterizar o tratamento jurídico das atividades como serviços públicos.

Circunstancialmente, esse debate tem ganhado matizes mais vibrantes em razão da iminência do termo final de várias outorgas de geração, distribuição e transmissão que se encontram exploradas por diversas empresas estatais e privadas e que poderão vir a receber tratamento mais condizente com o regime de serviço público, especialmente na atividade de geração, em que se sinaliza a possibilidade de fixação de preços regulados para comercialização da energia dessas usinas, muitas já depreciadas ou amortizadas, com o objetivo de contribuir na redução de preços e tarifas, tanto para consumidores livres como para cativos.²

2. PRIVATIZAÇÕES E DESESTATIZAÇÕES

Para iniciar o enfrentamento dessas questões, é preciso rememorar o ciclo de privatizações e de desestatizações que marcou a década de 90 no Brasil. Esse ciclo foi influenciado pelas experiências de desregulamentação e de privatização de serviços públicos (*public utilities*) ocorridas nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, cujas experiências repercutiram em vários outros países, inclusive no Brasil, sendo possível identificar muita similitude entre os modelos lá adotados e as regras competitivas aqui implementadas, principalmente a partir da Lei nº 9.648/98. Tudo isso pode ser notado mesmo levando-se em conta as substanciais diferenças entre os regimes da *common law* e a nossa tradição assentada no modelo romano-germânico.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, segundo Martin Chick, o processo de privatização e de desregulamentação, ocorrido no período do pós-guerra até os dias atuais, foi caracterizado pela incorporação de políticas públicas de forte conotação econômica, sobretudo de "*marginalist approach*", privilegiando instrumentos privados reforçadores de competição para balizamento dos novos investimentos na expansão da geração.³ Em sua rica contextualização histórica, o autor situa que, nos EUA:

In 1978, Congress passed the Airline Deregulation Act, the Natural Gas Policy Act and the Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA). In terms of the contribution of each piece of legislation to what might be viewed as a programmer of deregulation in the United States, the first opened the skies to airline competition, the second

2 Por força da prevista contida nos artigos 19, 22 e 24 da Lei nº 9.074/95, as outorgas de geração, de transmissão e de distribuição foram prorrogadas por 20 anos, a vencerem, portanto, em 2015, situação em que atualmente se noticia o intuito do governo de prorrogar as concessões de geração com definição de "tarifas".

3 O autor destaca que esse tipo de política foi adotado mesmo na França, que manteve o modelo estatal monopolizado da EDF. CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007. p. 110-111.

decontrolled the most expensive sources of new gas and established a schedule for future deregulation, and the third almost unintentionally pushed the electricity supply industry down the first few steps towards the deregulation and attempted liberalization of the industry and its markets. [...] In 1984, the same year in which AT&T was deregulated and long-distance calls made competitive, access to natural gas pipelines was liberalized. [...] By 1992, 60 per cent of new capacity in the United States was being built by independent power producers (IPPs) using mainly co-generation and renewable energy facilities.

Já no Reino Unido, observou-se que o início do processo de privatização se deu pelos serviços de utilidade pública de telecomunicações e gás, respectivamente em 1984 e 1986, tendo sido posteriormente implementado no setor de energia pela *Electricity Act* de 1989.⁴ O modelo competitivo implantado no setor de energia elétrica daquele país muito se assemelha ao modelo criado pela Lei nº 9.648/98, com desverticalização das atividades e instituição de um operador independente para coordenar a operação do sistema. Destaca o autor:

Given the difficulties of restructuring and liberalizing after its privatization, the government resolved to effect the industrial restructuring required to introduce competition in the electricity supply industry before, rather than after, privatizing the industry. The barebones of such a restructuring required the competitive sections of the industry (for example, generation, marketing and retail supply) to be separated from the regulated sections (distribution, transmission, system operation) and access to the grid to be allowed on a fair basis for all (Joskow, 2005, p.38). Arrangements also needed to be made for an independent system operator (ISO) to manage the operation of the entire network. Competition would occur through a mix of long-term contracts and wholesale spot market trades, with retail tariffs unbundled to separate the price of retail power from the price for the use of distribution and transmission services. New entry would be encouraged in generation and retail supply.⁵

A tônica da política adotada por esses dois países foi resumida pelo secretário de Estado de Energia britânico, Cecil Parkinson, como: *“Introduce competition where it is possible and regulation where it was not”*.⁶ Não se deve descurar que o mundo vivenciava a fase de afirmação do capitalismo de mercado, enquanto modelo hegemônico, tendo como marco simbólico a queda do muro de Berlim em 1989 e o abandono de uma ordem global dicotômica, informada pela concorrência ideológica entre os países capitalistas e o bloco comunista, que marcou o período histórico da Guerra Fria. Alan Greenspan realça com forte entonação a consolidação hegemônica desse modelo em que o papel de protagonista é exercido pelo mercado em vez de um modelo estatal planificado.⁷

A influência da “Escola de Chicago” e o que se convencionou chamar de “consenso de Washington”, foram, de acordo com Dinorá Adelaide, grandes centros propagadores das novas ideias adotadas pela política brasileira acerca do novo papel a ser exercido pelo Estado.⁸

4 “During the intervening decade of the 1980s, the British government initiated its programme of privatization. Among the large public utilities, first British Telecom and then British Gas were privatized in November 1984 and December 1986, respectively. With these two major privatizations privileging the transfer of ownership over the promotion of competition, it was not until the 1989 Electricity Act that an act of British privatization deliberately and firmly pursued both the restructuring and privatization of a nationalized industry with the specific intent of liberalizing its wholesale and, eventually, retail markets.[...] The privatization of the electricity supply industry in England and Wales by means of the 1989 Electricity Act was neither the first privatization of a utility nor the first attempt to liberalize a fuel and power market. In 1984 British Telecom had been privatized, and British Gas in 1986. In 1982, in the Oil and Gas (Enterprise) Act and in 1983 in the Energy Act, efforts had been made to encourage competition in the relevant markets [...]”CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007. p. 114.

5 CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007. p. 114.

6 CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007. p. 114.

7 “O momento definitivo do capitalismo de mercado, contudo, foi a queda do Muro de Berlim, em 1989, revelando a situação de ruína econômica que predominava no outro lado da cortina de ferro, muito além das expectativas dos mais esclarecidos economistas ocidentais. O planejamento central se encarou como fracasso irremissível, fator que, reforçado pela desilusão crescente em relação às políticas econômicas intervencionistas das democracias ocidentais, contribuiu para a expansão discreta do capitalismo de mercado em boa parte do mundo. O planejamento central já não era mais tema de debates. Muito menos de apologias. A não ser em Cuba, na Coreia do Norte e num punhado de outros focos de resistência, a doutrina foi excluída da agenda econômica do mundo.” GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.12.

8 “O ressurgimento dos valores liberais deu-se após o descrédito das ideias keynesianas de intervenção do Estado na economia,

De fato, a estratégia de inserção internacional do Brasil no mundo globalizado, a partir das políticas econômicas adotadas pelos presidentes Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, pressupunha as “liberalizações comerciais e financeiras”.⁹ Essas liberalizações mudaram a tônica da economia brasileira, caracterizando o ciclo de várias privatizações e concessões da década de 1990, delegando-se ao setor privado atribuições antes realizadas diretamente pelo Estado por intermédio das empresas estatais.

3. O MODELO ESTATAL VIGENTE ATÉ A DÉCADA DE 1990

Até a década de 1990, o setor elétrico brasileiro tinha como protagonista as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), empresa estatal federal, constituída sob a forma de sociedade anônima pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, e principal responsável pelos segmentos de geração e transmissão de energia elétrica, possuindo inserção em todo o país por intermédio de suas subsidiárias regionais (Eletronorte, Chesf, Furnas e Eletrosul).¹⁰ Themistocles Brandão, após tecer considerações acerca da importância da criação da Eletrobrás, acentua que o propósito de criação da nova empresa não residia em “[...] estabelecer o monopólio estatal da energia elétrica, senão a de ampliar a iniciativa estatal neste setor, sem prejuízo da atividade privada”,¹¹ visto que a nova empresa exerceria funções delegadas do Poder Público em um país cada vez mais industrializado e carente de energia.

A atividade de distribuição ficava a cargo de empresas e de órgãos dos governos estaduais, sendo a Eletrobrás controladora de duas distribuidoras que seriam posteriormente privatizadas, a Escelsa (no Espírito Santo) e a Light (no Rio de Janeiro). E, até 1998, ainda não existia a atividade autônoma de comercialização de energia.

O mecanismo de financiamento da expansão das atividades do setor elétrico se dava por intermédio de tributos, consistentes no Imposto Único de Energia Elétrica, instituído pela Lei nº 2.308, de 31 de agosto de 1954,¹² assim como pelos empréstimos compulsórios. Estabelecida a infraestrutura, cobravam-se tarifas dos usuários em um regime que assegurava remuneração garantida aos concessionários. Em tal regime, os custos de cada segmento eram contabilizados e lançados como créditos ou débitos em uma conta específica, responsável pelo acertamento de diferenças entre credores e devedores, a chamada Conta de Resultados a Compensar (CRC). Segundo a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a remuneração dos concessionários era assegurada pela legislação e fixada pelo Poder Concedente, entre 10 e 12%, a ser computada no custo total da atividade.¹³

embora de modo a garantir a manutenção do modo capitalista de produção. Costuma-se situar as origens destes delineamentos teóricos na ‘Escola de Chicago’, estribando-se, fundamentalmente, em dois eixos teóricos: o pensamento liberal de Friedrich Hayek – prêmio Nobel de Economia em 1974 – e o monetarismo de Milton Friedman – prêmio Nobel de Economia em 1976. Toma forma definitiva no chamado ‘consenso de Washington’, que indica algumas reformas básicas, como o combate ao déficit público, o aumento da carga tributária e a melhoria da eficiência dos mecanismos de arrecadação, a intensificação dos processos de privatização, e a desregulação da economia, dentre outras.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.67.

9 FERRARI FILHO, Fernando. Comércio internacional e abertura econômica. In: SOBREIRA, Rogério; RUEDIGER, Marco Aurélio. *Desenvolvimento e construção nacional: política econômica*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p.72.

10 “Art. 1º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações que se denominará Centrais Elétricas Brasileiras S.A., e usará a abreviatura ELETROBRÁS para a sua razão social. Art. 2º A ELETROBRÁS terá por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades.”

11 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bastos, 1964. p. 142.

12 “Art. 3º A energia elétrica entregue ao consumo é sujeita ao imposto único, cobrado pela União sob a forma de imposto de consumo, pago por quem a utilizar.” “Parágrafo único. O imposto único de que trata esta lei não isenta nem aos seus contribuintes, nem as entidades produtoras, transmissoras, comerciantes e distribuidoras de energia elétrica, do pagamento dos impostos de renda e do selo, incidentes e processados nos termos das leis e regulamentos específicos, ficando, porém, mantidas, em sua plenitude, as isenções de impostos outorgadas pela legislação em vigor às referidas entidades.” Lei nº 2.308/54.

13 “Art 1º A remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do poder concedente.” Lei nº 5.655/71.

Repleto de atores públicos, com fluxos de pagamentos assegurados pela legislação, não havia obrigatoriedade de formalização de contratos, visto que, ao final, as obrigações eram garantidas pelo Tesouro Nacional. Em um regime que, como o próprio nome indicava, buscava assegurar remuneração garantida a todos os agentes com tarifas equalizadas por todo o país; o seu pressuposto de funcionamento se assentava no regular pagamento dos investimentos realizados, tenham sido eles feitos da forma mais eficiente ou não.

Segundo Maurício Tolmasquim, “[...] esse modelo funcionou bem até fim da década de 1970, quando a União passou a usar as tarifas das empresas do setor elétrico como instrumento de política monetária, a fim de conter a inflação”.¹⁴

Pode-se dimensionar a situação deficitária desse modelo por ocasião da extinção da CRC. Naquela oportunidade, o Tesouro Nacional teve que despendar quase 20 bilhões de dólares para honrar suas obrigações.¹⁵

Essa realidade só começa a mudar com a edição do Programa Nacional de Desestatização (PND) e com as sucessivas alterações legislativas que passam a reordenar não apenas o setor elétrico mas toda a economia nacional. Essas mudanças vieram acompanhadas da instituição de novas estruturas, que prestigiavam um regime informado pela gradativa desindexação da economia, liberalização de preços e inserção de regras competitivas.

Nos setores ainda regulados, houve o surgimento de organismos mais dinâmicos, com estruturas diferentes das demais autarquias, com mandatos concedidos aos seus dirigentes e autonomia decisória reforçada pela perspectiva técnica, privilegiando a adoção de arranjos contratuais de definição de tarifas e preços públicos não mais por regimes pelo custo, ou de remuneração garantida, mas por preços livremente estabelecidos, com técnicas de estímulo à eficiência econômica e que assegurassem o efetivo trespasse dos riscos da atividade ao concessionário privado.

Esse novo cenário do setor elétrico teve por pressuposto, como sintetiza Adriano Rodrigues, “[...] reduzir a participação estatal em atividades que poderiam ser exercidas por agentes privados, concentrando a ação do Governo em atividades de natureza social, que no setor elétrico se restringiram à indicação da política global e ao funcionamento do setor”.¹⁶ E isso se deu por meio da gradativa delegação à iniciativa privada de atividades anteriormente prestadas diretamente pelo Estado. Ela é considerada, inclusive, como uma das modalidades de desestatização prevista na Lei nº 9.491/97.¹⁷

Antônio Dias Leite, consultor participante dos debates que ensejaram a reformulação do modelo estatal outrora vigente – o grupo ficou conhecido como RE-SEB (Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro) –,

14 TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Novo modelo do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011. p. 5.

15 O artigo 7º da Lei nº 8.631/93 extinguiu a Conta de Resultados a Compensar. [Art. 7º O regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar - CRC e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração - RENCOR, ficarão extintos na data de publicação do decreto regulamentador desta Lei.] Ao ser regulamentado, e revelado o saldo da conta, viu-se a obrigatoriedade do Tesouro Nacional despendar cerca de US\$ 19,8 bilhões para quitação das obrigações, o que dá uma dimensão do cenário de inadimplência e ineficiência por que passava o setor elétrico. Como referência histórica, são explicativas as razões determinantes ao veto Presidencial ao que seria o artigo 24 da Lei nº 8.987/95. Na **Mensagem nº 181, de 13 de fevereiro de 1995, dirigida ao presidente do Senado Federal, naquela ocasião, justificou-se o veto por que** garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões”.

16 RODRIGUES, Adriano Pires; DIAS, Danilo de Souza. *Estado e energia elétrica: experiências internacionais de desregulamentação e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p.106.

17 “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...].

§ 1º Considera-se desestatização:

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.” Lei nº 9.491/97 - Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. DOU 10.09.97.

contextualiza o embate ideológico que permeou o cenário de discussão do novo modelo.¹⁸

A mudança na forma de atuação buscava, segundo Di Pietro, o almejado desenvolvimento econômico, tendo em vista o esgotamento da capacidade de financiamento do Estado, valendo-se, portanto, da “[...] utilização de métodos de gestão privada mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade”.¹⁹ O esgotamento da capacidade de financiamento estatal também é destacado por Luís Roberto Barroso como justificativa para a mudança da forma de atuação estatal.²⁰

O novo modelo adotado no Brasil, tal como se deu nos Estados Unidos e no Reino Unido, assentado numa perspectiva econômica embasada no custo marginal para a promoção da expansão da geração de energia, buscou privilegiar instrumentos compatíveis com um arranjo típico de mercado, com maior liberdade para gestão da atividade, transferência de riscos, apropriação do resultado e estabilidade dos marcos decisórios.

Pretendia-se, na verdade, atrair investimento privado para o setor elétrico. O setor privado, no entanto, só se mostraria estimulado a investir se fosse assegurada perspectiva favorável de retorno, com regras suficientemente claras e informadas, mais por fundamentos típicos de mercado que propriamente pelas intempéries oscilantes da política. Essas premissas são refletidas na estruturação conferida às Agências Reguladoras encarregadas de equacionar os interesses contrapostos nessas atividades.

Enquanto o país ainda experimentava os resultados das primeiras privatizações ocorridas no setor elétrico, Carlos Kawall Leal Ferreira, atuante junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), órgão com decisivo papel no financiamento das privatizações, concluía favoravelmente pelos resultados obtidos.²¹

4 O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND)

O permissivo legal que embasou as ações de privatização e de desestatização foi a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, fruto da conversão da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, criadora do Programa Nacio-

18 “Os comentaristas convidados, bem como outros que se manifestaram por vontade própria, estavam diante do que lhes parecia uma decisão de governo, predominantemente político-ideológica, de reduzir o Estado às suas atribuições essenciais, de privatizar empresas públicas e de institucionalizar abrangentes mercados competitivos.” LEITE, Dias Antônio. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2. ed. 2007. p. 298.

19 “À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados, que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 57.

20 “A constatação de que o Estado não tem recursos para os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras.” BARROSO, Luís Roberto. Aparentamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 116-117.

21 “Até o momento, a privatização do setor elétrico do Brasil provou ser bem-sucedida em termos de geração de receita através da venda de ativos, atração do capital estrangeiro para financiamento de um novo modelo competitivo e substituição de um ambiente no qual a maior parte das empresas era afetada por resultados fracos, alto endividamento e níveis baixos de investimentos.” BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. FERREIRA, Carlos Kawall Leal. *Privatizações do setor elétrico no Brasil*. p. 218. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde06.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

nal de Desestatização (PND).²² Essa lei tem em seu artigo 1º prescrições emblemáticas que bem resumem os objetivos visados com a nova postura estatal diante do meio econômico. Por meio desse programa, o país buscava:

(i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

(ii) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

(iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

(iv) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

(v) permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e

(vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por meio do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Na geração, o modelo típico de mercado se deu com a criação do Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE), pela Lei nº 9.074/95. Seu regime jurídico consiste em: (i) maior liberdade no objeto da outorga, que quando recai sobre empreendimentos hidrelétricos, consistirá na outorga de exploração de bem público (potencial hidráulico), sem a prévia determinação de construção de uma obra pública; (ii) maior assunção dos riscos subjacentes ao fato de se explorar um bem público, pois não há garantia de equilíbrio econômico-financeiro na concessão; e (iii) definição de preços decorrentes de um consenso de livre estabelecimento, inclusive com percentual reservado ao ambiente de contratação livre, em decorrência dos leilões.

Na seara constitucional, a viabilização efetiva do PIE se deu por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995 (EC nº06/95). A referida emenda revogou o artigo 171 da CF/88, que estabelecia tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e de capital nacional e os outros tipos de empresas, prescrevendo tratamento favorecido às empresas que fossem cumulativamente brasileiras e de capital nacional.²³ Em um mundo globalizado e inspirado pelas práticas liberalizantes vivenciadas pelas principais economias ocidentais, deixaria de fazer sentido distinguir a nacionalidade do capital.

Foi também por meio da EC nº 06/95 que se alterou a redação contida no §1º do artigo 176. Em sua redação originária, a exploração de potenciais hidráulicos ficava restrita a “brasileiros” ou à “empresa brasileira de capital nacional”. A partir da EC nº 06/95, previu-se que essa atividade seria exercida por “brasileiros”

22 Lei nº 8.031/90. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 9.491/97, mas sem alteração material quanto a esse dispositivo.

23 “Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “*caput*” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

ou “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”. Com a modificação de tratamento, possibilitou-se ao capital estrangeiro a exploração de atividades anteriormente restritas a brasileiros ou empresas de capital nacional. Foi a partir dessas alterações jurídicas que se iniciou o processo de desestatização do setor elétrico e remodelação de suas linhas estruturantes. A fim de salvaguardar os interesses do investidor estrangeiro entrante no país, a EC nº 06/95 trouxe dispositivo novo às Disposições Constitucionais Gerais da Constituição Federal que impedia a regulamentação, por medida provisória, de qualquer artigo da CF/88 cuja redação tivesse sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.²⁴ A preocupação desse dispositivo era com a estabilidade dos marcos legais regulatórios, fundamental para estimular a atração de capital a ser alocado em infraestrutura, exigente de vultosas cifras, com altos custos irrecuperáveis e longo prazo de amortização.

Privatização é um termo com forte impacto social. Costuma significar tornar privado o que antes era público. Não é de se estranhar o porquê de sua simples menção suscitar tanta polêmica. Armando Castelar aduz, em pesquisa realizada com 741 magistrados brasileiros, que “[...] é nas decisões envolvendo a privatização que a visão política do magistrado influencia mais acentuadamente o comportamento do juiz: de acordo com 25% dos entrevistados, nesses casos, a ‘politização’ das decisões é muito freqüente, e para 31% deles é algo freqüente”.²⁵

Pela conceituação jurídica, o termo foi cunhado para envolver a alienação dos direitos da União que assegurassem, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores de suas sociedades.²⁶ Em outras palavras, o que ficaria sempre privatizado seriam empresas estatais e não setores ou atividades econômicas. A apartação entre os setores livres à iniciativa privada e aqueles titularizados pelo Poder Público é tema constitucional, circunscrito àquela parte da Constituição que se costuma chamar de Constituição Econômica.²⁷ Não caberia à legislação infraconstitucional cuidar desse tipo de matéria.

Contudo, algumas perspectivas de cunho eminentemente formal-legalista, postulam que, a partir de uma compreensão assentada na forma e nos regimes como se materializam as outorgas de geração, houve dissociação da atividade de geração de energia elétrica do campo conceitual caracterizador dos serviços públicos. Segundo Alexandre Santos de Aragão, esse seria o entendimento compartilhado por Geraldo Caldas e Maria Aparecida Fagundes.²⁸ Além deles, parece coadunar com essa percepção Luis Gustavo Kaercher Loureiro, que compreende as atividades de geração simplesmente como reservadas à União, sem necessariamente associá-las aos serviços públicos.²⁹

Conferindo certa autonomia ao artigo 176 da CF/88, ao deferir a medida cautelar na ADI nº 2005-6, o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que toda regulamentação do setor elétrico, advinda a partir da década de 1990, em razão do seu caráter tipicamente liberalizante, estaria blindada pelas disposições constantes no artigo 246 da CF/88. No voto do ministro Sepúlveda Pertence, destaca-se que:

24 “Art.246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.” Esse artigo, depois alterado pela EC nº 32/01, serviu de parâmetro para se questionar a regulamentação do novo modelo do setor elétrico, promovida pela Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, nas ADI nº 3090 e 3100.

25 PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.6.

26 Segundo o § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.031/90, “[...] considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”.

27 “Constituição Econômica é uma especial focalização da matéria relativa à economia dentro da Carta Magna. [...] vem a ser, pois, o conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la, [...] é a parte da Lei Maior que cuida da regulação da vida econômica, fixando seus princípios fundamentais, determinando algumas regras básicas e definindo, por assim dizer, os atores principais da cena econômica.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 72-79.

28 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2.ed. 2008. p. 277.

29 LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade [sic], antes fechado a empresas estatais, faz evidente a imbricação de todas as normas da medida provisória com a efetivação da abertura do setor ao capital privado, só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição.³⁰

Esses entendimentos, contudo, não devem prosperar. Como a seguir se passa a expor, a noção de serviços públicos não foi alterada com as mudanças legislativas advindas, pois a compreensão do conceito radica em acepções formais e materiais que continuam a acompanhar os serviços de energia elétrica.

5. A NOÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A delimitação da noção de serviços públicos não encontra critérios uníssimos na doutrina pátria e estrangeira. Há relativo consenso, contudo, em atribuir à doutrina francesa papel de destaque na delimitação conceitual. Mônica Justen assinala que, no direito europeu, “[...] todos os países apresentam, em maior ou menor grau, alguma influência do direito francês quanto a esse tema”.³¹ O mesmo ocorreu no Brasil, onde a teoria francesa obteve aceitação desde os primeiros esforços conceituais do tema, remontando-se ainda ao período imperial.³²

Na compreensão do conceito, papel de relevo é atribuído a Léon Duguit. Segundo ele, o fundamento do Estado não reside na soberania ou em qualquer outro elemento especial, mas sim na necessidade de prestar serviços públicos indispensáveis à coexistência social. Sua definição de serviços públicos, fortemente influenciada pelo pensamento de Durkheim, é assinalada como sendo “[...] toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assumida senão pela intervenção da força do governante”.³³

Residiria na relevância atribuída à atividade, segundo Duguit, indispensável à realização da interdependência social, a justificativa de se conceber um regime jurídico diferenciado a reger os serviços públicos, em que se prestigiará a presença de prerrogativas especiais em favor do Poder Público como forma de se assegurar a efetivação dessas atividades em favor da coletividade.

A noção de *puissance publique*, entendida como elemento de poder e de autoridade, seria justificada, portanto, como meio para se possibilitar a prestação dos serviços públicos indispensáveis, daí porque os poderes especiais reservados ao Estado – também chamados de “exorbitantes”, ou seja, fora da órbita do direito civil – seriam eminentemente instrumentais, o que permitiria sempre vinculá-los a um dever.³⁴ Como

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.005-6. Rel.: Ministro Nery da Silveira. *DJ* 19.04.2002. p. 377.

31 JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 19.

32 Nesse sentido, vide GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

33 DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing, 1923. p. 55. v. 2.

34 Segundo o ordenamento positivado brasileiro, vê-se a consagração da presença das cláusulas exorbitantes em diversos diplomas legais. A Lei nº 8.666/93, norma geral de disciplina dos contratos administrativos para todos os entes da Federação, reforça a presença do regime jurídico diferenciado com várias cláusulas exorbitantes. Dentre outros dispositivos, destacam-se:

“Art. 54”. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. [...]

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

assinala Bandeira de Mello³⁵, Duguit chegou a afirmar que o Estado nada mais seria senão um conjunto de serviços públicos. E nisso resumiria sua teoria de Estado.

Essa noção, de cunho eminentemente material, é posteriormente ampliada pelas contribuições de Hauriou e Jéze. Hauriou a complementa ao assinalar que o serviço público é uma organização criada por uma pessoa administrativa, tendo em vista a satisfação de uma necessidade coletiva. É essa organização que vai definir a estrutura para a prestação das atividades, a função dos agentes públicos envolvidos e o regime jurídico aplicável, caracterizado pela presença da *puissance publique*. Tem-se a percepção do critério orgânico como forma explicativa do serviço público.

Já a contribuição de Gaston Jéze é, na verdade, uma crítica à concepção material proposta por Duguit. Para Jéze, a definição material de serviço público seria vaga e imprecisa, razão pela qual propôs compreender os serviços públicos por uma ótica exclusivamente subjetiva ou formal. Para ele, serviço público seria toda atividade elegida pelo governante ou legislador como sendo serviço público. Na sua definição, falar-se-ia em serviço público quando as autoridades de um país, em determinada época, decidissem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público,³⁶ caracterizado por ser dissociado das demais atividades típicas de mercado.

Essas contribuições serviram para consolidar a compreensão de que os serviços públicos possuem um regime jurídico específico, influenciando, por consequência, a própria noção de responsabilidade administrativa.

A consolidação que permitiu a compreensão de um regime jurídico diferenciado para o trato de questões públicas, além das contribuições doutrinárias francesas, adveio com os posicionamentos exarados pelo Tribunal de Conflitos francês. O sistema jurisdicional francês consagra uma típica apartação de competências entre a chamada jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa. Demandas que envolvem atuação estatal não são de competência do Poder Judiciário, mas sim do Conselho de Estado. Se, atualmente, a noção de serviços públicos ainda é capaz de suscitar fundadas discussões, é de se esperar que, enquanto estavam sendo forjadas suas características iniciais com maior recorrência, se dessem as divergências na delimitação de competência entre os órgãos envolvidos para julgamento das causas. Mônica Spezia assinala que “[...] tanto o Conselho de Estado quanto a Corte de Cassação tinham opiniões de que sua própria jurisdição, administrativa (para o Conselho) ou comum (para a Corte de Cassação), deveria prevalecer sobre a outra”.³⁷ Para dirimir essas questões, foi instituído, em 24 de maio de 1872, o Tribunal de Conflitos, que teria a atribuição de resolver as questões de competências envolvendo o Conselho de Estado e a Corte de Cassação.

Um dos importantes julgamentos realizados pelo Tribunal de Conflitos francês, que acabou por reconhecer a competência do Conselho de Estado, foi o acórdão Blanco. Tratou-se de definir a competência para julgamento de demanda de reparação contra a Municipalidade, em razão de a menina Blanco ter sofrido danos físicos, decorrentes de acidente entre vagões em instalações de manufatura de tabaco, em Bordeaux, causado por agentes da municipalidade. Em 8 de fevereiro de 1873, o Tribunal de Conflitos entendeu que, por se tratar de um serviço público, a causa deveria ser analisada segundo as regras de responsabilidade que regem os serviços públicos e não simplesmente pela aplicação do Código Civil, que se reportaria às obrigações entre particulares. Renam Le Mestre consigna a fundamentação central do *affaire Blanco*: “La

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. [...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; [...].”

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

36 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 5. Tomo 2.

37 JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22.

responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier".³⁸

Teve-se, a partir daí, o reconhecimento de que a percepção de responsabilidade administrativa deveria estar sujeita a um regime de responsabilidade pública, diferentemente do regime de Direito Civil. Benoit reconhece que, a partir desse julgamento, colocou-se um “[...] fim nas tentativas de se considerar a jurisdição comum como competente para julgar questões de responsabilidade de Estado”.³⁹

Outro expressivo julgamento foi o acórdão Terrier. Por meio dele, o Conselho de Estado reconheceu a ampla abrangência do regime de responsabilidade que envolve o serviço público, abandonando a tradicional distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, para assentar a responsabilidade administrativa diante de obrigações que envolvessem dever de indenização. O caso se referia a uma demanda proposta por um cidadão que visava obter da Municipalidade a condenação no pagamento do prêmio oferecido às pessoas que se habilitassem a caçar cobras que assolavam a região. Executado o serviço, a Municipalidade de Saône-et-Loire recusou o pagamento a alguns caçadores, dentre eles, Terrier, alegando que a verba para esse fim havia se esgotado. Segundo o conselheiro Romieu, as regras de Direito Administrativo não poderiam ser derogadas pela simples alegação de que se tratava de ato de gestão da Municipalidade. Segundo o conselheiro, tudo que se referisse à organização e funcionamento dos serviços públicos estaria ao abrigo da gestão pública, portanto, sujeito à jurisdição administrativa.⁴⁰

Essas decisões serviram para a consolidação em favor de um regime jurídico específico que passou a caracterizar a tratativa dos serviços públicos, assentado na existência de procedimentos típicos de direito público. Gaston Jèze assim o resume:

La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público.

Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.⁴¹

Na doutrina brasileira, vê-se que a definição de serviços públicos vem permeada pela combinação dos critérios material, orgânico e formal propostos pela doutrina francesa e acolhidos pela jurisprudência daquele país. Mário Masagão adota o conceito proposto por Jèze. Segundo ele, “[...] é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”.⁴² José Cretella Júnior aproxima-se dessa ampla definição, afirmando que: “Serviço público, *lato sensu*, é para nós toda atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas mediante procedimentos peculiares ao direito público”.⁴³

Ruy Cirne Lima filia-se ao conceito proposto por Duguit, e define serviço público como “[...] todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.⁴⁴

38 LE MESTRE, Renam. *Droit du service public*. Paris: Gualino editeur, 2003. p. 24.

39 Apud JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 25.

40 “Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux [...] constitue une opération administrative, qui est, par nature, du domaine de la juridiction administrative. Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative.” LE MESTRE, Renam. *Droit du service public*. Paris: Gualino editeur, 2003. p. 25.

41 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 4.

42 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 267.

43 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 55. v. 4.

44 LIMA, Ruy Cirne. *Principios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 82.

A ideia do regime jurídico diferenciado para caracterizar as atividades relacionadas à prestação de serviços públicos é reforçada por Themistocles Brandão Cavalcanti para quem “[...] o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir”.⁴⁵

Do mesmo modo, Djacir Menezes também enfatiza a importância do regime jurídico diferenciado na conceituação dos serviços públicos. Aduz que:

É indiscutível o caráter de direito público que se nota nas relações entre os executores dos serviços públicos e o Estado: daí se considerar essencial no serviço público o regime jurídico a que se amolda. Não se pode deixar de ver a ação do Estado na sua regulamentação, no seu controle, na sua finalidade coletiva que explica e autoriza sua intervenção e direção.⁴⁶

Já para Hely Lopes Meirelles:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.⁴⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello realça a importância do regime jurídico administrativo especial dos serviços públicos, bem como a perspectiva material proposta por Duguit. Define:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁴⁸

A definição de Di Pietro busca, por sua vez, reunir os três critérios da doutrina francesa. Para a autora, serviço público é “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.⁴⁹

Alexandre Santos de Aragão, em abordagem mais próxima ao direito econômico, define serviço público como sendo:

[...] atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.⁵⁰

Com maior ou menor aproximação a cada critério, vê-se que a doutrina nacional reconhece a importância da atividade na coesão social para caracterizá-la como sendo serviço público, assim como a prévia definição legal como tal, bem como a existência de um regime jurídico diferenciado. Esses três critérios também são adotados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para identificar as atividades como sendo serviços públicos.⁵¹

45 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 55. v. 2.

46 MENEZES, Djacir. *Direito administrativo moderno*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943. p. 228.

47 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2001. p. 311.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 642.

49 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 114.

50 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 2008. p.157.

51 No Conflito de Competência nº 104.374, o critério orgânico foi adotado para identificar o serviço de energia elétrica como serviço público. CC 104.374/RS – Rel. Ministro Hamilton Carvalhido – Corte Especial – Julgado em 20/05/09. No Recurso Especial nº 389.961-MG, o critério formal balizou a identificação do serviço de transporte ferroviário como serviço público. RESP nº 389.961-MG – Rel. Min. Francisco Falcão. No Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.045-RJ, o critério determinante foi a aceção material do serviço público para caracterizar a atividade de transporte terrestre (ônibus) como sujeita ao princípio da continuidade do serviço público. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A seguir, pretende-se demonstrar que os três requisitos estão presentes nas atividades que envolvem a indústria de energia elétrica, atualmente segmentada nas atividades de (i) geração, (ii) transmissão, (iii) distribuição e (iv) comercialização; não havendo razão para se justificar que o tratamento condizente com regras de mercado tenha dissociado a atividade de geração desse referencial.

5.1 O tratamento jurídico da energia elétrica

O tema referente à energia elétrica, dada sua importância, há vários anos é tratado em esfera constitucional.⁵² Para ser mais preciso, a previsão do tratamento interventivo do Estado na ordem econômica adveio com a Constituição de 1934, visto que a Carta Imperial (1824) e a Constituição Republicana de 1891 não possuíam disposições que cuidassem da ordem econômica e social. Vivenciávamos preocupações nacionalistas, com a ascensão de Vargas ao poder, tendo por corolário a reserva das atividades de energia elétrica a brasileiros ou a empresas brasileiras.

O Título IV – “Da Ordem Econômica e Social” – da Constituição de 1934 também reflete a mudança global na forma de o Estado lidar com a economia. A crise das bolsas em 1929 demandou uma nova postura estatal diante a dinâmica de funcionamento dos mercados, bem como no perfil que o Direito passaria a ter diante do trato econômico. Em 1936, John Maynard Keynes publicou uma obra que mais tarde ganharia enorme aceitação, *General Theory of Employment, Interest, and Money*, passando a ser um referencial de condução do Estado do bem-estar social no trato de questões econômicas. Uma das contribuições keynesianas mais significativas se assentava na percepção de que os mercados não conseguem se autocorrigir diante de determinados ciclos econômicos, exceto se houver atuação governamental na criação de estímulos, seja em favor do consumo, de investimento ou em prol da expansão do capital. Identifica-se nesse período o nascedouro do Direito Econômico.⁵³

Internamente, com a implantação do Estado Novo, o Brasil modificara acentuadamente o seu modelo de Federação, reservando à União várias matérias antes atribuídas aos Estados-Membros.

A reordenação institucional do setor de energia elétrica começou, contudo, um pouco antes, em 15 de setembro de 1931, “[...] quando foram suspensos todos os atos de alienação, oneração, promessa ou começo de transferência de qualquer curso perene ou queda d’água. Foi o primeiro passo para a afirmação da União como poder concedente em matéria de energia elétrica. Com efeito, qualquer ato que envolvesse os dispositivos do decreto passava a depender da autorização expressa do governo federal”.⁵⁴

Em 1934, Getúlio Vargas, enquanto chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decretou o Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934⁵⁵ – e iniciou a atribuição, vigente até os dias atuais, de exercício das prerrogativas da União enquanto Poder Concedente⁵⁶ para todas

52 A evolução histórica da legislação foi bem condensada no Parecer nº 078/01 da Procuradoria-Geral da ANEEL.

53 Conforme Celso Ribeiro Bastos, “O Direito Econômico surgiu a partir do desenvolvimento de um ordenamento jurídico destinado a regular a intervenção do Estado na Economia. Esse desenvolvimento se deu precipuamente a partir da noção de ‘Estado do Bem-Estar Social’ (Welfare State), ou seja, após a Primeira Guerra Mundial.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 57.

54 DIAS, Renato Feliciano (Coord.). *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 1988. p.80.

55 Apesar de ser formalmente um Decreto, pelas disposições constantes da Carta de 1934, o Código de Águas possui força de lei.

56 “Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-á pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1º Independe de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d’água de potência inferior a 50 kw. Para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser, todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

as atividades referentes à energia elétrica, exceto, é claro, a possibilidade de livre exploração na hipótese de “aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário”, segundo os termos daquela Constituição.

O fato de haver um titular das atividades de energia elétrica é fundamental para diferenciá-las das atividades livres a mercado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que:

No Direito Administrativo se tem tradicionalmente entendido o serviço público como uma atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação, um conceito que admite variações sem maior importância na bem assentada doutrina universal que se construiu a partir de sua origem francesa.⁵⁷

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exerce papel de relevo o enunciado da Súmula nº 646 daquele Tribunal⁵⁸ para balizamento do tema. Segundo o referido verbete, se não se trata de serviço público, não há que cogitar na atribuição de titularidade de uma dada atividade ao Poder Público, bem como no estabelecimento de medidas que possam impedir o livre exercício da atividade. Por ocasião da construção desse entendimento, nos autos do Recurso Extraordinário nº 193.749-1, interposto por uma drogaria privada em face de outra drogaria concorrente, em razão da recorrente ter aberto filial a menos de 25 metros de distância da drogaria ré, travou-se discussão sobre a aplicação da Lei Municipal Paulista nº 10.991/91, que impedia a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. O acórdão recorrido dispôs que a referida lei:

“[...] não estabelece reserva de mercado ou afronta ao art. 170 da Constituição Federal. Simplesmente disciplina o uso do solo, distribuindo as farmácias de tal forma que atenda todas as camadas da população, evitando a concentração delas em determinado local, com evidentes prejuízos ao povo, visto como um todo”.⁵⁹

O voto do ministro Nelson Jobim traz um resumo das questões constitucionais postas ao exame do STF: decidir se “[...] a lei municipal, objeto da causa, é ofensiva à livre concorrência e à defesa do consumidor?”.⁶⁰ Segundo o próprio ministro Jobim:

O que se pretende com a legislação municipal é estabelecer faixas de duzentos metros de áreas comerciais da cidade para a exclusiva oferta de produtos por um vendedor só, ou seja, inviabiliza a possibilidade de termos concorrência nesses duzentos metros. [...]

O que há é a redução dos espaços da concorrência, para que ela chegue ao consumidor e não o consumidor vá a ela. Essa é a distinção fundamental. É necessário assegurar que o consumidor – o objetivo final de toda a teoria da concorrência é assegurar preços baixos e produtos de boa qualidade – possa receber a concorrência dos comerciantes, e não ter que fazer a busca dessa concorrência.⁶¹

Em consonância com esse posicionamento, o ministro Maurício Corrêa assinalou que:

Procedem as alegações. A Constituição Federal, em seu artigo 170 e parágrafo único, assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Portanto, a única restrição possível estaria centrada na hipótese da necessidade de autorização ou permissão do Poder Público para o exercício de determinado tipo de atividade econômica, regulando a liberdade de contratar e de fixar preços, exceto nos casos de intervenção direta na produção e comercialização de certos bens. [...]

A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência.⁶²

§ 5º Ao proprietário da queda d’água são assegurados os direitos estipulados no art. 148.” – Decreto nº 24.643/34.

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos serviços públicos*. Direito do Estado: novos rumos. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001. p. 71, v. 1.

58 “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

59 Recurso Extraordinário nº 193.749-1-SP. Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Pleno. Supremo Tribunal Federal. DJ 04.05.2001. p. 911.

60 Recurso Extraordinário nº 193.749-1-SP. Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Pleno. Supremo Tribunal Federal. DJ 04.05.2001. p. 925.

61 Recurso Extraordinário nº 193.749-1-SP. Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Pleno. Supremo Tribunal Federal. DJ 04.05.2001. p. 925-927.

62 Recurso Extraordinário nº 193.749-1-SP. Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Pleno. Supremo Tribunal Federal. DJ

O desfecho do caso foi, por maioria, pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.991/91 e pelo provimento do recurso extraordinário. Tomada a redação da Constituição Federal de 1988, ver-se-á que não houve grande alteração do panorama inaugurado pela Constituição de 1934. A Constituição vigente arrolou, entre os bens da União, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII), disciplinando forma específica para ratear os benefícios da exploração desses bens.⁶³ No artigo seguinte, ao listar o rol de competências que engendra a concepção do equilíbrio federativo, ficou assentada a competência material da União de “[...] 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. 21, XII, “b”).

Verifica-se, pela leitura do texto constitucional, que à União cabe explorar, ela própria ou mediante colaboração com terceiros, três distintos objetos: (i) serviços de energia elétrica; (ii) instalações de energia elétrica e (iii) aproveitamento energético dos cursos de água, desde que o faça em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos de matriz hidráulica. Trata-se de competência material e privativa pertencente, de forma expressa, somente à União, no sentido de que os demais entes da federação – Estados, Distrito Federal e Municípios – devem se abdicar de realizar essas funções, exceto quando agirem com alguma concordância do Poder Concedente, sendo o mesmo tratamento estendido aos particulares.

Além da delimitação da competência material da União, a Constituição Federal estabeleceu que, no rol das competências legislativas privativas da União, encontra-se a de legislar sobre energia elétrica (art. 22, IV). Toda essa delimitação expressa de bens e de competências materiais e legislativas que envolvem a matéria de energia elétrica permite compreender melhor sua exata extensão quando associada à sistemática prevista para exploração das atividades econômicas, estabelecida no Título VII, da ordem econômica e financeira do país – arts. 170 a 192 da Constituição Federal.

Nesse título, a Constituição Federal se vale sempre da expressão “atividade econômica” para se referir às práticas fenomênicas que ocorrem no mundo econômico, ora utilizando a acepção enquanto gênero⁶⁴, ora enquanto espécie⁶⁵. Para melhor expressar o sentido de cada uma, Eros Grau dissocia as atividades econômicas em sentido estrito daquelas atividades econômicas caracterizadas como serviços públicos.⁶⁶

De acordo com essa classificação, as atividades econômicas em sentido estrito seriam regidas pelo artigo 173, enquanto os serviços públicos seriam compreendidos sob regência do artigo 175 da CF/88. A classificação assinala a diferenciação entre os regimes jurídicos subjacentes a cada área de atuação estatal, bem como os poderes reservados ao Estado em cada segmento.

Segundo Eros Grau, as atividades econômicas em sentido estrito seriam concebidas como de titularidade da iniciativa privada.⁶⁷ O Poder Público pode explorá-las diretamente somente nas hipóteses de relevante interesse

04.05.2001. p. 931-932.

63 O Art. 20, parágrafo único, estabelece a obrigatoriedade de compensação financeira ou *royalties*, regulamentada pela Lei nº 7.990/89 e sucessivas alterações.

64 O Capítulo I faz menção geral aos princípios da atividade econômica. Da mesma forma, a redação trazida pelo artigo 174, sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, também permite identificar uma utilização enquanto gênero.

65 Como espécie, é a utilização da regra geral trazida no parágrafo único do artigo 170 que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, bem como as menções trazidas no artigo 173, *caput*, §1º.

66 “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. [...] Daí a verificação que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

67 Na ADPF nº 46, Eros Grau, na condição de ministro do STF, se posicionou no sentido favorável ao reconhecimento da exclusividade estatal do serviço postal, tendo em vista a dissociação entre a titularidade da atividade, sendo vencedor da tese predominante no desfecho do julgamento. Em seu voto, pontuou que: “[...] por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.” Supremo Tribunal Federal. Arquição de Descumprimento

coletivo ou imperativos da segurança nacional. Em ambos os casos, seria necessária a edição de lei caracterizando tais situações restritivas para permitir a própria intervenção estatal. A lei deveria prever, do mesmo modo, “[...] a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, §1º, II). Ademais, em razão de a exploração estatal dessas atividades acabar por interferir diretamente no comportamento de um determinado mercado considerado relevante – pois sempre resultará na inserção de um novo agente (ainda que público), para que não haja prejuízo ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV) – além da obrigatoriedade de sujeição ao mesmo regime das empresas privadas, reforça-se a determinação de que as empresas estatais exploradoras dessas atividades não possam “[...] gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (art. 173, §2º). Esse é o regime típico das atividades submetidas a regras de mercado. O Banco do Brasil, assim como a Caixa Econômica Federal, na seara federal, submetem-se a essa lógica de regência justamente por explorarem atividades financeiras caracterizadas como próprias de mercado.

As atividades da indústria da energia elétrica, contudo, não se sujeitam às regras do artigo 173 da CF/88. São todas elas submetidas aos ditames do artigo 175 da CF/88. O artigo 175 atribui ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos aos cidadãos. Após analisar as várias menções existentes na Constituição Federal sobre “atividades prestacionais atribuídas ao Estado”, Alexandre Santos Aragão chega à conclusão de que os serviços públicos são espécies de atividade econômica em que “[...] se pressupõe a titularidade do Estado sobre as atividades, pois do contrário a iniciativa privada não precisaria de um contrato de concessão ou permissão para prestá-las”.⁶⁸

O mesmo artigo 175 da CF faculta ao Poder Público a forma de prestar os serviços públicos. Tanto poderá prestá-los diretamente, por intermédio da estrutura governamental concebida, quanto poderá prestá-los valendo-se do esforço de terceiros, especialmente da iniciativa privada, hipótese pela qual se consolidará a delegação de sua execução.

A incumbência, dirigida ao Poder Público, de prestar serviços públicos também traduz uma opção política de dada sociedade. Tradicionalmente, atribuem-se aos entes públicos aquelas atividades que seriam prestadas no interesse geral de todos, consagradoras da justificação de bem comum. Numa linguagem mais afeita à área econômica, caracterizariam-se assim os chamados serviços primários, também concebidos como de utilidade pública. Não há, contudo, uma regra apriorística que possa determinar quais atividades devam ser, necessariamente, tratadas como serviços públicos. Apesar da dificuldade em conceituá-los, visto não haver critérios unísonos para tanto, há relativo consenso em justificar os serviços públicos pela (i) importância da atividade para a coesão social; (ii) sua caracterização legal; e, (iii) existência de um regime jurídico diferenciado a regê-los.

Tomados os dispositivos constitucionais que envolvem o tema da energia elétrica, pode-se compreendê-los inseridos no conceito de serviços públicos, visto haver (i) classificação legal atribuindo ao Poder Público [União] a prestação dessas atividades, (ii) com caráter de inegável importância à coesão social, por ser inconcebível a vida cotidiana sem esses serviços, (iii) o que permitirá reconhecê-las dotadas de um regime jurídico diferenciado em relação às outras atividades típicas de mercado, visto não serem timbradas por valores individualistas nem terem acepções exclusivistas determinando quando e como se dará sua exploração, o que nos permite reconhecer influxo valorativo da noção de função pública a informá-las.

Admitida a conceituação compatível com a perspectiva do Direito Econômico, como a proposta por Alexandre Aragão, ver-se-á que o Poder Concedente e a ANEEL possuem poderes dilatados para gerir a melhor forma de prestação desses serviços,⁶⁹ permitindo-lhes a promoção de intervenções e ajustes necessários em busca da concretização do interesse público⁷⁰ sem terem que se sujeitar, portanto, aos estritos comandos do artigo 173.

de Preceito Federal nº 46. Relator para o acórdão Min. Eros Grau. Publicado no DJU 26/02/2010.

68 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 2008. p. 141.

69 Eros Graus sinaliza que a acepção terminológica mais compatível para as atividades caracterizadas como serviços públicos seria “atuação estatal” e não “intervenção estatal”, visto que esta última pressupõe a ingerência pública em área alheia, própria da iniciativa privada.

70 Respeitadas as legítimas pretensões tipicamente contratuais, o Poder Público sempre poderá modificar os estatutos jurídicos

Assiste razão a Maria João Pereira Rolim quando enquadra qualquer atividade que envolva energia elétrica na categoria de serviço público, ainda quando se tenha “maior possibilidade de utilização dos aspectos do regime privado”.⁷¹ Isso porque, não se deve confundir a caracterização de uma atividade como serviço público com o regime jurídico que irá informar a sua prestação. Na verdade, uma análise mais acurada da norma revela que a adjetivação como pública recai sobre a atividade e não necessariamente sobre os bens ou a maneira de prestá-la. É sensato esperar que de uma atividade caracterizada como pública surjam benefícios compartilhados entre todos. Mas daí não se mostra pertinente concluir que deva ser adotado um único regime jurídico para informar a maneira de prestação ou exploração dessa atividade. A existência de diversos regimes jurídicos sobre uma mesma atividade é plenamente compatível com o ordenamento jurídico. E isso não se altera pelo simples fato de uma atividade ser caracterizada como serviço público. Caberá sempre à lei conferir a estruturação dos parâmetros de cada regime jurídico aplicável a uma atividade. Eros Grau assinala a existência de “diversos modelos de regime jurídico aplicáveis a situações objetivas díspares entre si”.⁷² Na atividade de geração de energia elétrica, há multiplicidade de regimes jurídicos e eles se assentam em três tipos: (i) autoprodução; (ii) serviço público e (iii) produção independente de energia elétrica.

O fato de haver distintos regimes de outorga contribui no esforço argumentativo daqueles que buscam afastar o referencial teórico dos serviços públicos quando a atividade de geração é prestada em regime distinto do serviço público. Busca-se estender esse mesmo entendimento para atividade específica de comercialização de energia elétrica, tendo em vista que essa atividade pode ser exercida mediante simples autorização. Situação igual não se verifica nos segmentos de transmissão e distribuição em razão de serem tradicionalmente prestados no regime de serviço público previsto pela Lei nº 8.987/95.

Esses esforços, contudo, não levam em consideração que as práticas de privatização e de desestatização ocorridas no setor elétrico possibilitaram apenas atrair capital privado para uma área eminentemente pública, sem que tenha havido, contudo, a descaracterização do tratamento dessas atividades.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação existente entre atividades econômicas em sentido estrito e aquelas caracterizadas como serviços públicos tem grande relevância para a definição e implementação da política pública concebida para determinada atividade.

Na seara dos serviços públicos, há preocupações publicizantes que não se mostram necessariamente presentes em atividades submetidas ao livre mercado. Os serviços públicos são orientados fundamentalmente pela modicidade de preços e tarifas, assim como pela pretensão de universalização de acesso. As atividades sujeitas à lógica de mercado, diversamente, são informadas por decisões individualizadas, variáveis de acordo com os comportamentos da oferta e da demanda, segundo múltiplas preferências, disponibilidades orçamentárias e preços livremente acordados entre consumidores e empresas.

As normas de direito econômico que possibilitarão, em sentido amplo, canalizar os recursos existentes em prol dos objetivos reclamados pela sociedade, precisam partir, inicialmente, da devida caracterização

que determinam a forma de prestação dos serviços públicos. Como exemplo típico na geração, a Lei nº 9.648/98, em seu artigo 10, submeteu a comercialização da geração de energia elétrica às regras de livre pactuação de preços, sem que fosse oponível conceber qualquer pretensão de direito adquirido a regime jurídico.

71 “A interpretação daquilo que a Constituição Federal considera como exploração de serviços de energia elétrica não deixa dúvidas acerca da inclusão de toda a atividade correspondente que, direta ou indiretamente, tenha como finalidade a coletividade, envolvendo todas as etapas da ‘indústria elétrica’: geração, transmissão e distribuição, bem como a comercialização correspondente que afete o mercado.” ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.160.

72 “Cumpre-me deixar bem fixada, tão-somente, na oportunidade, a circunstância de que a construção dos modelos de regime jurídico – porque há vários deles, aplicáveis a situações objetivas díspares entre si. [...]”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 104.

da atividade. O fato de o país valer-se de regras de mercado para reger a forma de outorga e execução das atividades de geração de energia elétrica não as desnatura, que, para todos os efeitos, deverão continuar a ser compreendidas enquanto serviços públicos.

Não se mostra necessário que o Poder Público preste os serviços públicos diretamente – pelo menos não aqueles que a Constituição Federal permitiu serem delegados –, mas é fundamental, em qualquer hipótese, que se mostrem adequados à população. A fim de que a prestação seja garantida a todos, o ordenamento jurídico confere ao Poder Público uma série de poderes instrumentais para tanto, mais amplos que aqueles concebidos no trato de atividades consideradas como típicas de mercado.

Por ocasião do advento de várias outorgas do setor elétrico em 2015, ao Poder Público são facultados dilatados poderes para canalizar essas atividades em prol do bem comum, podendo, inclusive, fixar parâmetros para comercialização da energia das usinas já depreciadas ou amortizadas.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. *Privatizações do setor elétrico no Brasil*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde06.pdf> Acesso em: 11 jul. 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1964.
- CHICK, Martin. *Electricity and energy policy in Britain, France and the United States since 1945*. Edward Elgar: Cheltenham, Northampton, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 4.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DIAS, Renato Feliciano (Coord.). *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 1988.
- DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing, 1923. v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. Tomo 2.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- LE MESTRE, Renam. *Droit du service public*. Paris: Gualino editeur, 2003.
- LEITE, Dias Antônio. *A energia do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987.
- LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENEZES, Djacir. *Direito administrativo moderno*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943.
- MORAES, Alexandre de. (Coord.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.