

FABIANA GALERA SEVERO

**O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PROCESSO DE
PRIVATIZAÇÃO**

**Monografia de final de curso apresentada
ao Departamento de Direito Público da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná como requisito parcial
para obtenção de grau de Bacharel em
Direito.**

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANA GALERA SEVERO

O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO

Monografia de final de curso apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Pedro Henrique Xavier

Professora Ângela Cássia Costaldello

Professor Romeu Felipe Bacelar Filho

Curitiba, 05 de novembro de 2001

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, **Marlene e Joaquim**, com todo o amor, a quem acima de tudo agradeço por todo o apoio e dedicação despendidos comigo hoje e sempre.

E também aos amigos que me acompanharam nos últimos cinco anos, na vida acadêmica e extra, em especial aos que estiveram mais próximos, compartilhando tanto os momentos mais turbulentos quanto as mais significativas vitórias: **Edgar, Fernanda, Gisele, Lijeane, Bianca e Lilian**.

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - O ESTADO E O PARTICULAR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA -----	4
1.1 Noções preliminares acerca das modalidades de atuação do Estado -----	4
1.2 Da atividade de prestação de serviços públicos -----	6
1.3 Concessão de serviço público enquanto forma de descentralização administrativa -----	11
1.4 Prestação de serviço público por particular: fenômeno da privatização -	17
CAPÍTULO II - PROVIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA -----	22
2.1 Resenha histórica da prestação do serviço de energia elétrica no Brasil--	22
2.2 Panorama da crise do setor energético - recursos naturais, consumo e racionamento -----	37
2.3 Globalização da economia e privatização -----	40
CAPÍTULO III - SITUAÇÃO JURÍDICA DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO -----	43
3.1 Necessidade de desenvolvimento de alternativas energéticas -----	43
3.2 Participação das estrangeiras na privatização -----	45
3.3 Da falta de regulamentação precisa como garantia para novos investimentos -----	47
3.4 Garantia do serviço público de energia elétrica, ainda que prestado por particular -----	54
CONCLUSÃO.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	63

RESUMO

Este estudo tem o objetivo de investigar o regime jurídico da prestação dos serviços de energia elétrica no processo de reestruturação e privatização do setor, através de uma análise teórica dos institutos de direito administrativo, à luz da Constituição da República, bem como da trajetória histórica legislativa desse serviço desde que foi implantado no Brasil. Em virtude da crise pela qual o setor energético vem passando, tem sido necessário buscar novas alternativas para garantir o provimento de energia elétrica, componente indispensável às mais variadas atividades desenvolvidas pelo homem nos dias de hoje. As soluções para a crise têm sido freqüentemente encontradas na iniciativa privada, mormente nas empresas estrangeiras, que possuem o capital necessário para o investimento. Pretende-se, portanto, analisar a situação da iniciativa privada na prestação do serviço público de energia elétrica, bem como verificar se e como garantir, juridicamente, o interesse público nesse processo de privatização. Para tanto, será feita uma análise jurídico-constitucional da legislação pertinente ao processo de privatização do setor energético, de modo a sugerir um modelo jurídico padronizado para a prestação do serviço.

INTRODUÇÃO

Pretende-se analisar neste estudo a prestação do serviço público de energia elétrica no Brasil, que tem enfrentado crises, tanto políticas quanto jurídicas, no que diz respeito ao processo de privatização do setor. Ultimamente, as crises têm sido ainda agravadas pela escassez de recursos naturais, o que dificulta sobremaneira a resolução do problema, causando prejuízos a todos: governo, investidores e sociedade.

Há vários anos, e principalmente desde a retomada do crescimento econômico brasileiro de meados dos anos 90, paira no ar o “fantasma” da falta de energia elétrica, embora isto tenha sido freqüentemente alertado por técnicos do setor energético.

No Brasil, a geração de energia elétrica cresceu 145% nos últimos vinte anos. Houve um erro estratégico do governo ao negligenciar o vertiginoso crescimento do setor energético, que não mais poderia depender das chuvas. Muitos são os fatores que envolvem a problemática, mas o maior erro do governo ocorreu no marco regulatório para o setor elétrico: é deficiente e o pior de todos os setores. Há falhas na tarifação e nas metas de investimento para as empresas privatizadas.

Ocorre que, gerido pelo Estado ou pela iniciativa privada, deve ser assegurado o caráter público do serviço de energia elétrica, garantindo assim a prevalência do interesse público e, conseqüentemente, a consecução do bem-comum.

Ao final do ano passado, quando foi proposto este tema para a monografia, a situação energética já se encaminhava para uma crise. Porém, foi nos últimos meses que a situação chegou a um ponto crítico e, mais do que nunca, é imprescindível uma atitude rápida e eficaz por parte do Governo Federal, para assegurar a prestação do serviço de energia elétrica com eficiência.

O assunto é complexo e muito polêmico. Portanto, muitas questões aqui levantadas já estão sendo discutidas, de modo que várias medidas têm sido tomadas pelo governo e pelos particulares, tendo em vista a crise energética emergente. Trata-se, pois, de tema cuja atualidade tem sido, apesar da dedicação que requer, um grande incentivo à pesquisa e ao acompanhamento freqüente do tema.

O estudo da prestação do serviço público de energia elétrica implica uma **abordagem preliminar** acerca da intervenção do Estado na sociedade, da atividade de prestação de serviços públicos e sua concessão à iniciativa privada. É do que cuida o **Capítulo I** deste trabalho.

Num primeiro momento, o Estado identificou o provimento de energia elétrica como uma necessidade pública e tomou para si a obrigação de satisfazer essa necessidade. Afinal, o Estado assume para si a responsabilidade pela provisão de certos bens indispensáveis à sociedade, cuja produção exija grande investimento, garantia de fornecimento contínuo, sem que as considerações lucrativas sejam preponderantes, o que faz com que a atividade não seja economicamente atrativa para o setor privado, uma vez que a *ratio* da empresa reside na lucratividade. Assim sendo, o provimento de energia elétrica foi eleito, a partir de uma decisão política, como um dos fins do Estado, de competência da União, conforme determinado pelo art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição da República.

Para que se chegue às propostas que objetivam definir a adequada prestação do serviço público de energia elétrica pelo particular, será necessária uma investigação acerca do provimento de energia pelo Estado, o que por sua vez pressupõe uma análise, ainda que breve, das modalidades de atuação do Estado.

Este estudo principia pela síntese, em linhas gerais, do tema da atuação do Estado, o qual será aos poucos dissecado. O começo da análise passará pela atividade de prestação de serviços públicos; em seguida, será apresentado o instituto da concessão; finalmente, será abordado o tema da desvinculação do Estado quanto à prestação do serviço, ou seja, a privatização.

A fim de possibilitar uma visão mais nítida da atual situação do serviço público de energia elétrica no País, o Capítulo II trará uma retrospectiva dessa atividade (até então) estatal, sob um enfoque primordialmente jurídico, desde o início de sua prestação no século XIX até os dias de hoje.

Após, será traçado um panorama da atual crise sofrida pelo setor energético com relação à escassez de recursos naturais e ao inversamente proporcional aumento

do consumo, o que será seguido de uma análise sucinta acerca da globalização da economia e da política de privatização.

Neste capítulo, portanto, reside um objetivo eminentemente informativo, tanto a título histórico como político, mas que configura embasamento essencial para o desenvolvimento jurídico do assunto. Nota-se, pois, que para tanto, as fontes utilizadas são provenientes, na sua maioria, de periódicos e da Internet, uma vez que tais veículos de comunicação são mais eficientes para trazer a informação com maior celeridade.

Por fim, pretende-se trazer definições jurídicas para esclarecer a situação energética nessa fase turbulenta de reestruturação do setor, o que se dará no Capítulo III. Cumpre sejam desenvolvidos meios alternativos de provimento de energia, além de se fixar uma regulamentação precisa da prestação do serviço, garantindo-se maior segurança para investidores – que afinal significam, hoje, uma das soluções mais eficazes para acalmar a crise – e também para a sociedade. Contudo, a legislação brasileira pertinente ao assunto não é clara o suficiente para definir as “regras do jogo”.

Parece, pois, que o estudo dos institutos de direito administrativo, sob o enfoque constitucional, é fundamental para definir a situação jurídica da prestação do serviço de energia elétrica no processo de privatização.

CAPÍTULO I – O ESTADO E O PARTICULAR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

1.1 Noções preliminares acerca das modalidades de atuação do Estado

No intuito de sistematizar este estudo, far-se-á uma síntese das diversas modalidades de atuação do Estado, aprofundando em seguida a atividade de prestação de serviços públicos.

O Estado tem diversas modalidades de ação, cuja extensão reflete o seu grau de intervencionismo e, conseqüentemente, a sua política de atuação. Para que a análise não recaia em assunto eminentemente político, porquanto não é o que se pretende com este trabalho, serão traçadas, objetivamente e em linhas gerais, as formas de atuação do Estado¹.

O estudo das atividades do Estado acarretou um sem-número de classificações doutrinárias que procuram tratar do tema, mas, por questão de praticidade, será adotada neste trabalho a classificação de Garrido Falla², que elenca três principais modalidades de atuação do Estado, surgidas de acordo com a sua evolução histórica, mas que coexistem no sistema jurídico atual, quais sejam: i) polícia; ii) fomento; e iii) serviço público.

A atividade de polícia administrativa tem origem remota no contexto do Estado de Polícia ou Estado *Gendarme* (*Polizeistaat*) como poder de polícia. Trata-se apenas de uma origem histórica, que, no entanto, não reflete o que seja hoje a atividade de polícia administrativa, uma vez que, naquela época, não se tratava de uma mera atividade, submetida ao princípio da legalidade, mas sim de um poder absoluto. Na origem, vigorava o princípio de que o soberano não poderia errar, o que significa que

¹ Ainda que pertinente ao assunto, por opção metodológica de delimitação do tema, não será objeto deste estudo a análise histórica de evolução do Estado – Estado Mínimo, Estado de Bem-Estar Social, Estado Neoliberal – o que poderá ser abordado em eventuais trabalhos posteriores, que apresentem maior espaço para digressões políticas.

² GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II (parte general: conclusion), 6ª ed. Madrid : 1983, p. 151.

sua atuação jamais acarretaria responsabilização³. Assim define Agostín Gordillo o poder de polícia, típico do Estado absolutista: “poder estatal juridicamente ilimitado, a coagir, ditar ordens, para realizar o que o soberano entendia conveniente”.⁴

Com a evolução do Estado, e principalmente a partir da Revolução Francesa, que trouxe as idéias iluministas de Montesquieu, segundo o qual o poder deve deter o poder, como garantia da própria liberdade⁵, todo aquele poder absoluto do Estado transformou-se em mera atividade de fiscalização, prevenção ou repressão da Administração Pública, submetida a autorização legal, e o poder de polícia passou a ser chamado de atividade de polícia administrativa⁶.

Garrido Falla define a atividade de polícia administrativa “como o conjunto de medidas coativas utilizadas pela Administração para que o particular ajuste sua atividade a um fim de utilidade pública.”⁷ Assemelha-se, pois, à definição de Jean Rivero, segundo a qual “por polícia administrativa entende-se o conjunto das intervenções da Administração que tendem a impor à livre acção dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.”⁸

A atividade de polícia administrativa guarda estreita relação com a matéria de limitações administrativas, pois condiciona a liberdade e a propriedade individuais, dentro de parâmetros legais. Já afirmara Zanobini que “tudo o que é juridicamente protegido, também é juridicamente limitado”.

³ As máximas eram assim traduzidas: “*the king can do no wrong*”, “*le roi ne puet mal faire*”, ou ainda “*quod regis placuit legis est*”. A respeito, vide GORDILLO, A. **Princípios Gerais do Direito Público** [tradução de Marcos Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira]. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

⁴ *Idem ibidem*, p. 32.

⁵ MONTESQUIEU *apud* GORDILLO, A. **Princípios...**, *op. cit.*, p. 128: “*C’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. (...) Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”.

⁶ Sobre definições de polícia administrativa, vide MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 360 e 361; e FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 61.

⁷ Tradução livre: “*En términos generales podemos definir la policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública.*” GARRIDO FALLA, F. **Tratado...**, *op. cit.*, p. 159.

⁸ RIVERO, J. **Direito Administrativo**. Coimbra : Almedina, 1981, p. 478.

Segundo Celso Antônio, polícia administrativa compreende "a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões)".⁹ Destarte, polícia administrativa é o gênero do qual a fiscalização é uma espécie.

Trata-se de uma das mais extensas atuações administrativas do Estado, uma vez que disciplina as atividades individuais, condicionando sua liberdade ao desenho da lei, de modo que o seu exercício deve estar conformado aos interesses públicos. Os princípios que fundamentam essa atividade são o da legalidade e o da finalidade pública.

Paralelamente, o Estado pode incentivar determinadas atividades consideradas de atendimento às necessidades públicas. Garrido Falla define o fomento como "aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público protegendo ou promovendo, sem o emprego da coação, as atividades dos particulares e de outros entes públicos que as satisfaçam diretamente"¹⁰. O Estado, portanto, protege ou promove determinadas atividades realizadas por particulares para atender às necessidades públicas indiretamente. O fomento pode ser observado nas políticas de reserva de mercado, isenções fiscais, vantagens jurídicas, econômicas ou honoríficas etc.

Por fim, pode o Estado verificar que o atendimento de determinada necessidade pública é demasiado importante e, devido à incapacidade da sociedade de, por si só, suprir tal necessidade, o Estado decide tomar para si o provimento dessa utilidade. Isto se dá através da prestação de serviços públicos, o que será examinado no item subsequente.

1.2 Da atividade de prestação de serviços públicos

Há atividades cuja importância é reconhecida pelo Estado e, assim sendo, ele as

⁹ MELLO, C. A. B. *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*, Revista Trimestral de Direito Público nº 20. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 25

¹⁰ Tradução livre: "*aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.*" GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 306.

disciplina e fiscaliza, através da polícia administrativa. Já outras atividades, que também interessam ao Estado, transcendem à mera fiscalização: trata-se de atividades consideradas tão essenciais que o Estado as publiciza. E justamente porque quer ter maior controle sobre essas atividades, não é conveniente que sejam prestadas sob o regime jurídico de direito privado.

Então o Estado, além de estimular certas atividades a serem prestadas por particular e de fiscalizar outras, através do condicionamento do seu exercício, toma para si a tarefa da prestação de utilidades e comodidades aos administrados, através dos serviços públicos, conforme previsto expressamente no artigo 175 da Constituição da República.

O regime jurídico ao qual está submetida a prestação dos serviços públicos é o de direito administrativo, ou de direito público, diferente do regime das demais atividades *supra* abordadas do Estado. Tratar de uma atividade submetida ao regime jurídico de direito público implica incidência de uma série de princípios que buscam assegurar a prevalência do interesse público, através de prerrogativas e restrições.

A doutrina não é unânime quanto à definição do que seja serviço público: em verdade, são tantas as definições quantos foram os autores que trataram do assunto. *E. g.*, Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como sendo:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.¹¹

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, apresenta a seguinte definição: “serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito

¹¹ MELLO, C. A. B. *Curso...*, *op. cit.*, p. 597.

Público”¹².

Para entender o que seja serviço público, é preciso congregiar alguns critérios (que, separadamente, não bastariam a uma definição). Em primeiro lugar, deve-se observar o elemento subjetivo: um serviço público será sempre prestado pelo Estado, diretamente, através de seus órgãos, ou indiretamente, por um particular, através de concessão ou permissão. Ao critério subjetivo alia-se o objetivo, segundo o qual a atividade deve atender aos interesses coletivos, assim tipificados em lei. Para concluir a definição, agrega-se o critério formal, que estabelece o regime jurídico ao qual a atividade estará submetida, qual seja o de direito público.

Conclui-se, pois, que serviço público pode ser definido como: *atividade típica e exclusiva do Estado, desempenhada diretamente pela Administração Pública ou indiretamente por seus delegados, através do qual são oferecidas utilidades prestadas no atendimento de necessidades coletivas cuja satisfação é incorporada por lei aos fins do Estado*¹³.

Em última análise, portanto, é a sociedade, através de seus representantes, que, a partir de uma decisão política, estabelece na lei quais são os serviços públicos. Naturalmente, trata-se de uma definição de cunho eminentemente político. É o ordenamento jurídico que elege um rol de utilidades a serem incorporadas como fins do Estado. Cumpre esclarecer que essa eleição deve ser fixada em lei, não configurando uma prerrogativa discricionária da Administração Pública, de modo que a escolha do que seja serviço público expresse, ainda que indiretamente, a vontade coletiva.

Eros Roberto Grau, nesse sentido, observa que:

É nas circunstâncias histórico-políticas, num determinado momento, que se estará apto para identificar essa atividade como serviço público ou não. Numa sociedade onde a força de trabalho esteja organizada com poder de reivindicação, seguramente o campo do serviço público será mais amplo do que numa sociedade na qual o capital seja capaz de reivindicar e

¹² FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2001, *op. cit.*, p. 77 e 78.

¹³ Definição apresentada pelo Professor Pedro Henrique Xavier, orientador do presente trabalho, ao ministrar sua aulas de Direito Administrativo na graduação.

de dominar maiores.¹⁴

Enfim, uma das formas mais evidentes de se medir a intervenção estatal é através da prestação de serviços públicos, e isso varia de acordo com a evolução da sociedade e sua capacidade de, por si só, prover os bens indispensáveis ao atendimento de suas necessidades.

Para medição da intervenção estatal quando da prestação de serviços públicos, Juarez Freitas apresenta a teoria do Estado essencial, dizendo:

Tudo que desbordar da essencialidade não deveria ser reputado, em boa doutrina e a rigor, como serviço público, ainda que o seja nominalmente, nos dias que correm, por força normativa. Dito de outro modo, ao formular o conceito acima, quer-se expungir da categoria dos serviços públicos aqueles que constituem simples interesse subalterno ou, o que tão ou mais grave, mera conveniência episódica governamental, eis que indubitavelmente não devem sequer lograr uma prestação indireta, convindo que sejam “privatizados”, para usar expressão de largo trânsito, enquanto estes não se justificam no mundo contemporâneo, o qual reclama funcionalidade e respeito às competências devidas. Defende-se, assim, uma postura jusfilosófica que preconiza um **Estado essencial, sem significar um Estado reduzido**. Ao revés, longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais.¹⁵

Nesse sentido, Duguit define serviço público como sendo “toda atividade cuja incorporação deve ser assegurada, regida e controlada pelos governadores, porque a incorporação dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e porque ela só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governamental.”¹⁶ Dentro dessa linha de raciocínio, para Juarez Freitas, a intervenção estatal deve ocorrer “apenas à medida do estritamente necessário e de maneira a obter o maior benefício com o menor custo social possível.”¹⁷ Ou seja,

¹⁴ GRAU, E. R. *Curso de Direito Administrativo, Empresas Estatais ou Estado Empresário*, Ed. RT, p. 107. *Apud* ATALIBA, G. *Empresas estatais e regime administrativo (serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público)*, Revista Trimestral de Direito Público nº 4. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 60.

¹⁵ FREITAS, J. *Estudos de Direito Administrativo*, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 34 e 35. Sem grifos no original.

¹⁶ Tradução livre: “c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendence sociale, et qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.” *Apud* FREITAS, Juarez. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷ FREITAS, J. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 36.

em atendimento ao princípio da eficiência da Administração Pública, inserida no Texto Constitucional, artigo 37, pela emenda nº 19/98.

Geraldo Ataliba apresenta o meio jurídico para a identificação dos serviços públicos, dizendo que:

Ou a Constituição já predefiniu o que é serviço público, ou a lei – conforme as circunstâncias assinaladas – o faz, desde que não invada a seara do art. 170 CF. Assim, se não há uma definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não. (...) A idéia de serviço *público* casa-se com a dos *fins do Estado* para realizar o *bem comum*, que significa satisfação concreta e justa das necessidades coletivas.¹⁸

No contexto jurídico brasileiro, Celso Antônio esclarece que:

O Texto Magno contrapõe serviços públicos, de um lado – campo específico da prestação estatal de serviços (que se submeterão ao regime especial aludido) –, e, de outro lado, ordem econômica – setor de livre prestação de serviços particulares, onde imperará o regime da livre iniciativa, do direito privado, ficando ditas atividades meramente sujeitas aos condicionamentos e fiscalizações inerentes às normas públicas expressivas do chamado “poder de polícia” do Estado. (...) Em suma: há determinados serviços que a Constituição já prefigurou como públicos.¹⁹

É o caso do serviço público de energia elétrica, do qual trataremos adiante²⁰.

A prestação de serviços públicos se dá, primordialmente, dentro do regime jurídico de direito público, implicando prerrogativas e restrições. Para Léon Duguit, serviço público tem um cunho sociológico “é todo serviço que resulta da interdependência social e que, bem por isto, não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante”, ao passo que Gaston Jèze diz que “o que caracteriza o serviço público é o fato de ser prestado sob a égide de um regime jurídico específico, característico, marcado pela existência de prerrogativas de autoridade, consagradoras da supremacia do interesse público, bem como por restrições especiais, igualmente instituídas no interesse da coletividade”.²¹

A partir da constatação do regime jurídico de direito público ao qual estão

¹⁸ ATALIBA, G. *Empresas estatais...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹ MELLO, C. A. B. *Privatização e serviços públicos*, Revista Trimestral de Direito Público nº 22. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 174.

²⁰ *Vide infra* Capítulos II e III.

²¹ *Apud* MELLO, C. A. B. *Privatização...*, *op. cit.*, p. 173.

submetidos, é possível traçar alguns princípios que norteiam a prestação de serviços públicos, quais sejam²²: i) princípio da continuidade do serviço público (decorrente da prevalência do interesse público e sua indisponibilidade); ii) princípio da flexibilidade ou mutabilidade (também decorrente do princípio da finalidade), que autoriza o Poder Público alterar unilateralmente as condições de extinção do serviço com base no interesse público²³; e iii) princípio da igualdade dos administrados.

Cumpra, ademais, não confundir serviços públicos com atividades prestadas por particulares sujeitas à fiscalização do Estado²⁴, mesmo que tais atividades estejam submetidas ao intensivo controle por parte da Administração Pública; o regime jurídico ao qual tais atividades estão submetidas é distinto, o que acarreta diferença no tratamento jurídico. Portanto, para ser serviço público, o serviço deve ser exclusivo do Estado ou prestado diretamente por ele²⁵.

Conforme ressalta Maria Sylvia Zanella di Pietro, "o serviço público, como um complexo de atividades voltadas à consecução de necessidades coletivas, só pode ser exercido pelo Poder Público, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, tal como disciplinado na Lei 8.987", e isso o difere do instituto da terceirização, por exemplo.²⁶

1.3 Concessão de serviço público enquanto forma de descentralização administrativa

A Administração pode prestar serviços públicos de maneira centralizada, por meio dos seus próprios órgãos. Trata-se de desconcentração administrativa, "que

²² Sobre os princípios atinentes ao serviço público, vide WALINE, M. *Droit Administratif*, 8ª ed. Paris : Éditions Sirey, 1959, p. 626; e RIVERO, J. *Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, 1981, p. 501.

²³ Sobre as possibilidades de extinção das concessões, vide FREITAS, J. *Estudos...*, *op. cit.*

²⁴ *A contrario sensu* é o entendimento de Hely Lopes Meirelles em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, e Eros Roberto Grau em *A ordem econômica...*, *op. cit.*, ambos se referindo ao serviço público impróprio. A terminologia também é adotada por SILVA, J. C. *Reforma administrativa brasileira e terceirização no setor público*. Revista de Direito Administrativo nº 217 - julho/setembro de 1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em contrapartida, entendemos que "serviço público impróprio", não é serviço público, mas atividade privada sujeita a fiscalização.

²⁵ *Vide infra* Capítulo III, item 3.4.

²⁶ DI PIETRO, M. S. Z. *Terceirização dos serviços públicos*, Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 8 – ano 3 – janeiro/março de 1996. Curitiba : Genesis, 1996, p. 39.

significa repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de u'a mesma Administração, sem quebra de hierarquia"²⁷. Serve para descongestionar a prestação do serviço, permitindo, assim, seu melhor desempenho"²⁸.

Os serviços públicos podem também ser prestados de maneira descentralizada. Trata-se de "distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica"²⁹. Neste caso, "ora o Estado transfere o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados."³⁰ Nesta hipótese, o Estado presta o serviço através da Administração Pública Indireta, e naquela, através de terceiros (concessionários e permissionários)³¹.

Na descentralização, o Poder Público pode cometer a terceiros a própria titularidade ou senhoria do serviço, transferindo-se a prerrogativa de estabelecer as condições em que o serviço será prestado. A este cometimento dá-se o nome de outorga, através da qual transfere-se não só a execução do serviço, como também a sua capacidade de regulamentação (dentro dos limites legais).

É possível, por sua vez, cometer-se a terceiros apenas a execução da atividade, "transferindo o exercício, o mero desempenho do serviço (e não a titularidade, a senhoria do serviço em si mesmo), a uma pessoa jurídica de direito privado que o exercerá em nome do Estado (não em nome próprio) por sua conta, risco e perigos"³². Trata-se de delegação administrativa, que se faz através da concessão ou permissão de serviço público. Aqui, o Poder Público continua tendo disponibilidade sobre o serviço prestado, regulamentando-o e disciplinando-o.

É importante frisar que, para ser caracterizado como serviço público³³, é

²⁷ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 633.

²⁸ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**, 11ª ed. São Paulo : Atlas, 1999, p. 336.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 336.

³⁰ MELLO C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 115.

³¹ Ver a respeito, MELLO, C. A. B. **Prestação de serviços públicos e Administração Indireta**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 2.

³² *Idem ibidem*, p. 27.

³³ Conforme definição *supra*, item 1.2.

imprescindível que o serviço, ainda que executado por particular, seja prestado em caráter de exclusividade, conforme determina o artigo 21 da Constituição da República, ou diretamente pelo Estado. Caso contrário, trata-se de atividade privada sujeita a fiscalização³⁴ através da polícia administrativa, que conseqüentemente não está submetida aos princípios inerentes ao regime jurídico de direito público.

Segundo a Lei 8.987/95, a transferência da execução de um serviço público, via delegação, admite duas formas: concessão ou permissão. A diferença entre ambas reside na forma de constituição (por ato bilateral na concessão e por ato unilateral na permissão) e no grau de precariedade (existente na permissão)³⁵.

A concessão, portanto, é a delegação contratual da execução do serviço público, em favor de particulares, a fim de que estes o executem, em seu nome e por sua conta e risco, nas condições fixadas pela Administração Pública.

Cumprido ressaltar a distinção feita pela doutrina³⁶ entre concessão de serviço público propriamente dita, quando a execução do serviço é transferida a empresa particular, e mera delegação, quando o Estado cria pessoa jurídica para a execução do serviço. Explica Geraldo Ataliba que

Há concessão (com inafastável conteúdo contratual, no contexto de um ato-união, segundo Oswaldo Aranha bandeira de Mello) quando uma pessoa privada recebe (mediante licitação, art. 175 da CF) o encargo de prestar serviço público em troca de remuneração. Só há

³⁴ Segundo DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 272-273, “os serviços chamados autorizados não têm, a nosso ver, a natureza de serviços públicos; são apenas atividades que, pela sua importância para o interesse público, ficam sujeitas a maior controle por parte do Estado; mas são atividades privadas”. Por não ser atividade típica e exclusiva do Estado, a chamada “autorização” não se encaixa na modalidade serviço público. Assim também é o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral em **Concessão de serviço público**, São Paulo : Malheiros, 1996, p. 90, ao comentar a Lei 9.074/95: “A lei (...) introduziu a figura da *autorização* de serviço público, que é conceitualmente errada porque não se coaduna com a Constituição, que prevê o exercício indireto de serviço público mediante *concessão* ou *permissão*. (...) O termo *autorização* é utilizado no sentido tecnicamente correto no art. 7º que dispõe sobre aproveitamento de potenciais energéticos por autoprodutor, já que este não presta serviços a terceiros”. *A contrario sensu*, MEIRELLES, H. L. **Direito...**, *op. cit.*, p. 349, define serviços públicos autorizados, situando-os ao lado dos serviços concedidos e permitidos.

³⁵ A precariedade, segundo DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 274-275, “poderá servir para distinguir a permissão da concessão, desde que entendida como contrato sem prazo estabelecido.” MEIRELLES, H. L. **Direito...**, *op. cit.*, p. 347, define precariedade a partir da transitoriedade. Já MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**, 5ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 384, caracteriza a permissão como destinada a serviços de média ou curta duração, além de poder ser atribuída a pessoa física.

³⁶ Nesse sentido, *vide* Geraldo Ataliba, Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Dallari.

concessão a empresa estatal quando esta seja criatura de pessoa política não titular do serviço. (Aí não há delegação, inclusive porque esta é revogável.) É o caso, p. ex., de empresa estadual de energia elétrica que executa serviço público federal (art. 21, XII, "a", da CF). Neste caso, o Estado federado cria, por lei, entidade que se habilita em licitação, em igualdade de condições com os privados.³⁷

Segundo Adílson Dallari:

Haverá uma concessão de serviço público, nos termos do art. 175 da CF, quando o Poder Público decidir pela prestação de serviços públicos de maneira indireta, conferindo sua execução a uma terceira pessoa, a uma entidade que não é um prolongamento personalizado do próprio concedente, a uma entidade que, exatamente por não estar sob seu controle, pode contratar com o Poder Público. Por outro lado, não haverá concessão de serviço público quando o Estado criar uma entidade para funcionar especificamente como instrumento de sua ação, para desincumbir-se precipuamente de prestar um serviço cuja execução cabe ao próprio Estado criador dessa entidade.³⁸

E enfatiza Celso Antônio:

Com efeito, em hipóteses deste jaez, não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que pode até mesmo extingui-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação à criatura também não teriam porque se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo, considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões. (...) É freqüente casos em que a empresa pública ou sociedade mista prestadora do serviço não pertence à mesma órbita jurídica do sujeito a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo. (...) Assim, p. ex., os serviços de energia elétrica são, constitucionalmente, serviços públicos da alçada da União (art. 20, XII, b). Sem embargo, sociedades de economia mista, criadas pelos Estados federados, surgiram precisamente para desempenhá-los na qualidade de concessionárias do poder federal.³⁹

Assim, Geraldo Ataliba comenta a conclusão de Celso Antônio: "A estatal não é concessionária, mas sim delegada de serviço público quando seja criatura da pessoa política titular desse serviço."⁴⁰

No mesmo sentido, esclarece Caio Tácito: "Nas empresas estatais (assim entendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista) a forma é privada, mas o substrato é público"⁴¹.

Eros Grau também apresenta o seguinte entendimento:

³⁷ ATALIBA, G. *Empresas estatais...*, *op. cit.*, p. 67 e 68.

³⁸ *In RDP 94/103 e 104. Apud ATALIBA, G. Empresas estatais...*, *op. cit.*, p. 68.

³⁹ *Apud ATALIBA, G. Empresas estatais...*, *op. cit.*, p. 68 e 69.

⁴⁰ *Idem ibidem* p. 69.

⁴¹ TÁCITO, C. *Agências...*, *op. cit.*, p. 1.

São situações juridicamente distintas, pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação. Estas, ao contrário do que estive anteriormente a sustentar, são delegadas do Estado, criadas no bojo da descentralização administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta serviços.⁴²

Logo, na acepção do autor, não haveria, propriamente, um contrato de concessão de serviços públicos firmado com empresas estatais: tratar-se-ia de delegação, estabelecida em lei. Ou seja, ainda que tenha forma de contrato, sua natureza não seria contratual, nos moldes do direito privado.

Quanto aos serviços públicos que podem ser concedidos, assinala Arnold Wald que "todos os serviços públicos que não estejam estreitamente vinculados à segurança nacional podem ser objeto de concessão".⁴³

Os contratos administrativos, dentre os quais se incluem os contratos de concessão, apresentam características especiais, decorrentes da necessidade de estarem vinculados ao princípio da finalidade pública, que rege todo o agir da Administração⁴⁴. Desta forma, o Poder Público detém total disponibilidade do serviço, que, em se tratando de concessões, traduz-se no poder de: i) retomar a qualquer tempo o serviço concedido (através da encampação ou resgate⁴⁵); ii) regulamentar as condições de prestação do serviço; iii) inspecionar e fiscalizar as condições do contrato; iv) alterar unilateralmente as cláusulas do contrato; e v) intervir para assegurar que o serviço seja prestado adequadamente e dentro das normas fixadas pelo Poder Público.

Todas essas prerrogativas da Administração Pública estão calcadas no princípio da prevalência do interesse público sobre o privado.

É importante esclarecer, aqui, que a finalidade pública é elemento vinculado de qualquer ato administrativo, devendo ser analisada pelo Poder Judiciário sempre que

⁴² GRAU, E. R. *A ordem econômica...*, *op. cit.*, p. 165.

⁴³ WALD, A. *Renascimento do instituto da concessão*, Revista de Direito Administrativo nº 171 – janeiro/março de 1988 – Rio de Janeiro : Renovar, 1988, p. 12.

⁴⁴ Sobre as principais características do instituto da concessão de serviços públicos, *vide* MELLO, O. A. B. *Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público*. Revista de Direito Administrativo – seleção histórica 50 anos (1945-1995). Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

não for devidamente atendida. Logo, quando se altera um contrato de concessão com base no interesse público, este não será determinado pelo alvedrio do administrador, discricionariamente, pois interesse público não se confunde com o interesse da Administração Pública, muito menos com interesses particulares de seus administradores, o que configuraria subversão do princípio.

Enfim, na concessão, o Estado pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar. A contrapartida do particular no contrato de concessão (além do privilégio⁴⁶ da continuidade do serviço) é de ordem econômica, dada a partir da possibilidade de restauração do equilíbrio econômico-financeiro, quando este for rompido⁴⁷. A remuneração do concessionário é feita pelo administrado através da tarifa. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro é uma forma de proteção do concessionário frente à liberdade do Poder Público.

Por fim, são formas de extinção do contrato de concessão: expiração do prazo, encampação, caducidade (quando da inexecução do contrato pelo concessionário ou transferência da sua execução⁴⁸), rescisão (por sentença judicial, a requerimento do concessionário), anulação do contrato ou falência do concessionário.

Quando do término da concessão, os bens devem ser revertidos para o Poder Público, consagrando o princípio da continuidade do serviço público. A reversão, portanto, consiste na transferência compulsória, em favor do Poder Público, de bens aplicados à execução do serviço, uma vez extinta a concessão.

Apresentadas as principais características dos serviços públicos concedidos, voltemos ao tema da concessão de energia elétrica.

⁴⁵ Trata-se da retomada coativa do serviço público por ato unilateral do concedente antes do término do prazo. Com a Lei de Concessões, a encampação passou a ficar condicionada a uma lei prévia autorizando-a.

⁴⁶ Sobre o privilégio na prestação de serviço público, *vide* GRAU, E. R. *A ordem econômica...*, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷ Tratou do assunto Celso Antônio Bandeira de Mello em *Privatização e serviços públicos*, *op. cit.*

⁴⁸ O contrato de concessão é *intuitu personae*, devendo ser precedido do devido procedimento licitatório. Se houver transferência da concessão sem anuência do concedente e sem licitação prévia, ocorre a caducidade, uma vez que se está modificando o concessionário, parte originalmente contratante.

Até então, os serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica vinham sendo prestados por pessoas de direito privado, mormente sociedades de economia mista criadas para tanto, em nome do Estado, através do regime de concessão de serviço público⁴⁹.

Atualmente, este cenário vem sofrendo profundas modificações estruturais, com o fito de melhor atender à necessidade pública, cada vez mais demandada, de dispor de energia elétrica. Essas mudanças estruturais dizem respeito ao fenômeno da privatização.

Cumprindo indagar, então, como conciliar a preservação do interesse público na prestação do serviço de energia elétrica com a privatização. O setor carece de regulamentação precisa, para que seja possível valer-se dos meios necessários para solucionar a crise energética em que se encontra o País. Será analisado, na seqüência, sucintamente, como vem acontecendo a reestruturação do setor elétrico a partir da privatização. Após, procurar-se-á definir a situação jurídica dos serviços públicos tendo em vista a crise energética e o processo de privatização do setor.

1.4 Prestação de serviço público por particular: o fenômeno da privatização

Tratou-se, no item anterior, da concessão de serviço público nos moldes em que vinha ocorrendo no Brasil, ou seja, através de delegação do serviço a empresas estatais.

Doravante, será brevemente estudado o fenômeno da privatização, ou concessão de serviço público propriamente dita, em que este passa a ser executado não mais por empresas estatais, mas por particulares.

O processo de privatização no Brasil⁵⁰ teve início a partir do Programa Nacional de Desburocratização⁵¹, aperfeiçoado pelo Conselho Nacional de Privatização⁵² e ulterior Conselho Federal de Desestatização⁵³. Assevera Caio Tácito que, nesse

⁴⁹ Vide *infra*, Capítulo II, item 2.1.

⁵⁰ A respeito, vide TÁCITO, C. *Agências...*, *op. cit.*, p. 2.

⁵¹ Decreto nº 83.740/79.

⁵² Decreto nº 91.991/85.

⁵³ Decreto nº 95.886/88.

período, “o direito público passa, por esta forma, a exprimir duas vertentes especiais: a política de privatização e a de desburocratização da máquina estatal e fortalecimento da associação entre o serviço público e a iniciativa privada, com a penetração mais recente do capital estrangeiro”⁵⁴. E continua: “a privatização transfere o serviço público à gestão privada. O poder público retém, contudo, a supervisão sobre o exercício regular da atividade, em garantia aos conselheiros e aos usuários, na preservação do interesse geral, que o Estado representa”⁵⁵.

Maria Sylvia Zanella di Pietro observa que:

No direito brasileiro, a privatização foi disciplinada pela Lei nº 8.031, de 12/04/90, apenas como à venda de ações de empresa estatal para o setor privado; ela equivale à **privatização da empresa estatal** que, por esse modo, perde a natureza de empresa sob controle acionário do Estado, para transformar-se em empresa privada. Mas, evidentemente, a privatização, doutrinariamente, pode ser vista em sentido bem mais amplo, para abranger todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger: a **desregulação** (diminuição de intervenção do Estado no domínio econômico), a **desmonopolização** de atividades econômicas, a **privatização dos serviços públicos** (com a sua devolução à iniciativa privada), a **concessão de serviços públicos** (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal, como vinha ocorrendo), e os chamados *contracting out*⁵⁶

Privatizar serviço público, portanto, não significa propriamente privatizar a atividade, o serviço, mas sim privatizar a empresa prestadora do serviço, o seu capital. O serviço de energia elétrica, por exemplo, ainda que privatizada a empresa responsável pela sua prestação, jamais deixará de ser um serviço público, por força do artigo 175 da Constituição. Segundo Eros Roberto Grau:

A Privatização de empresas estatais é compatível com a Constituição do Brasil, mas a privatização dos serviços públicos é com ela inteiramente incompatível, visto comprometer aquela preservação. (...) Serviço público constitui campo de atuação próprio do Estado e não parcela da atividade econômica, esta constitucionalmente atribuída à titularidade do setor privado. No Brasil, enquanto vigente a Constituição de 1988, não será possível a privatização dos serviços públicos (art. 175 dela), ainda que - repito - possam ser concedidos e/ou permitidos a particulares, sem que isso importa na sua privatização.⁵⁷

É por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello vislumbra a privatização de serviços públicos como decorrência de uma política estatal ditatorial e neoliberal,

⁵⁴ TÁCITO, C. *Agências...*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ *Idem ibidem*, p. 5.

⁵⁶ DI PIETRO, M. S. Z. **Terceirização dos serviços públicos**, Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 8 – ano 3 – janeiro/março de 1996. Curitiba : Genesis, 1996, p. 36.

descomprometida com o social⁵⁸. Para ele, serviços públicos "em última instância, concernem à coletividade. Por isto, não podem ser privatizados, no sentido de que não podem ser erradicados da esfera pública, já que pertencem ao todo social. Isto não significa que não possam ser prestados por particulares."⁵⁹ E continua:

Com efeito, 'privatizar' quer dizer erradicar do serviço público dada atividade, para torná-la, a partir daí, atividade privada, isto é, própria dos particulares, pertencente ao domínio jurídico destes, o que equivale a dizer: a) integrada no campo próprio da livre iniciativa - logo, de exercício livre 'independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos indicados em lei', para usar a linguagem do parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal; b) conseqüentemente, alocada em setor insuscetível de exploração direta pelo Estado, salvo quando interativos de segurança nacional ou relevante interesse público, tal como definidos em lei, o autorizem, conforme determina o art. 173 do mesmo diploma superior; e c) liberta da sujeição a qualquer planejamento público com força impositiva, o qual, se existir, terá para ela, caráter meramente indicativo, a teor do art. 174 da Lei Magna.⁶⁰

Para ele, as teorias que defendem a privatização dos serviços públicos, "longe de concorrerem para o benefício da coletividade, como tão bem acentuou o professor Paulo Bonavides, disseminam as teses de um neoliberalismo, ou seja, de um absentéismo do Estado e do progressivo enfraquecimento, quando não desmantelamento, de seu aparelho".⁶¹

Entretanto, fato é que o País tem passado por reformas administrativas que, não raro, têm implicado privatização, não de serviços propriamente, mas das empresas prestadoras desses serviços. E mesmo com a privatização das prestadoras dos serviços públicos, é preciso considerar algumas peculiaridades jurídicas, ora imprescindíveis para que se garanta a qualidade na prestação do serviço e o atendimento às necessidades públicas.

⁵⁷ GRAU, E. R. *Concessionária...*, *op. cit.*, p. 354 e 355.

⁵⁸ *A contrario sensu, vide* EIZIRIK, N. *Concessão de serviço público – tendências legislativas*. Revista de Direito Administrativo nº 196 – abril/junho de 1994 – Rio de Janeiro : Renovar, 1994. O autor defende a privatização, por se tratar de solução economicamente mais interessante para o Estado.

⁵⁹ MELLO, C. A. B. *Privatização e serviços públicos*, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁰ *Idem ibidem*, p. 176.

⁶¹ *Idem ibidem*, p. 177.

Segundo Dromi, "a reforma do Estado impõe o resgate dos mecanismos de controle para fiscalizar a legitimidade do exercício do governo e para resguardar os direitos do cidadão"⁶². Marcos Augusto Perez, nesse sentido, entende que:

Ao privatizar (em especial no que se refere a atividades econômicas estratégicas e a serviços públicos em geral [sic]) o Estado não transfere os encargos à iniciativa privada e vira-lhe as costas, desinteressando-se pelas conseqüências do processo de privatização. Não, de modo algum! A Administração Pública subtraída de um dos atos, uma das cenas do processo de intervenção de domínio público, ou seja, deixando de executar diretamente os serviços ou a respectiva atividade econômica, é reinserida na cena posterior, logo após a privatização, agora como fiscalizadora e controladora da atividade desenvolvida pelo agente privado. (...) Há retomada da atividade pelo Poder Público, ainda que represente um retrocesso do ponto de vista eminentemente teórico, é o principal instrumento de garantia dos compromissos assumidos pelo contratado, e deve ser utilizada com rigor no intuito de preservar a continuidade dos serviços públicos, ou, ainda, para evitar danos políticos e sociais irreparáveis, como, por exemplo, um crescimento desproporcional da taxa de desemprego, etc.

O autor propõe como instrumento de controle de fiscalização do processo de privatização, além do contrato, o controle parlamentar e judicial. Propõe ainda que se elaborem "os modelos que, sem retirar a liberdade de empresa do particular, garanta ao Estado e à sociedade a realização dos propósitos de bem estar, implícitos no escopo da privatização".⁶³

Logo, uma vez privatizada a empresa prestadora do serviço público, deve o Estado lançar mão da atividade de polícia administrativa, a fim de se garantir a eficiência e o interesse público na prestação do serviço. Assinala Rafael Bielsa, ao conceituar serviço público, que diz respeito a "*toda ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta de necessidades coletivas, e assegurada essa ação ou prestação pelo poder de polícia*"⁶⁴.

⁶² Tradução livre: "*La Reforma del Estado impone el rescate de los mecanismos de control para fiscalizar la legitimidad del ejercicio del gobierno y para resguardar los derechos del ciudadano*". DROMI, J.Roberto, *apud* PEREZ, M. A. **Privatização e contrato. O contrato como técnica de remodelação estatal**, Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 7 – ano 2 – dezembro de 1995. Curitiba : Genesis, 1995, p.1040.

⁶³ PEREZ, M. A. **Privatização e contrato...**, *op. cit.*, p.1040 e 1041.

⁶⁴ Tradução livre: "*Toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policia*". In *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. I/462 e 463, Buenos Aires. *Apud* ATALIBA, G. **Empresas estatais...**, *op. cit.*, p. 60. Sem grifos no original.

Julio Cesar da Silva resume os objetivos gerais da Reforma Administrativa na proposta de “aumentar a capacidade administrativa do Estado, limitando suas ações àquelas que lhe são próprias e descobrindo formas alternativas de gestão”⁶⁵. Para o autor, a privatização acarreta eficiência do serviço. Parte, em princípio, da observação de que “globalização, parceria e participação surgem como as tendências de nossa época, que, por sua vez, repercutem intensamente na área de prestação dos serviços públicos”⁶⁶, e portanto

coerentemente com as tendências dominantes de nossa época, no sentido de globalização da economia, do desenvolvimento das parcerias e da institucionalização de diversas formas de participação da sociedade civil e dos cidadãos na gestão da coisa pública, ressurgiu em nosso ordenamento jurídico-positivo, após um longo período de relativo esquecimento, a concessão de serviços públicos, a privatização e a terceirização.⁶⁷

Contudo, observa o mesmo autor que "serviços públicos são, quase sempre, correlatos aos direitos sociais, frutos de tantas e tão laboriosas lutas. De nada adiantará manterem-se em textos normativos, mesmo que constitucionais, direitos arrolados, se do Estado se retirar a obrigação de prestar os serviços sem os quais eles não se tornam efetivos."⁶⁸ Ou seja, o serviço público em si não pode ser privatizado, por configurar, sua adequada prestação, direito constitucionalmente assegurado à sociedade.

Enfim, o que se privatiza, com o fito de aumentar a eficiência e possibilitar maiores investimentos para a adequada prestação do serviço, é a sua empresa prestadora, conforme já mencionado adrede.

⁶⁵ SILVA, J. C. *Reforma administrativa...*, *op. cit.*, p.14.

⁶⁶ *Idem ibidem*, p. 24.

⁶⁷ *Idem ibidem*, p. 28.

⁶⁸ *Idem ibidem*, p. 30.

CAPÍTULO II – PROVIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

2.1 Resenha histórica da prestação do serviço de energia elétrica no Brasil⁶⁹

O emprego mais efetivo da energia elétrica no Brasil data de 1889⁷⁰ com a instalação da Usina Hidrelétrica Marmelos-Zero, no Rio Paraibuna, Minas Gerais, para fornecimento de energia à cidade de Juiz de Fora. Esse ano marcou o início da prestação do serviço público de energia elétrica no País em diversos municípios. Os Estados da Federação eram o poder concedente aos municípios em relação à utilização das quedas de água. A Constituição de 1891, em seus artigos 64 e 65, ratificou essa situação ao delegar aos Estados amplo domínio sobre as águas públicas, embora não apresentasse uma cláusula específica sobre o tema das concessões para exploração de energia elétrica.

O Brasil nunca dispôs de tecnologia avançada nem de capital elevado para aplicar em obras de expansão do setor energético. Para atraí-los, principalmente da Europa, os contratos de concessão, de longo prazo (80 a 90 anos), davam garantias financeiras especiais por parte do Poder Público: rentabilidade mínima do capital investido em torno de 5 a 6%, e adoção da "cláusula-ouro", uma espécie de antecipação da correção monetária. Majoritariamente, os contratos de concessão tiveram esta forma até a década de 30.

Em 1899, a *Light*, primeiro grande grupo estrangeiro a se fixar no País como *São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited*, obteve concessão para a exploração do serviço de bondes, geração e distribuição de energia elétrica no Município de São Paulo e, em 1905, estendeu atuação ao Rio de Janeiro. Em pouco tempo, monopolizou nesses municípios os serviços de iluminação elétrica, fornecimento de gás, bondes e telefonia.

⁶⁹ As informações constantes deste item 2.1 foram obtidas nos sites www.aneel.gov.br e www.ilumina.org.br. Para uma visão mais sucinta desse histórico, vide WALTENBERG, D. A. M. **O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL**, in SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo : Malheiros, 2000. Este autor divide a prestação do serviço público de energia elétrica no Brasil em quatro períodos, quais sejam: i) interesse local (1889-1934); ii) federalização (1934-1950); iii) estatização (1950-1990); e iv) regulação/competição (1990...).

⁷⁰ AGUIAR, João Paulo, *in* **Geração de energia elétrica no Brasil**, 1999, capturado no site www.ilumina.org.br.

Em 1903, surgiu o que Walter Tolentino Álvares chamou de "primeiro texto de lei brasileira sobre energia elétrica"⁷¹: a Lei nº 1.145/1903, que dispõe em seu artigo 23:

O Governo promoverá o aproveitamento da força hidráulica para transformação em energia elétrica aplicada a serviços federais, podendo (...) e outros quaisquer fins, e conceder favores às empresas que se propuserem fazer esse serviço.

O instituto da concessão de serviço público nasceu em decorrência das dificuldades para atender às exigências crescentes, pelas cidades, das novas conquistas científicas e tecnológicas. O advento do telefone, serviços de água, esgoto e iluminação pública, primeiro a gás depois elétrica, exigiam investimentos cada dia mais vultosos da Administração Pública, que, não podendo realizá-los, voltou-se à iniciativa privada, buscando colocá-la a serviço do interesse público. Surgiram assim, os primeiros contratos de obras públicas, seguidos pela figura jurídica chamada concessão de serviço público⁷².

Com a crescente complexidade dos serviços a serem prestados pela Administração Pública, o contrato de concessão foi consagrado pelo ordenamento jurídico com as seguintes características: mutabilidade das cláusulas técnicas (de serviço) e estabilidade econômico-financeira das concessões (cláusulas financeiras). Não se trata, portanto, de um contrato firmado nos moldes do direito privado; estabelece-se o poder regulamentar do concedente, sendo possível ao Estado exigir melhores serviços do concessionário, tendo este, em contrapartida, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro por meio da revisão periódica das tarifas e de privilégios, como, entre outros, a isenção de impostos.

De 1905 a 1920, foram instaladas várias pequenas usinas térmicas e hidrelétricas em vários pontos do País, buscando atender à crescente demanda energética. Essas unidades costumavam atender aos respectivos municípios. Na primeira década do século XX, o Estado de São Paulo tinha um significativo número de pequenas empresas municipais produzindo energia elétrica, as quais firmavam

⁷¹ Memória da Eletricidade, capturado no *site* <http://www.domain.com.br/clientes/cmel>. Coordenação: Marilza Elizardo Brito. Edição: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1998.

contratos de concessão diretamente com as câmaras municipais. Eram, na maior parte, organizadas por comerciantes e fazendeiros locais.

A partir da década seguinte iniciou-se um processo de aglutinação dessas concessionárias, geralmente comandado pelas companhias localizadas nos municípios economicamente mais fortes em cada região, formando grupos que passaram a controlar áreas mais extensas do território estadual. Exemplos desse processo foram a incorporação da Empresa de Eletricidade São Paulo e Rio e a Empresa Hidrelétrica Serra da Bocaina, entre outras, pela *São Paulo Light*, e da Empresa Força e Luz de Floriano, entre outras de vários municípios do vale do Paraíba, pela *Rio Light*.

Em 1920 foi criada a Comissão de Estudos de Forças Hidráulicas no Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, órgão do Ministério da Agricultura, objetivando estudar aproveitamentos hidráulicos, principalmente na região Sudeste. O trabalho dessa Comissão levou à criação dos órgãos administrativos do setor, entre eles a Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM) e o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE).

Em 1924 e 1925, após a crise de energia em São Paulo, surgiram na imprensa as primeiras pressões para a retomada do anteprojeto do Código de Águas. Aumentaram as desconfianças a respeito da atuação das concessionárias estrangeiras e os questionamentos ao monopólio efetivo por elas exercido, o qual findava por vincular o desenvolvimento industrial do País a essas empresas, sem mecanismos de proteção aos interesses brasileiros.

Com a dissolução do Congresso Nacional em 1930, teve início uma ampla reforma institucional para uma maior interferência da União nas atividades econômicas do País, inclusive no setor elétrico. Essa interferência foi consolidada pela Constituição de 1934, que trazia em seu artigo 5º:

Compete privativamente à União (...) legislar sobre (...) águas, energia hydro-electrica, (...) e a sua exploração;

§ 3º A competência federal para legislar sobre (...) águas, energia hydro-electrica, (...), não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias (...).

⁷² Vide *supra* Capítulo I, item 1.3.

O Decreto nº 19.684, de 10 de fevereiro de 1931, instituiu a Comissão Legislativa, cuja 10ª Subcomissão foi a responsável pela elaboração do Código de Águas. Com o intuito de afirmar a União como poder concedente em matéria de energia elétrica e de conter o intenso processo de concentração do setor elétrico comandado pelos grupos *Light* e *Amforp - American & Foreign Power Company* (grupo norte-americano estabelecido no Brasil em 1927) que já detinham o virtual monopólio dos serviços de energia elétrica em todas as áreas mais desenvolvidas do País, foram tomadas as seguintes medidas, que compunham um quadro de preparação para a promulgação do Código de Águas: i) suspensão de todos os atos de alienação, oneração, promessa e transferência de qualquer curso perene ou queda de água; ii) revogação⁷³ da "cláusula-ouro"; e iii) extinção de qualquer pagamento em ouro. Esta medida teve particular impacto sobre os negócios das empresas estrangeiras que, ao utilizarem a "cláusula-ouro" na revisão periódica de suas tarifas, detinham a possibilidade de reajuste segundo as desvalorizações cambiais, o que na prática significava aumentos até mesmo mensais nas tarifas.

O Decreto nº 23.979, de 8 de março de 1934, criou o DNPM, subordinado ao Ministério da Agricultura, que incluía o Serviço de Águas, encarregado de tratar dos assuntos relativos à exploração de energia hidráulica, irrigação, concessões e legislação de águas.

Em 10 de julho de 1934, o Presidente Getúlio Vargas assinou o Decreto nº 24.643, promulgando o Código de Águas, até hoje instrumento legal básico da regulamentação do setor de águas e energia elétrica. O artigo 150 do capítulo referente às concessões, diz que:

As concessões serão outorgadas por decreto do Presidente da República, referendado pelo Ministro da Agricultura.

Como competência dos Estados ficou a organização de um serviço técnico e administrativo aprovado pelo governo federal. Diz os 191 e 192 de seu Título III, Capítulo Único do Código:

⁷³ pelo Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933.

Art. 191. A União transferirá aos Estados as atribuições que lhe são conferidas neste Código, para autorizar ou conceder o aproveitamento industrial das quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica, mediante condições estabelecidas no presente capítulo.

Art. 192. A transferência de que trata o artigo anterior terá lugar quando o Estado interessado possuir um serviço técnico-administrativo, a que sejam afetos os assuntos concernentes ao estudo e avaliação do potencial hidráulico, seu aproveitamento industrial, inclusive transformação em energia elétrica e sua exploração, (...).

De acordo com a orientação nacionalista do governo revolucionário, o Código impedia, em seu Artigo 195, parágrafos 1º e 2º, que as empresas estrangeiras se tornassem concessionárias, ressalvados os direitos adquiridos daquelas já instaladas no País. O prazo para as concessões foi fixado em 30 anos, prorrogáveis quando as obras e instalações necessitassem de investimento vultoso, não permitindo a amortização do capital nesse período; mas não podiam passar de 50 anos. A fiscalização técnica, financeira e contábil mereceu o capítulo III do Código, objetivando assegurar serviço adequado, fixar tarifas razoáveis e garantir a estabilidade financeira das empresas. Com a fiscalização junto às empresas, procurava-se atingir os poderosos grupos estrangeiros que ainda dominavam o setor no País, com destaque para o grupo Light, cuja rentabilidade era alvo de denúncias.

Nas disposições transitórias, artigo 202, foi estipulado o prazo de um ano para se efetuarem as revisões dos contratos preexistentes, ficando as concessionárias impedidas de ampliar e modificar suas instalações, de gozar dos privilégios estabelecidos pelo Código, sem permissão para celebrar novos contratos de fornecimento e nem aumentar tarifas.

Porém, vários problemas travaram a aplicação efetiva do Código de Águas. Apesar de se constituir em um marco da legislação do País, a reordenação do setor elétrico preconizada por ele dependia da regulamentação de várias de suas normas, principalmente daquelas relacionadas com o regime econômico-financeiro. Esta questão acabou por dificultar a utilização do custo histórico na fixação de tarifas.

Até chegou-se a culpar o Código de Águas pela redução dos investimentos no setor elétrico, tentando-se anular o princípio do custo histórico. Outra dificuldade foi a obrigatoriedade da revisão de todos os contratos de concessão, devido à complexidade

da tarefa. Os prazos para a revisão acabaram por ser prorrogados. Contudo, em razão das disposições transitórias do Código, as ampliações e modificações nas instalações estariam bloqueadas, levando o setor a sofrer uma severa paralisação em seu processo de crescimento.

A Constituição de 1937, promulgada sob o Estado Novo da ditadura Vargas, reforçou a interferência do Estado na vida econômica e social do País, mas não apresentou grandes novidades quanto ao setor de energia elétrica. A principal alteração foi a proibição total da outorga de concessões de aproveitamentos hidráulicos a empresas estrangeiras, reservando esse direito apenas a brasileiros e empresas constituídas por acionistas brasileiros⁷⁴.

Relevante foi a promulgação do Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1939, que buscava adaptar o Código de Águas ao estabelecido pela Carta de 1937.

O Decreto-Lei nº 1285, de 18 de maio de 1939, criou o CNAE - Conselho Nacional de Águas e Energia, que pelo Decreto-Lei nº 1699, de 24 de outubro de 1939, tornou-se o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), subordinado à Presidência da República, passando a atuar ao lado da Divisão de Águas do DNPM como órgão normativo e fiscalizador dos serviços públicos de energia elétrica, funcionando esta Divisão como órgão técnico do CNAEE. Permaneceu, porém, vinculada ao Ministério da Agricultura, firmando-se assim como o principal órgão do governo federal para os assuntos relacionados a esse setor até à criação do Ministério das Minas e Energia (MME), na década de 60.

As crises de racionamento de energia elétrica, que aumentaram em 1939, levaram o CNAEE a atuar, sob o Código de Águas, no reaquecimento das atividades do setor elétrico, demonstrando assim, de maneira inequívoca, a intervenção estatal cada vez maior no setor.

O Decreto-lei nº 2.281, de 5 de junho de 1940, artigo 10º, disciplinou a situação das usinas termelétricas, integrando-as, finalmente, às disposições do Código de Águas.

A Lei Constitucional nº 6 alterou o texto da Constituição de 1937, autorizando a outorga de concessões às empresas estrangeiras que já exerciam essa atividade no País ou que viessem a se organizar como sociedades nacionais.

Em 1941, foi finalmente regulamentada a questão do custo histórico das tarifas, pendente desde a decretação do Código de Águas. O Decreto-lei nº 3.128, de 19 de março, dispôs sobre o tombamento dos bens e instalações de empresas de energia elétrica, a ser realizado sob a forma de inventário. Determinava que o ativo da empresa fosse avaliado pelo custo histórico de aquisição dos seus bens empregados nos serviços de eletricidade, ficando a taxa de remuneração fixada em 10% do valor do investimento, descontada a depreciação que, no entanto, não foi especificada.

Impossibilitado da revisão total dos contratos das concessionárias, o Governo Federal sancionou todos os contratos anteriores pelo Decreto-lei nº 5.674, de 19 de agosto de 1943. Pelo parágrafo 1º do artigo 1º, nos contratos a União substituiu os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os municípios tornando-se o único poder concedente. Este decreto-lei previu ainda o reajustamento tarifário a título precário, segundo o critério de "semelhança e razoabilidade", ficando os novos preços dependentes de fixação pela Divisão de Águas do DNPM. Isto significava uma forma de contornar a inflação crescente na economia brasileira, mas não resolvia o problema de insuficiência de recursos para expansão dos serviços. As tarifas mantiveram-se congeladas até 1945, quando houve um aumento de 10% a fim de cobrir os aumentos de salários dos trabalhadores do setor.

Apesar dos esforços do CNAEE em promover maior interligação dos sistemas elétricos do país, a década de 40 foi marcada por dificuldades de suprimento de energia, havendo racionamento em 1942. Assim, o Governo Federal passou a se preocupar com o planejamento do setor, gerando o Plano Nacional de Eletrificação, elaborado por comissão composta por técnicos da Divisão de Águas do DNPM e do CNAEE. O Plano foi concluído em 1946 e tentava integrar as programações das concessionárias do setor.

⁷⁴ A Constituição de 1934 permitia a outorga de concessões a empresas organizadas no Brasil.

Em 1943, o Governo do Rio Grande do Sul empreendeu o primeiro plano regional de eletrificação do país, impulsionado pelos problemas de racionamento de energia elétrica que vinham afetando as indústrias do Estado: em 16 de fevereiro, criou a Comissão Estadual de Energia Elétrica (CEEE). A CEEE elaborou o plano de eletrificação aprovado pela Divisão de Águas⁷⁵, e pelo CNAEE⁷⁶. Empreenderam-se iniciativas no Rio e Minas: o Decreto-lei nº 7.825, de 4 de agosto de 1945, criou a Empresa Fluminense de Energia Elétrica, que instalou a Usina Hidrelétrica Macau para suprir o norte fluminense e o sul capixaba, áreas não prioritárias para as empresas concessionárias multinacionais que atuavam na região. A constituição desta empresa, porém, só se efetivaria em 1954.

Ainda durante o Estado Novo foi criada a CHESF - Companhia Hidrelétrica do São Francisco⁷⁷, primeira empresa de eletricidade do Governo Federal, que resolveria o suprimento de energia elétrica ao Nordeste. O projeto enfrentou resistências por não se enquadrar o Nordeste como região prioritária no planejamento do CNAEE, ao contrário do Sudeste, mais industrializado e urbanizado. Contrariando o Conselho Técnico de Economia e Finanças, o Presidente Getúlio Vargas assinou esse decreto e ainda o de nº 8.032, que abria o crédito de duzentos milhões de cruzeiros ao Ministério da Fazenda para a subscrição de ações da companhia. A CHESF significou novidade na estruturação do setor elétrico, pois indicava a tendência à instalação de grandes usinas à separação entre a geração e a distribuição de energia elétrica.

A Constituição de 1946, promulgada sob o governo Dutra, não apresentou mudanças significativas em relação às anteriores, no tocante ao setor elétrico, mantendo o quadro de indefinição para o setor, somado à incapacidade das concessionárias de prestação de serviço satisfatório e eficiente aos consumidores, o que gerava muitas críticas à política do setor elétrico. No Congresso Nacional, discutiam os nacionalistas, defensores do princípio do custo histórico, e os privatistas, contrários ao mesmo. Nesse contexto, o Governo Dutra elaborou o Plano SALTE

⁷⁵ por meio do Decreto nº 18.318, de 6 de abril de 1945.

⁷⁶ por meio do Decreto nº 18.899, de 29 de outubro de 1945.

⁷⁷ pelo Decreto-lei nº 8.031, de 3 de outubro de 1945.

(Saúde - Alimentação - Transporte - Energia) que tinha por objetivo a definição de uma programação de obras públicas para esses setores fundamentais ao desenvolvimento econômico do País e que, no entanto, apresentavam graves problemas. O Plano previa o emprego de 16% dos seus recursos no setor energético. Foi aprovado pela Lei nº 1.102, de 18 de maio de 1950 e, devido a uma série de dificuldades para sua implementação, foi praticamente abandonado em 1952.

O segundo governo de Getúlio Vargas, que se iniciou em 1951, imprimiu um novo impulso ao setor elétrico, que passou a ter seu desenvolvimento encarado como crucial para o incremento das atividades industriais que este governo pretendia para o País, com a nacionalização da energia hidráulica, propondo a criação de empresas públicas estaduais e federais. A questão da regulamentação do Código de Águas e a do problema tarifário, mais uma vez, foram para segundo plano.

De julho de 1951 a dezembro de 1953, a Comissão Mista Brasil-Estados Unidos (CMBEU) empreendeu estudos sobre problemas do desenvolvimento econômico brasileiro, concentrando-se em energia e transportes. Segundo a Comissão, as principais dificuldades do setor energético eram atender o intensivo processo de urbanização e rápido crescimento industrial; controle excessivo das tarifas e tendência ao uso maior da energia elétrica do petróleo em detrimento da lenha e do carvão importado.

Desde 1952, quando foi criado pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) vinha trabalhando junto à CMBEU como entidade nacional de financiamento e execução do Programa referido acima. Porém, em 1953, com a tendência cada vez maior de formação de empresas públicas estaduais e a instituição do monopólio estatal do petróleo – com a aprovação do projeto de criação da Petrobrás pelo Congresso Nacional – o governo norte-americano do Presidente Eisenhower resolve suspender as atividades da CMBEU no Brasil, tornando mais difícil a captação de empréstimos externos para o financiamento dos projetos do setor.

Ainda em 1953, a Assessoria Econômica – órgão criado pelo Governo Vargas em fevereiro de 1951 – debruça-se sobre os problemas do setor elétrico do Brasil, propondo a criação do Fundo Federal de Eletrificação (FFE), que auferiria os recursos oriundos do Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE) a ser cobrado nas contas dos consumidores de energia elétrica e que já havia sido previsto na Constituição de 1946. Além do IUEE, comporiam o FFE 20% da receita gerada pela cobrança da taxa de despacho aduaneiro e dotações orçamentárias federais. Os recursos do Fundo seriam utilizados em investimentos no setor e geridos pelo BNDE, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda. A Lei nº 2.308, de 31 de agosto de 1954 instituiu o FFE e o IUEE, sendo este imposto o primeiro vinculado diretamente ao setor de energia elétrica, com 40% de sua receita destinada à União e 60% aos municípios.

Foram encaminhados pela Assessoria Econômica ao Congresso Nacional, em 1954, os projetos relacionados com o Plano Nacional de Eletrificação e com a criação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). A idéia da criação de uma empresa estatal para agir na organização do setor elétrico com o objetivo de retirá-lo da até então persistente crise já havia sido esboçada pelo Presidente Vargas, que responsabilizava o regime de concessões, da maneira como estava estabelecido, pelo atraso no desenvolvimento industrial do Brasil, preconizando a intervenção definitiva do Estado na geração e transmissão de energia elétrica.

Entre as programações traçadas pelo Plano estavam a interligação dos sistemas existentes e a criação de novos sistemas. Outro problema que surgia no bojo dessa política de maior intervenção estatal era o da falta de organismos suficientemente aparelhados para cumprir todas as funções que se faziam prementes, já que o CNAEE e a Divisão de Águas do DNPM não correspondiam a esse perfil. O Projeto de Lei nº 4.280, de 1954, autorizava a instituição da Eletrobrás, cujo capital inicial seria integralmente subscrito pelo Governo Federal e que ficaria responsável pela execução da programação do Plano Nacional de Eletrificação, atuando diretamente ou por meio de empresas subsidiárias ou a ela associadas.

O projeto não foi aprovado, permanecendo em discussão no Congresso Nacional por sete anos, entre outros motivos, devido à forte oposição das concessionárias estrangeiras à tendência crescente de intervenção estatal no setor.

Em 1952, o Conselho Nacional de Economia elaborou um anteprojeto, sugerindo o planejamento regional para a solução dos problemas do setor elétrico, com base no resultado dos estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais. Neste, a implementação do plano de eletrificação, concluído em julho de 1950, culminou na criação da Centrais Elétricas de Minas Gerais S.A. (CEMIG), que serviu de modelo para outros estados.

No Governo Juscelino Kubitschek, a industrialização se intensificou. O Plano de Metas, cujo lema era "cinquenta anos em cinco", objetivava a ampliação dos investimentos do Estado em setores de infra-estrutura, estimulando, porém, a participação do capital privado, inclusive estrangeiro. Os setores de energia e transportes contaram com 73% dos recursos do Plano; o setor de energia elétrica detinha cerca de 24% desse total. O Plano de Metas conseguiu realizar vários projetos, muitos dos quais elaborados pela CMBEU. Iniciou-se a instalação de duas grandes centrais hidrelétricas no Estado de Minas Gerais – Furnas e Três Marias – e prosseguiram as ampliações nas instalações de Paulo Afonso.

Mais uma vez foi levantada a questão tarifária, que permanecia sem solução. Tentativas de derrogação do princípio do custo histórico foram fadadas ao fracasso, enfrentando oposição por parte dos nacionalistas, que as consideravam como favorecimento aos grupos multinacionais. Em setembro de 1956, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de lei nº 1.898, elaborado pelo Grupo de Trabalho de Energia Elétrica (GTENE), em que o Presidente Juscelino atentava para a inadequação da legislação referente ao regime de concessões de energia elétrica. O projeto previa a correção monetária do custo histórico em função da variação do poder aquisitivo da moeda nacional, elevação de 10% para 12% anuais da taxa de remuneração, flexibilização na fixação das tarifas e mudanças no prazo de caducidade das concessões, substituindo os confiscos de bens por multas. O projeto não foi aprovado.

Em 1957, foi regulamentado o Código de Águas⁷⁸, que manteve em 10% a taxa de remuneração, mas assegurou às concessionárias maior flexibilidade em relação aos aumentos tarifários.

Na medida em que o setor elétrico ia crescendo, sua administração se tornava mais complexa, levando o governo JK a sancionar, em 22 de julho de 1960, a Lei nº 3.782, que criava o Ministério das Minas e Energia. Sua área de atuação abrangeria os assuntos relativos à produção mineral e à energia. O novo Ministério incorporou o CNAEE e o DNPM, além das empresas federais de geração de energia elétrica, como a CHESF.

Enquanto isso, prosseguia a discussão em torno da criação ou não da Eletrobrás. Em 25 de abril de 1961, o Presidente Jânio Quadros assinou a Lei nº 3.890-A que autorizava a constituição da Eletrobrás, definitivamente instalada em 11 de junho de 1962. A Eletrobrás foi criada para atuar como *holding* responsável pelo planejamento do setor elétrico, tarefa até então a cargo do BNDE, e pela administração do Fundo Federal de Eletrificação.

O período 1952-1962 foi marcado por aumento da participação das empresas públicas federais e estaduais, na geração e transmissão de energia elétrica, crescendo sua participação na capacidade instalada de 6,8% para 31,3%. Concomitantemente, diminuía a participação das empresas privadas, tendo a sua presença decrescido de 82,4% para 55,2%.

A primeira atividade da Eletrobrás foi participar da Comissão de Nacionalização das Empresas Concessionárias de Energia Elétrica, criada em maio de 1962, para estabelecer as empresas que passariam ao controle do Estado, bem como o pagamento das indenizações a partir da avaliação dos seus ativos, visando principalmente o grupo Amforp. Em 1959, o governo gaúcho encampara a Companhia de Energia Elétrica riograndense pelo preço simbólico de um cruzeiro, ocasionando crise entre Brasil e Estados Unidos. Após o movimento de 1964, foram compradas as

⁷⁸ pelo Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957.

empresas do grupo Amforp pelo valor de 135 milhões de dólares, a serem pagos em 45 anos, através da Lei nº 4.428.

Em 1965, foi transformada a Divisão de Águas do DNPM em Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), vinculado ao Ministério das Minas e Energia. O DNAE tornou-se o responsável pela execução do Código de Águas e da legislação para a fiscalização dos serviços de energia elétrica. A existência de dois órgãos com funções semelhantes, CNAEE e DNAE, gerou problemas no setor, resultando na transformação, em 1968, do DNAE em Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE)⁷⁹ e a extinção do CNAEE em 1969⁸⁰. O DNAEE ficou responsável pela outorga de concessões de aproveitamentos hidrelétricos e termelétricos e de prestação de serviços⁸¹.

Em 1967, a nova Constituição conferiu amplos poderes aos Estados. A preocupação do Governo Federal foi a Reforma Administrativa, sancionada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, focando melhorar as empresas públicas, inclusive o setor elétrico.

O Decreto nº 60.824, de 7 de junho de 1967, artigos 1º, 2º e 3º, atribuiu ao MME competência para elaborar, dirigir, coordenar e controlar programas no setor energético. No artigo 4º, coube à Eletrobrás providenciar para que as empresas sob seu controle fossem integradas em âmbito regional; no artigo 5º, ficou estabelecido que

(...) é recomendado aos Governos das unidades da federação que exerçam sua eventual função de concessionários de serviços de eletricidade através de uma só empresa de economia mista de âmbito estadual.

Estas medidas fortaleceram a Eletrobrás, que organizou suas quatro subsidiárias de âmbito regional: a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE), para operar na Região Norte e em parte da Região Centro-Oeste; a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF), para operar na Região Nordeste; FURNAS Centrais Elétricas S.A., para operar na Região Sudeste e em parte da Região Centro-

⁷⁹ pelo Decreto nº 63.951.

⁸⁰ Decreto-lei nº 689.

⁸¹ conforme Portaria nº 234, de 17 de fevereiro de 1977, artigo 13.

Oeste; e a Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. (ELETROSUL), para operar na Região Sul.

A década de 60 significou um período de grande expansão do setor elétrico com seu maior equilíbrio econômico-financeiro. A Lei nº 4.156, de 28 de novembro de 1962, instituiu o empréstimo compulsório e reformulou a cobrança do IUEE, protegendo este imposto da desvalorização ocasionada pela inflação. A lei estabeleceu ainda que o consumidor receberia obrigações da Eletrobrás resgatáveis em dez anos e com juros de 12% ao ano.

O problema das tarifas foi enfrentado por meio de dois decretos, de nº 54.936 e 54.937, ambos de 4 de novembro de 1964. O primeiro permitia a aplicação da correção monetária sobre os ativos imobilizados para avaliação do investimento a se remunerar; sobre as reservas para a depreciação e amortização; e sobre os saldos devedores de empréstimos contraídos junto ao BNDE e à Eletrobrás. O segundo regulamentou o Decreto-Lei nº 3.128, de 19 de março de 1941, padronizando o processo de tombamento dos bens e instalações vinculados aos serviços de energia elétrica e possibilitando a determinação do investimento remunerável, base do sistema tarifário do serviço-pelo-custo. Esses decretos permitiram o reajuste das tarifas de energia elétrica acima da inflação e conseqüentemente, ampliaram a capacidade de autofinanciamento do setor entre 1967 e 1973; a potência instalada cresceu de 8.042 MW para 15.354 MW e os recursos oriundos do Governo Federal ficaram bem abaixo dos gerados pelo próprio setor elétrico. Houve também maior participação dos governos estaduais no financiamento das empresas coligadas.

Nesse período, as empresas estaduais de energia elétrica se reorganizaram. Em 1966, o governo paulista incorporou as empresas Usinas Elétricas do Paranapanema S.A. (USELPA), a Companhia Hidrelétrica do Rio Pardo (CHERP), a Centrais Elétricas do Urubupungá S.A. (CELUSA), a Bandeirante de Eletricidade S.A. (BELSA), a Companhia de Melhoramentos de Paraibuna, e outras, em torno das Centrais Elétricas de São Paulo S.A. (CESP), facilitando uma política de expansão para o setor.

Em 1967, a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), do governo do Rio Grande do Sul, incorporou a Companhia Energia Elétrica Riograndense, e em 1968, a Pernambuco Tramways and Power Company Limited foi incorporada pela Companhia de Eletricidade de Pernambuco (CELPE). Ainda na década de 1960 foram organizadas as Centrais Elétricas do Pará S.A. (CELPA), Centrais Elétricas do Piauí S.A. (CEPISA), a Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba (SAELPA), 965 e a Companhia de Eletricidade do Ceará (COELCE), já em 1971.

Tudo isto significou um grande impulso do setor elétrico no Brasil, fortaleceu a Eletrobrás e culminou com a assinatura do Tratado de Itaipu, em 26 de abril de 1973, com o aproveitamento do potencial hidrelétrico do Salto de Sete Quedas, no Rio Paraná.

A crise do petróleo de 1973 levou à redução ainda maior da geração termelétrica, a qual representa hoje pouco mais de 5% da energia produzida no Brasil.

A Lei 8.631/93 eliminou a equalização tarifária e a remuneração garantida, e criou a obrigatoriedade da celebração de contratos de suprimento entre geradoras e distribuidoras. O Decreto nº 915, de setembro de 1993, permitiu a formação de consórcios de parceria entre empresas estatais (concessionárias) e a iniciativa privada (autoprodutores) para a construção de novas unidades geradoras.

A Lei das concessões nº 8.987, de fevereiro de 1995 complementada pela lei 9.074/95 (do regime concorrencial na licitação de concessões para projetos de geração e transmissão de energia elétrica), regulamentou o artigo 175 da Constituição de 1988 e cancelou concessões em casos de obras não iniciadas. O Decreto nº 1.717, de novembro do mesmo ano, estabeleceu normas de prorrogação de concessões de serviços públicos de energia elétrica: regulamentou a situação do produtor independente⁸² de energia elétrica e estabeleceu a possibilidade de os consumidores livres terem direito à contratação de energia elétrica por produção independente e, após cinco anos, de qualquer concessionário ou produtor de energia.

⁸² Sobre enquadramento legal da figura do produtor independente e autoprodutor de energia elétrica, bem como a distinção entre ambos, *vide* STUBER, W. D. **O financiamento...**, *op. cit.*

A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, republicada em 28 de dezembro de 1998, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), na qualidade de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, responsável pela regulação e fiscalização da produção, da transmissão, da distribuição e da comercialização de energia elétrica, dando-lhe uma relativa independência: autonomia decisória e financeira dos gestores, competência normativa, motivação técnica das decisões; fiscalização da qualidade dos serviços e universalização do atendimento. Extinguiu o órgão subordinado ao Ministério de Minas e Energia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), que fazia a regulação implícita das empresas de energia elétrica. Com essa lei, ficou criado o novo modelo institucional para gerir o sistema elétrico brasileiro.

Com a Lei 9.648/98, o governo tentou promover a cisão das demais empresas federais: três empresas de Furnas (duas geradoras e uma transmissora); quatro empresas da CHESF (três geradoras e uma transmissora); seis empresas da Eletronorte (duas geradoras isoladas, uma geradora que fornece para o sistema interligado – hidrelétrica de Tucuruí –, uma transmissora do sistema interligado e duas empresas integradas que atendem sistemas isolados). Estabeleceu que a licitação para construção de novas plantas de geração pode se dar por menor tarifa ou maior valor ofertado pela outorga e também melhor técnica. Estendeu o regime de produção independente para casos de privatização de empresa detentora de concessão de geração de energia elétrica.

2.2 Panorama da crise do setor energético: recursos naturais, consumo e racionamento

A energia elétrica é um dos principais componentes básicos para o desenvolvimento da sociedade em todos os seus aspectos (econômico, educacional, sanitário, lazer etc.). É impossível imaginar o mundo hodierno sem energia elétrica.

Como foi visto no item 2.1, há no Brasil um mal congênito na política e na legislação do setor elétrico brasileiro, que vem desde o início de sua história republicana. Desde os primeiros anos de uso da energia elétrica no Brasil, a situação

pode se resumir em uma frase: o governo nunca teve os recursos econômico-financeiros suficientes para investir no setor de modo a acompanhar o crescente consumo de energia elétrica, e nunca conseguiu definir as regras para que o setor privado o faça.

Em nosso País, o consumo de energia elétrica é de 2.000 KWh/ano por pessoa; não é dos mais baixos do mundo, mas nas estatísticas, fica atrás de muitos outros países⁸³. Sua posição no consumo per capita de energia elétrica no mundo é 82º lugar. Por ser baixo, o consumo de energia elétrica consegue crescer 5% ao ano, mesmo em períodos de estagnação econômica⁸⁴.

Convém atentar para o fato de que a tendência à escassez de energia elétrica não é exclusividade do Brasil. De um modo geral, o mundo todo está atravessando um período escassez de energia elétrica nunca antes observado, em primeiro lugar, pelo crescente uso da energia elétrica nas atividades, tanto para fins domésticos como comerciais e industriais, além da educação, saúde e lazer; em segundo lugar, nos últimos anos têm sido observadas alterações climáticas que fogem da expectativa meteorológica. Os apagões (*black out*) têm ocorrido em várias cidades do Estado da Califórnia, Estados Unidos, desde o final do ano passado.

Nos últimos vinte anos, e principalmente após a retomada do crescimento econômico ocorrido em meados da década passada, o crescimento da demanda de energia elétrica foi vertiginoso. Como agravante da situação, os regimes normais de chuva não aconteceram no final de 2000 e início de 2001 nas Regiões Sudeste, Nordeste e Centro-Oeste, reduzindo as reservas hidrológicas. Mesmo cientes do risco iminente, contudo, as autoridades do setor não investiram o necessário para acompanhar a evolução da demanda de energia que estava ocorrendo. Igualmente, não envidaram os esforços necessários no âmbito político para facilitar maior aporte de

⁸³ Vejamos alguns exemplos: Noruega 25.000; Canadá 16.000; Estados Unidos 12.500; Austrália 9.500; Bélgica 7.300; Emirados Árabes Unidos 6.500; França 6.600; Hong Kong 5.200; Irlanda 5.000; Rússia 4.800; Espanha 4.300; África do Sul 4.000; Portugal 3.600; Hungria 3.300; Polônia 3.200; Cazaquistão 3.150; Líbano 3.000; Venezuela 2.850; Croácia 2.800; Líbia 2.680; Malásia 2.600; Uruguai 2.400; Jamaica 2.350; Guiana Francesa 2.300; Romênia 2.200; Argentina 2.100.

recursos financeiros provenientes do setor privado para investimentos na área de geração e transmissão.

As precipitações pluviométricas que ocorreram normalmente nas regiões Norte e Sul estão sendo muito úteis para garantir a geração de energia elétrica nessas regiões. No entanto, as regiões sob racionamento não conseguem captar o máximo do potencial de geração de energia do Norte e Sul por não haver linhas de transmissão com capacidade para escoar toda a energia excedente. Similarmente à geração, houve falta de investimento na transmissão de energia elétrica.

Com a falta de sorte quanto à meteorologia, o governo instaurou um programa emergencial de racionamento de energia elétrica: alternativa paliativa, que leva a sociedade ao desconforto e ao descontentamento, além de ser extremamente prejudicial à, até há pouco, estabilidade econômica brasileira.

Em 22 de maio de 2001, o Presidente Fernando Henrique Cardoso reeditou a Medida Provisória nº 2.148-1, que “cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.”

Com essa medida, o governo implementa o plano de racionamento de energia, através do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica. Por meio desse programa, os consumidores residenciais serão obrigados a cumprir uma meta de redução do consumo de energia elétrica, estipulada conforme a quantidade de consumo, sob pena de sobretaxa e suspensão do fornecimento de energia elétrica. Esta medida, por sua vez, poderá acarretar prejuízos consideráveis aos destinatários do serviço público.

Ocorre que a execução da medida implica transgressão a vários princípios de Direito Administrativo atinentes aos serviços públicos, quais sejam: princípio da igualdade dos usuários (violado na aplicação de sobretaxas), princípio da continuidade do serviço público (violado nas hipóteses de suspensão do fornecimento de energia),

⁸⁴ Seria como acrescentar a metade de uma Usina como a de Itaipu por ano ao sistema energético brasileiro.

princípio da eficiência (violado na medida em que implica perda da qualidade do serviço prestado).⁸⁵

O sucesso do Plano de Racionamento, contudo, depende de condicionantes para que o país fique livre dos temidos apagões⁸⁶: a população precisa colaborar, economizando no mínimo a meta de 20%; durante o racionamento, tem que chover mais que 75% da média dos últimos setenta anos; o programa de termelétricas precisa começar imediatamente; as hidrelétricas devem estar interligadas; a geração deve ser privatizada. Ainda, o País precisa fomentar, intensificar e financiar, onde se verificar viabilidade e justificativa econômica, projetos de geração de energia elétrica a partir de fontes alternativas: co-geração, geração eólica, com a força das marés e dos ventos e com energia solar. A geração termo-nuclear, por não ser limpa e segura, deve ser a última alternativa⁸⁷.

Entretanto, ainda que a situação não chegue a um colapso total, as medidas de racionamento já estão causando prejuízos ao País, não apenas para a população como um todo, mas principalmente no setor industrial, com reflexos no mercado financeiro internacional.

2.3 Globalização da economia e privatização

A globalização da economia é um fenômeno mundial que teve origem no final da década de 80 e início da década passada. A partir da maior facilidade de comunicação e conseqüentemente de comercialização entre as nações e os povos (telefonía, fax, internet, intercâmbio cultural etc.), iniciou-se uma corrida desenfreada a essa filosofia comercial. Baseada no fato de que, dependendo dos recursos naturais

⁸⁵ Uma sugestão de um dos ministros do STF seria decretação de estado de defesa ao invés de medida provisória, pois assim, ao menos, o ato teria de ser submetido ao Congresso (de acordo com o art. 136, § 4º, Constituição). A decretação do estado de defesa serve para restabelecer a ordem pública atingida por calamidades. Não seria a solução perfeita, pois o ideal era não ter chegado onde chegou. Diante de uma situação de estado de defesa, o Presidente tem 24 horas para submeter o decreto ao Congresso e este tem dez dias para apreciá-lo. Passando pelo Congresso, há, ao menos, a aplicação do sistema de pesos e contrapesos, o controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo e a expressão indireta da vontade do povo.

⁸⁶ Revista Veja, Edição 1.704, ano 34, n.º 23, Editora Abril, de 13 de junho de 2001, p. 41.

⁸⁷ Afinal, o mundo ainda se lembra, estarrecido, dos acidentes nucleares de *Three Miles Island* e *Chernobill*.

de uma determinada região do globo terrestre ou de um determinado país e da vocação científica, técnica e comercial de seus cidadãos, podem ser obtidos produtos e serviços a custos mais baixos, com mais alta qualidade e dentro de menores prazos, acessíveis aos cidadãos de outros países e regiões, a globalização rapidamente se alastrou por quase todos os países, principalmente os desenvolvidos, seguidos pelos países em desenvolvimento⁸⁸.

O Brasil, em contrapartida ao seu atraso econômico e sócio-cultural, é um país riquíssimo em recursos naturais, ainda pouco conhecidos e explorados. Contudo, faltam recursos financeiros para a exploração dessas riquezas, ou mesmo tecnologia para desenvolvê-las e mercado consumidor. Para suprir tais desfalques, o País decidiu ingressar numa política de globalização econômica.

No setor energético, até 1998 a Administração Pública detinha quase a totalidade da geração, transmissão e distribuição de energia elétrica através de empresas estatais estaduais e federais criadas para esse fim, controladas pela Eletrobrás⁸⁹. Poucas empresas do setor privado participavam da geração a partir de térmicas e hidrelétricas. A iniciativa era motivada ora pela distância que ficavam suas unidades industriais dos centros de distribuição, ora devido à atratividade econômico-financeira da atividade devido a recursos hidrológicos favoráveis próximos às suas unidades industriais. No entanto, o montante de energia elétrica produzido por particulares costumava ser extremamente tímido.

⁸⁸ Como exemplo, citemos o mercado da informática. Até o final dos anos 80, o Brasil se arrastava para desenvolver tecnologia própria para a fabricação e montagem de computadores, enquanto os países que desenvolvem tecnologia em massa estavam em um patamar muito acima do nosso. Empresas brasileiras pioneiras e com alto grau de motivação fizeram esforços louváveis e até, reconhecamos, conseguiram progressos no desenvolvimento de máquinas para o setor de informática com tecnologia *developed in home*. No entanto, quando comparadas com aquelas desenvolvidas e fabricadas no primeiro mundo, verificava-se que eram tecnologias precárias. A informática evoluiu fantasticamente no Brasil quando foi removida a condição de Reserva de Mercado e aberto o Mercado Brasileiro para a importação de computadores de alta velocidade de resolução e de grandes capacidades de memórias. Hoje, empresas brasileiras e cidadãos brasileiros não se envergonham das empresas e cidadãos dos países desenvolvidos nesse setor.

⁸⁹ *Vide supra*, Capítulo II, item 2.1.

Vários fatores de ordem política⁹⁰ levaram o governo federal ao início do processo de privatização do setor. O objetivo inicial foi transferir a execução da atividade para empresas com vocação e especialização em energia elétrica, começando pela distribuição. Isso ocorreu antes do surgimento da ANEEL e do surgimento do arcabouço regulatório⁹¹. A partir da distribuição, gradativamente seriam transferidas a geração e a transmissão.

O processo de privatização foi efetivamente instaurado com a Lei nº 9.074/95, que cria a figura dos produtores independentes de energia elétrica. A partir de então dá-se início à desestatização das empresas geradoras. Com a venda das estatais ao setor privado, abre-se o mercado para novas prestadoras, que atuarão sob o regime de concorrência, expandindo o setor, o que implicaria, ao menos teoricamente, melhoria nos preços e na qualidade do serviço.

Segundo Marcos Augusto Perez, "privatizar não consiste, unicamente, em desestatizar. Consiste na utilização de diversos instrumentos de remodelação de sua atuação agrupados basicamente em quatro grupos: (a) Desregulamentação⁹²; (b) Desestatização; (c) Técnicas de delegação e colaboração e (d) Mecanismos de gestão privada."

Logo, o processo de privatização do setor energético é mais complexo que simplesmente "vender" as empresas estatais prestadoras do serviço público. Envolve também uma série de cuidados para que se garanta a eficiência na prestação do serviço, o que será melhor aprofundado no capítulo subsequente.

⁹⁰ Não será discutido, no presente estudo, a conveniência ou a oportunidade das privatizações, pois além de desviar o foco de análise para uma discussão eminentemente política, o ponto de partida seria sempre ideológico e não jurídico, e a conclusão inútil. A análise será feita, portanto, partindo da premissa real de que o processo de privatização – das empresas, frise-se, não dos serviços – já está em curso, de modo que a utilidade do trabalho resta em averiguar como conciliar esse processo com a preservação do interesse público.

⁹¹ *Vide*, a respeito, SUNDFELD, C. A. **Serviços públicos e regulação estatal...** In: *Direito Administrativo Econômico*, *op. cit.*, p. 20.

⁹² O que entendemos tratar-se de re-regulamentação. *Vide infra* item 3.3.

CAPÍTULO III – SITUAÇÃO JURÍDICA DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO

3.1 Necessidade de desenvolvimento de alternativas energéticas

Quando Thomas Edison inventou a lâmpada incandescente, disse que no futuro cada pessoa poderia produzir sua própria energia elétrica para acender suas próprias lâmpadas. Edison estava certo, pois várias são as formas de obtenção de energia elétrica, e a individualidade na produção fica cada vez mais perto de se tornar realidade. Não a curto prazo, mas é um processo que tende a se concretizar.

A tecnologia moderna já permite a captação da radiação solar em placas fotovoltaicas, que transformam a energia radiante em energia elétrica, que é armazenada em baterias para posterior uso. Ainda não é um processo economicamente competitivo de geração de energia, como as tecnologias convencionais, mas com as crescentes dificuldades destas, tenderá a sê-lo. Ademais, a radiação solar uma fonte energética totalmente limpa, renovável e inesgotável, e no Brasil, abundante, principalmente na medida que se aproxima da linha do equador.

O custo de construção de hidrelétricas e o prazo para sua implantação são, dentre as alternativas de geração de energia elétrica mais comumente utilizadas, respectivamente, o mais alto e o mais longo. Todavia, seu custo operacional é baixo. Por outro lado, uma alternativa de atratividade econômica cada vez mais crescente no Brasil é a das termelétricas, em função dos acordos comerciais existentes entre o Brasil e a Bolívia para fornecimento de gás natural e pelo aproveitamento do *tail gas*⁹³ das Refinarias de petróleo. O custo e o prazo para implantação são menores do que o das hidrelétricas, no entanto seu custo operacional é mais alto.

Outra alternativa, ainda de menor porte, mas de crescente viabilidade técnica e

⁹³ *Tail gas* é um gás que toda refinaria de petróleo elimina pela chaminé durante o processo de refino e craqueamento do petróleo. Como o gás não pode ser eliminado tal e qual, as refinarias queimam este gás na ponta da chaminé. Mais recentemente, este gás tem sido aproveitado em indústrias que ficam perto das refinarias para diversas aplicações, como secagem de materiais e produtos das indústrias e inclusive para geração de energia elétrica. *Tail gas* significa, literalmente, gás da cauda ou gás do rabo (da refinaria).

econômica, e de altíssimo potencial envolve as figuras do produtor independente e do autoprodutor, que produzem e comercializam energia elétrica proveniente de fontes térmicas, subprodutos de processos industriais, e em grande parte no que concerne à Indústria Sucro-Alcooleira. A palha dos canaviais ainda é queimada no campo, antes da colheita da cana, sendo esta realizada por empregados que trabalham em condições subumanas – os chamados bóias-frias. Contudo, já há maquinários adequados para recolher a palha, e levá-la para a queima em usinas termelétricas, sem que seja necessária sua queima em campo aberto. Desta forma, é possível gerar energia a partir da queima da palha.

O mundo todo tem se voltado para a solução do problema do desenvolvimento de alternativas energéticas com mínimos impactos sobre o meio ambiente. O Brasil tem estado no centro de algumas das maiores discussões sobre os impactos ambientais⁹⁴, principalmente no que diz respeito à degradação da Amazônia. As preocupações de ambientalistas de todo o mundo em relação à Amazônia e ao uso da energia no Brasil têm origem em fatos importantes da nossa matriz energética, pois o sistema elétrico nacional é predominantemente hidrelétrico.

A preocupação maior reside no fato que, dentre as grandes bacias que abastecem o sistema brasileiro, as duas principais são as dos rios Paraná e São Francisco. Mais de 80% do potencial nacional em operação ou construção encontra-se nestas duas bacias, próximas às regiões de maior consumo de energia. Entretanto, do potencial a ser explorado a médio e longo prazo, as duas bacias contribuem com apenas 18% do total, isto é, as bacias próximas aos grandes centros consumidores estão esgotando o seu potencial gerador. A Amazônia, no entanto, apesar de participar

⁹⁴ Na construção de hidrelétricas, alguns desses impactos são: submersão de áreas de refúgio da fauna, perda de matas ciliares e tropicais, contaminação de aquíferos, geração de águas estagnadas, inundação de solos agricultáveis, inundação de áreas de exploração para cerâmicas e olarias, remoção de populações, inclusive indígenas, aumento de doenças de veiculação hídrica e perda de patrimônio cultural. Enquanto atualmente temos uma inundação de cerca de 92,0 km²/TWh, com a entrada em operação do potencial norte este número subiria para 159 km²/TWh, fato derivado do próprio relevo da região.

atualmente com menos de 1% da geração hidrelétrica no país, possui 54% do potencial a ser explorado a médio e longo prazo⁹⁵.

Como conseqüências do efeito das emissões atmosféricas, inclusive diretamente na saúde humana, estão o aumento do nível dos oceanos e enormes perdas de safras agrícolas, além do possível aquecimento do globo terrestre. A produção de energia através de combustíveis fósseis e biomassa é a maior responsável pelo aumento do nível de emissões no mundo, principalmente o gás carbônico (CO₂).⁹⁶

Enfim, pode ser mais rentável gastar com conservação de energia elétrica do que com a expansão dos sistemas elétricos. Na reestruturação do setor elétrico brasileiro, a conservação de energia será um instrumento para uma ação comercial vigorosa, bem como para gestão empresarial, dentro de um conceito de planejamento integral de recursos. E, para tanto, o desenvolvimento de técnicas de geração de energia elétrica através da energia solar trará uma grande contribuição⁹⁷.

3.2 Participação das estrangeiras na privatização

A espanhola *Unión Fenosa*⁹⁸ e a inglesa *Bechtel* estão se instalando no Brasil, enquanto a franco-inglesa *Gec Alstom* planeja ampliar sua atuação no setor elétrico participando das privatizações das companhias do setor. A chegada da *Unión Fenosa*

⁹⁵ Recentemente o Banco Mundial pediu desculpas oficialmente por financiar projetos ambientalmente incorretos na Amazônia. Esse fato é um sinalizador de que os enormes recursos destinados a novas hidrelétricas na Amazônia podem ficar escassos. Outros fatos colaboram para esta análise: a hidrelétrica de Balbina produz, devido à emissão de metano na degradação da massa florestal inundada, um efeito similar para o efeito estufa a uma usina termelétrica de mesma capacidade. Agrava-se a situação quando, descartando-se o potencial da região amazônica, vê-se que o horizonte do potencial hidrelétrico competitivo e ambientalmente viável do Brasil indica, como limite, pouco mais de dez anos! Sobre o assunto *vide* FELIX, Márcio. *In Colapso energético e alternativa solar*, capturado no site <http://unionfix.vila.bol.com.br/geral.htm>.

⁹⁶ *Idem ibidem*.

⁹⁷ Sobre novas propostas de alternativas para desenvolvimento do setor energético, *vide infra*, Anexo II, em que são traçadas algumas considerações sobre como implementar o setor.

⁹⁸ A *Unión Fenosa* é a segunda maior concessionária de eletricidade da Espanha, onde tem ativos de aproximadamente US\$ 10 bilhões e vendas anuais de US\$ 3 bilhões. Atua tanto no setor de geração quanto de distribuição elétrica. Seus 5.000 MW de capacidade instalada atendem a aproximadamente 2,8 milhões de usuários. Cerca de 1/3 de sua capacidade é de geração termelétrica.

se dá no mesmo momento em que a inglesa *Betchel*⁹⁹ já começou a instalar representações no Rio e em São Paulo.

A *Ibersis*, pretende atuar desde consultoria à operação de plantas elétricas, e tem quase certos seus primeiros alvos, as três elétricas paulistas, Furnas e alguma(s) das seis empresas estaduais que, segundo o BNDES, serão privatizadas, principalmente a *Coelba*.

A *Gec Alstom do Brasil*, hoje conhecida por Mecânica Pesada, está mudando de razão social com o objetivo de firmar ainda mais sua marca no mercado brasileiro. Sem definir especificamente quais são seus planos, a empresa revela que vai atuar incisivamente no setor elétrico. A holding *Gec Alstom* atua principalmente nas áreas de transporte ferroviário e de geração e distribuição de eletricidade, com associações até com capitais estatais na China. Fruto da *joint venture* da *General Electric* inglesa e da francesa *Alcatel Alstom*, fatura cerca de US\$ 9 bilhões por ano. A *Gec Alstom do Brasil*, que desfez a sociedade com a *Cegelec*, ganhou recentemente mais espaço dentro da holding e deve tomar parte na série de privatizações que os governos federal e estaduais prometem realizar.

A *Garabi* binacional pretende atuar no Brasil como produtor independente de energia. A Eletrobrás pretende licitar um produtor independente de energia para construir e operar uma hidrelétrica a ser construída no Rio Iguaçu, na fronteira com a Argentina. No setor elétrico, este será o primeiro grande empreendimento a ser totalmente conduzido pelo que a Eletrobrás classifica de "capitais privados de risco", ou seja, um produtor independente de energia assumir integralmente o risco de um investimento tão grande. Ainda não há cálculos oficiais sobre os prováveis custos da construção da *Garabi*, mas estima-se que outras hidrelétricas com potencial semelhante (cerca de 1500 MW) custariam em torno de US\$ 2,25 bilhões. A Eletrobrás calcula que as modificações no Estudo de Impacto Ambiental – EIA estejam prontas em breve. O passo seguinte será conseguir as Licenças Ambientais – tanto no Brasil quanto na Argentina – e adequar os detalhes de engenharia à legislação

⁹⁹ A *Betchel* tem negócios elétricos na Europa e em vários países da Ásia.

dos dois países. *Garabi* é parte do Protocolo de Intenções assinado em 9 de abril de 1996, que prevê a interconexão energética dos dois países¹⁰⁰.

Outras gigantes internacionais já desembarcaram no Brasil: *Enron, Duke, AES, El Paso e EDF*¹⁰¹. Para investir mais, só aguardam regulamentação mais precisa e favorável.

3.3 Da falta de regulamentação precisa como garantia para novos investimentos

Indefinições e incertezas provocadas pelas novas regulações fizeram com que os investimentos em geração não ocorressem no volume necessário para garantir a expansão do sistema.

Marcos Augusto Perez propõe a elaboração de uma legislação específica para sistematizar o regime jurídico das privatizações, no intuito de focalizar os objetivos para uma reforma da Administração Pública. Uma legislação que "defina, em nome da nação, os institutos e o perfil da privatização brasileira". Para o autor, "a inércia do Legislativo, omitindo-se quanto à edição de uma Lei de privatizações, pode vir a nos custar muito caro num futuro breve. Pode nos levar não à reforma da Administração Pública e à sua adaptação às exigências sociais contemporâneas, não à privatização, não à conquista plena do **Estado Social e Democrático de Direito** programatizado pela Constituição Federal, mas, sim, e tão somente, à torpe dilapidação do patrimônio público".¹⁰²

O setor energético brasileiro vem sofrendo um processo de reformas, que por sua vez, tem encontrado dificuldades políticas e institucionais, principalmente no que diz respeito à privatização. Visa-se introduzir competição na geração e comercialização de energia elétrica, mas não há um modelo precisamente definido

¹⁰⁰ Vide a respeito FELIX, Márcio. In *Colapso...*, capturado no site <http://unionfix.vila.bol.com.br/geral.htm>.

¹⁰¹ Revista VEJA de 13 de junho de 2001, edição 1704, ano 34, número 23, editora Abril. A AES Corporation é uma empresa americana de distribuição de energia que atende a 113 municípios da região centro-oeste do Rio Grande do Sul. No Brasil, seu nome é AES SUL. Maiores informações no site www.aessul.com.br/aes_sul.htm. A EDF - Electricité de France - é uma empresa francesa que distribui energia no Rio de Janeiro. Maiores informações no site www.emtemporeal.com.br/cdiee/edf.htm.

¹⁰² PEREZ, M. A. *Privatização e contrato...*, *op. cit.*, p.1041 e 1042.

para que os investidores saibam exatamente em que condições serão prestados os serviços.

As reformas devem servir para reduzir custos de produção, aumentar eficiência energética, propor alternativas para diminuir riscos ambientais e encontrar respostas às necessidades de expansão dos sistemas elétricos, tudo isso precisamente definido, assegurando o interesse público na prestação do serviço.

No intuito de estabelecer um modelo compatível com a política de privatização do setor energético, o Governo Federal contratou a consultoria internacional *Coopers & Lybrand*¹⁰³. Entretanto, ao transplantar um modelo de privatização internacional, faz-se mister adequar as diferentes realidades constitucionais, mormente ao se aplicar no Brasil, um país regido pelo chamado *civil law*, modelos importados de países em que a privatização se deu com sucesso, mas cujo sistema é regido pelo chamado *common law*.

A primeira proposta oferecida pela consulta, *e.g.*, é o fim do regime de serviço público para a atividade de geração, o que seria absolutamente incompatível com a Constituição vigente, que caracteriza os serviços de energia elétrica como exclusivamente públicos, conforme se demonstrará no próximo item¹⁰⁴.

Entretanto, é fato que o setor energético carece de investimentos, mas as estatais não investiram por falta de dinheiro, e quem tem dinheiro, não investiu por falta de regras claras em relação aos riscos dos investimentos.¹⁰⁵

A capacidade energética elétrica do país hoje é de 70.000 *megawatts*. Segundo técnicos do setor, o País necessitará de pelo menos 107.000 *megawatts* até o final desta década. Isso significa que serão necessários algo em torno de 84 bilhões de reais que devem ser empregados na geração, transmissão e distribuição, conforme cálculos do

¹⁰³ *Vide infra*, Anexo I, em que consta um resumo do relatório da consulta, elaborado por José Cláudio Linhares Pires, assessor da FNU/CUT, cujo texto foi capturado no *site* www.fnucut.org.br/enel/enelan.htm.

¹⁰⁴ *Vide infra*, Capítulo III, item 3.4.

¹⁰⁵ Revista EXAME de 30 de maio de 2001, edição 741, ano 35, n.º 11, p. 37.

Ministério das Minas e Energia. Esse dinheiro o governo não tem e não terá. Mas o setor privado tem.¹⁰⁶

Para viabilizar a recuperação do setor de energia, não há alternativa, senão a privatização das empresas prestadoras do serviço, não apenas das distribuidoras, como tem ocorrido, mas também das geradoras. Ao Estado caberia o papel de agente regulador do setor, além de manter a titularidade do serviço público, o que garante a preservação do regime de direito público.

Decisões no setor elétrico costumavam ser centralizadas, principalmente com a criação da Eletrobrás¹⁰⁷, que assumiu as funções de coordenação do planejamento e da operação. De agente financeiro, transformou-se em holding das quatro geradoras federais – Furnas, Chesf, Eletronorte, e Eletrosul – responsáveis por 50% da energia gerada no País. Com o novo modelo institucional, o governo vem empregando, embora timidamente, os mecanismos adequados de estímulo à entrada de empreendedores privados na geração, transmissão e comercialização; e por outro lado, permitindo a livre escolha de fornecimento de energia por parte dos grandes consumidores. É preciso conciliar ambiente competitivo com manutenção do serviço público. De qualquer forma, o setor elétrico do Brasil necessita de expansão imediata.

A Lei 8.631, de 04 de março de 1993, foi o primeiro marco significativo da reestruturação do setor elétrico brasileiro. Ela extinguiu o regime de remuneração garantida, estabeleceu regras para fixação de níveis de tarifas e abriu espaço para todo o processo que se seguiu, cabendo registrar entre outros: Produtor Independente de Energia - PIE, Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica - SINTREL e segregação de custos de produção e transmissão nas grandes geradoras nacionais.

A partir da Lei 8.631 e da oficialização do Produtor Independente de Energia - PIE, foram criadas condições efetivas para que o capital privado assumisse papel

¹⁰⁶ *Idem ibidem*, p. 51.

¹⁰⁷ Em 25 de abril de 1961, o Presidente Jânio Quadros assinou a Lei nº 3.890-A que autorizava o governo federal a constituir a Eletrobrás. A empresa só foi definitivamente instalada, entretanto, em 11 de junho de 1962, após estudos realizados por grupo de trabalho formado especialmente para promover a organização da empresa. *Vide supra*, Capítulo II, item 2.1, e Revista VEJA de 13 de junho de 2001, edição 1704, ano 34, número 23, editora Abril.

importante na expansão dos sistemas de geração de energia elétrica. Mais uma vez esta participação independe de conotação ideológica – empresa estatal *versus* empresa privada. Ela é resultante da imperiosa necessidade de realizar a expansão e da constatação de que o "caixa" do Estado Brasileiro estava e ainda está exaurido, incapaz de assumir os investimentos necessários.

A Constituição prevê, em seu artigo 175, parágrafo único, IV, a obrigação de manter serviço adequado. Juarez Freitas define serviço adequado como sendo "aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas."¹⁰⁸

E quem deve garantir a eficiência¹⁰⁹ da prestação do serviço é o próprio Estado (seu titular) que, para tanto, lança mão da atividade de polícia administrativa, fiscalizando e regulamentando a prestação do serviço pelo particular.

Entende Marcos Augusto Perez que: "O objetivo da 'privatização' é o de remodelar os instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a atualizá-la às exigências do sistema capitalista na fase em que hoje se encontra. (...) Fala-se dessa forma, em desregulamentação primordialmente no sentido de se referir ao abrandamento e à redução desse poder regulamentar do Estado, de modo a propiciar uma maior competitividade entre os agentes privados."¹¹⁰ Todavia, complementa seu raciocínio dizendo que "a desregulamentação não constitui o afastamento total do Poder Público dessas atividades. Conforme já se disse, o Estado não deixa de intervir no domínio econômico, simplesmente altera a intensidade e o modo de atuação dessa intervenção, privilegiando, no caso, as formas de **fiscalização e fomento** à competição. Deve o Estado, portanto, regulamentar a concorrência dos agentes privados, impedindo a formação de cartéis e monopólios. Deve o Estado velar pela

¹⁰⁸ FREITAS, J. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁹ Entendendo eficiência, aqui, como qualidade do serviço e tarifas compatíveis com a capacidade contributiva dos utentes.

¹¹⁰ PEREZ, M. A. *Privatização e reforma...*, *op. cit.*, p. 357.

conformação da empresa privada à sua função social, à preservação do meio ambiente, à redução das desigualdades sociais, à política de emprego."¹¹¹

Todavia, isso não é desregulamentação, propriamente, e sim de "re-regulamentação."¹¹² Afinal, a atividade de prestação de serviço de energia elétrica por empresa privada deve estar devidamente regulamentada pelo Poder Público, com regras claras e precisas, a fim de se garantir a consecução do interesse público. Desregulamentação, ou flexibilização, é uma maneira de se retirar segurança jurídica, tanto da iniciativa privada quanto da população.

A energia elétrica, nas diversas atividades humanas é, mais do que nunca, uma necessidade pública premente. Não deve o Estado simplesmente cominar a prestação do serviço de energia elétrica ao particular e livrar-se dessa obrigação. É nesse sentido que, principalmente nesse período de transição, em que a prestação do serviço passa a ser executada por particular, faz-se mister que se desenvolvam mecanismos eficazes de fiscalização e regulamentação da atividade, de modo a se garantir a prevalência do interesse público. Ou seja, ainda que a prestação de energia elétrica continue sendo serviço público, o que por si só já deveria garantir a eficiência do serviço, por conta dos princípios de direito público que lhe são inerentes, é preciso que haja fiscalização e regulamentação da atividade, por parte do Estado, através da polícia administrativa¹¹³.

A regulamentação, no entanto, deve estabelecer regras claras para a prestação do serviço, garantindo, de um lado, maior segurança e estabilidade ao particular investidor e, de outro lado, a qualidade do serviço prestado, com prevalência do

¹¹¹ *Idem ibidem*, p. 359.

¹¹² Conforme doutrina francesa, em especial Chevallier (*apud* PEREZ, M. A. **Privatização e reforma...**, nota de rodapé 15): "(...) *La déréglementation est souvent assortie d'un mouvement compensatoire de re-réglementation, qui déduit d'autant son impact concret: le retour aux disciplines du marché est ainsi généralement accompagné d'une réglementation plus stricte de la concurrence, destinée à éviter les possibles dérapages ou distorsions; et, de même, la fin des monopoles publics se double souvent de la mise sur pied de nouveaux dispositifs d'encadrement de l'initiative privée. Par ailleurs la réduction du nombre des règlements peut être compensée par l'apparition de nouvelles normes d'origine jurisprudentielle: comme le montre l'exemple américain, la déréglementation aboutit fréquemment à une juridictionnalisation, qui n'est en fin de compte qu'un déplacement du support de la régulation para la voie juridique.*"

¹¹³ Sobre a atividade de polícia administrativa, *vide supra* Capítulo I, item 1.1.

interesse público.

Cumpra realçar que interesse público não significa interesse da Administração Pública, mas de toda a sociedade. Esclarece Eros Roberto Grau, com base na doutrina italiana, que:

Os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são, qual ensina RENATO ALESSI, simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que fazem sentir no seio da coletividade é que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário."¹¹⁴

Nesse sentido, o princípio da prevalência do interesse público, que remete diretamente à finalidade pública, elemento vinculado de toda e qualquer atuação da Administração, pode e deve ser apreciado e controlado pelo Poder Judiciário, sendo possível a sua provocação pela própria sociedade quando da má qualidade da prestação do serviço, através de Ação Popular ou mesmo do Mandado de Segurança, dependendo do caso concreto.

Para Marçal Justen Filho,

O processo de privatização não pode retratar-se na ausência de defesa de interesses coletivos ou na eliminação dos instrumentos de repressão e promoção inerentes à realização dos valores básicos da democracia. (...) Os projetos de redução das atividades estatais não afetam as garantias constitucionais acerca de um Estado Democrático de Direito. Ademais, todas as modalidades de 'privatização' devem ser consideradas como instrumento de realização de valores constitucionais. Somente poderão ser admitidas quando importarem a realização mais satisfatória e adequada dos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado brasileiro. (...) Impõe-se que o particular, ao operar o serviço público, consagre alternativas ainda mais satisfatórias no tocante à realização dos valores fundamentais. (...) A concessão do serviço público não consiste apenas em uma modalidade economicamente mais vantajosa de prestar utilidades à comunidade. Tem de ser enfocada como instrumento político de realização do Estado Democrático de Direito. Essas considerações têm de ser adotadas, igualmente, na própria interpretação das leis disciplinadoras do tema.¹¹⁵

Como garantia da prevalência do interesse público no processo de privatização, Juarez Freitas propõe o reforço da fiscalização. Observa o autor que:

¹¹⁴ GRAU, E. R. *Concessionária...*, *op. cit.*, p. 352.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, M. *Concessão...*, *op. cit.*, p. 644 e 645.

Certo, o Estado brasileiro precisa ser cautelosa e idoneamente, redesenhado, mais por força dos imperativos da realidade do que por motivações de cunho ideológico. Inegável, outrossim, que tal reformatação deve ser feita sem que se extravie a sua funcionalidade, sobretudo, a fiscalizatória, indispensável para garantir o caráter público de determinados serviços. Impende pôr em realce que, seu modelo de Estado intervencionista - direto, pesado e ineficiente - cede lugar a um outro que se quer mais regulador, não menos evidente a manutenção do portentoso desafio de ser eficaz e jamais omisso nesta nova empresa.¹¹⁶ E adiante, enfatiza que "para além das disputas ideológicas (...), as ações públicas têm que ser reinventadas (...), para não desperdiçar o que há de mais rico, nobre e fecundo na tradição publicista ocidental."^{117 e 118}

Bem observa Marcos Augusto Perez que "os países que trilharam o caminho da privatização o fizeram com os olhos voltados para seus problemas estruturais, para sua própria realidade. Desestatizar por desestatizar, ou, simplesmente para obter parcas receitas para o erário, constitui o mesmo que andar à esmo em floresta fechada ou em terreno desconhecido. Chega-se ao pântano ou ao abismo."¹¹⁹

Assim, com a privatização, o Estado deve regulamentar e fiscalizar a prestação do serviço, de modo a apresentar garantias: primeiro, à sociedade, aos usuários do serviço, assegurando a prevalência do interesse público e a consecução do bem comum, o que significa que a empresa privada estará comprometida com a continuidade do serviço, com a sua qualidade, e com a manutenção de preços coerentes com o mercado; segundo, ao investidor, que não perderá seu investimento e seu mercado devido a uma mudança de política do Estado.

As atividades de fiscalização e regulamentação do serviço público no processo de privatização têm sido desenvolvidas através das chamadas agências reguladoras, modelo importado do sistema anglo-saxão, que deve ser aplicado no País com as devidas adaptações. Por exemplo, a atividade de prestação de energia elétrica, ainda que gerida por particular e sujeita a ingerência da atividade fiscalizatória do Estado, permanecerá submetida ao regime de direito público, sendo, portanto, um serviço público – concedido ou permitido, jamais simplesmente autorizado.

Foi então que a Lei nº 9.427/95 criou a primeira agência reguladora do Brasil, a

¹¹⁶ *Idem ibidem*, p. 36 e 37.

¹¹⁷ *Idem ibidem*, p. 38 e 39.

¹¹⁸ Sobre o assunto, *vide* David Osborne e Ted Gaebler, *in Reinventando o Governo*, trad. de Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Jr., Brasília, MH Comunicação, 1994.

¹¹⁹ PEREZ, M. A. *Privatização e reforma...*, *op. cit.* p. 364.

Agência Reguladora de Energia Elétrica – ANEEL¹²⁰.

3.4 Garantia do serviço público de energia elétrica, ainda que prestado por particular

Vimos que o provimento de energia, mesmo que prestado por empresa particular sob o regime de concessão, não deixará de ser um serviço público, o que implica uma série de princípios inerentes ao regime jurídico de direito público ao qual está submetida a atuação estatal. Contudo, é imprescindível que se garanta à população a eficiência da prestação do serviço de energia elétrica nesse processo de privatização – que nada mais é que a concessão de serviço público propriamente dita (já que, como vimos¹²¹, a concessão a empresa estatal concessão não é, propriamente, mas mera delegação do serviço).

Contudo, no processo de privatização devem ser observadas algumas questões fundamentais, para que não se perca de vista a sua constitucionalidade e, conseqüentemente, a sua justeza.

Como já foi tratado no Capítulo I, serviço público é atividade típica do Estado, prestado diretamente, através de seus órgãos, ou indiretamente, através de concessionários ou permissionários.

Identifica-se uma atividade como sendo serviço público sempre que o Estado, direta ou indiretamente, prestar um serviço qualificado por lei como público, incidindo, pois, sobre tal atividade, o regime jurídico de direito administrativo. São atividades prestadas pelo Poder Público, incorporadas na lei aos fins do Estado, ainda que a prestação de tal atividade seja executada por particular. Estes serviços públicos, não exclusivos, tendem a ser privatizados, na medida em que a sociedade e o mercado evolua, a ponto de, por si só, apresentar capacidade tanto para prestar o serviço como para consumi-lo.

¹²⁰ Por opção metodológica de delimitação do assunto, não trataremos, neste trabalho, do estudo acerca dessas agência e da sua eficácia.

¹²¹ *Vide supra*, Capítulo I, item 1.3.

Atualmente, muitos serviços ainda são prestados sob o regime de direito público devido a diversos fatores, tais como: i) incapacidade da sociedade de prestar os serviços (por envolver muito investimento ou não ser economicamente interessante para a iniciativa privada); ou, por outro lado, ii) incapacidade da população de ser utilitária de serviços prestados por particular, por serem em geral mais caros (como acontece com o serviço de saúde, educação etc.), devendo o Estado vir a socorro dessa parcela da população, garantindo a satisfação da necessidade; ou até mesmo iii) pelo interesse político que o Estado porventura tenha sobre o controle de determinadas atividades (como no caso do serviço de telecomunicações).

É possível, no entanto, que essa mesma atividade seja prestada por particular, com titularidade e execução privadas, mas devido à sua essencialidade e importância para a coletividade, estar sujeita a regulação e fiscalização maior pelo Estado, através da polícia administrativa: trata-se, neste caso, de atividade econômica, submetida ao regime jurídico de direito privado. Um serviço privado, portanto. Tais atividades são denominadas por alguns autores como sendo serviço público impróprio: na verdade são atividades privadas sujeitas à maior ingerência da atividade de polícia administrativa. Logo, não são serviços *públicos* impróprios, tampouco serviços *públicos* autorizados, porque públicos não são. Nesse sentido, a autorização de serviço público não é uma forma de transferência, à iniciativa privada, da execução do serviço, pelo Estado, seu titular. Aqui, a atividade é prestada por particular, não há titularidade estatal: não se trata de serviço público, mas de atividade eminentemente privada, submetida ao regime jurídico próprio, apenas autorizada pelo Poder Público¹²².

Contudo, há certas atividades que por opção política foram tipificadas como serviço público em caráter de exclusividade, ou seja, independente de serem prestadas por particular, essas atividades serão *sempre* consideradas serviço público, e conseqüentemente incidirá sobre elas o regime jurídico de direito público. São as atividades descritas no artigo 21 da Constituição da República.

¹²² Vide *supra*, Capítulo I, item 1.2 e 1.3, nota de rodapé 35.

Tais atividades serão sempre prestadas pelo Poder Público, diretamente ou indiretamente (mediante concessão ou permissão), em conformidade com o artigo 175 da Carta Constitucional, que assim determina:

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

No caso específico da prestação de energia elétrica, assim dispõe o artigo 21, inciso XII:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Sendo serviço público exclusivo, os serviços de energia elétrica nunca serão privatizados, nunca deixarão de ser serviço público e, conseqüentemente, sempre estarão submetidos ao regime de direito administrativo, pelo menos enquanto vigor a atual Constituição da República.

Percebe-se, no entanto, que o constituinte incluiu dentre as possibilidades de prestação de serviços exclusivamente públicos a de serem prestados mediante autorização. Como já analisado adrede, a autorização remete ao regime jurídico de direito privado, já que o cometimento da execução dos serviços públicos a particulares só pode se dar através de concessão ou permissão, a teor do artigo 175 da Constituição.

Conclui-se, pois, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, em conformidade com o regime jurídico ao qual estão submetidos os serviços públicos, regidos necessariamente pelos princípios de direito administrativo, que é descabida a inclusão da autorização no inciso XII do artigo 21¹²³. Interpretação contrária, abrindo a possibilidade para que os serviços ali elencados pudessem ser prestados sob o regime jurídico de direito privado, além de inconstitucional, seria uma manobra desleal para corromper o instituto dos serviços públicos exclusivos.

Ocorre, todavia, que ultimamente, até mesmo em decorrência da escassez de recursos naturais, tem-se produzido energia elétrica sem qualquer interferência ou ajuda do Estado. Acompanhando essa nova realidade, a Lei nº 9.074/95 criou a figura do produtor independente de energia elétrica. Trata-se de particular que se vale de geradores próprios para produzir energia elétrica e comercializá-la, com um particular – no caso, os chamados consumidores livres de energia elétrica – ou com as próprias concessionárias geradoras, que atualmente não estão dando conta da geração necessária para satisfazer o consumo.

Essa prestação de energia elétrica por particular é serviço público ou atividade econômica? Não fosse a menção expressa feita pelo artigo 21 da Constituição, tratar-se-ia de atividade eminentemente econômica, autorizada pelo Estado, submetida ao regime jurídico de direito privado, no máximo sujeita a fiscalização pela atividade de polícia administrativa.

Contudo, fato é que os serviços de energia elétrica são exclusivamente públicos; independente de quem os preste, o regime jurídico será sempre o de direito público. E assim sendo, deverão, necessariamente, consoante o artigo 175 da Constituição, ser concedidos ou permitidos.

Analisemos, então, como a legislação ordinária e seus sucessivos decretos trataram do assunto.

Em primeiro lugar, na ordem cronológica, veio a Lei nº 8.987/95, que “dispõe sobre o regime da concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.” De acordo com este diploma legal, tanto a concessão quanto a permissão são delegações da prestação de um determinado serviço, feitas mediante licitação; pressupõem a prestação de um serviço adequado, sujeita à fiscalização pelo poder concedente.

Na seqüência, a Lei nº 9.074/95, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”, abre um capítulo para tratar especificamente dos serviços de energia

¹²³ Nesse sentido, vide DI PIETRO, M. S. Z. *Direito...*, *op.*, *cit.*

elétrica. Com fundamento restrito no artigo 21, inciso XII, da Constituição da República (sem observar o imperativo constitucional do artigo 175, no entanto), o artigo 6º da Lei nº 9.074/95 dispõe que:

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objetos de concessão mediante licitação ou autorização.¹²⁴

Contudo, é absolutamente incoerente a delegação da prestação de um serviço exclusivamente público, a particular, mediante autorização, pois assim estar-se-ia subvertendo o instituto dos serviços públicos, necessariamente submetidos ao regime jurídico de direito administrativo, transformando-os em atividades privadas. Em outras palavras, estar-se-ia privatizando o próprio serviço de energia elétrica, o que seria incompatível com o sistema constitucional vigente, que prevê que o serviço de energia elétrica é exclusivamente público.

Mesmo assim, a lei continua tratando da figura esdrúxula da autorização para prestação do serviço de energia elétrica nos artigos subsequentes, e com isso fixa a base legal (porém inconstitucional) para a regulamentação da prestação do serviço por particulares.

Partindo da mesma base epistemológica de “autorização de serviço público”, pois, vem o Decreto nº 1.717/95 e o Decreto nº 2.003/96, que regulamentam a matéria, transformando paulatinamente o serviço público da prestação de energia elétrica em atividade privada sujeita à ingerência da atividade administrativa de polícia, com regime jurídico de direito privado.

Essas são, portanto, as conseqüências do deslize cometido pelo poder constituinte ao incluir, de maneira descabida, o instituto da autorização, eminentemente privado, ao lado da concessão e permissão de serviço público no artigo 21, XII, da Carta Maior.

Entretanto, neste momento de privatização do capital das empresas prestadoras do serviço público de energia elétrica, é imprescindível, tanto para a sociedade, quanto para o Governo e para os investidores privados, que se padronize, com segurança

jurídica, ou seja, com o maior amparo constitucional possível, um modelo para a prestação desse serviço pelo particular.

Afinal, a indefinição de um modelo jurídico padronizado para as privatizações e para a prestação do serviço por produtores independentes de energia elétrica vem causando insegurança e instabilidade nas negociações para implementação da geração de energia, prejudicando a própria prestação do serviço, que se encontra debilitada e insuficiente.

Considerando que o serviço de energia elétrica deve ser necessariamente público, o que exclui a possibilidade de autorização, e que a Lei nº 9.074/95 não prevê no caso a hipótese de permissão, o produtor independente de energia elétrica, assim como qualquer investidor externo, somente poderá prestar o serviço, ou seja, comercializar energia elétrica no Brasil, mediante concessão.

A Lei nº 9.074/95, trata, em seu artigo 12, das hipóteses em que o produtor poderá promover a venda de energia elétrica:

Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para:

I - concessionário de serviço público de energia elétrica;

II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16;

III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração;

IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;

V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.

Parágrafo único. A venda de energia elétrica na forma prevista nos incisos I, IV e V deverá ser exercida a preços sujeitos aos critérios gerais fixados pelo poder concedente.

Contudo, há de se considerar que tudo isso só será possível a partir da concessão do serviço, independente de se tratar de um grande investidor estrangeiro ou de uma pequena usina sucro-alcóoleira. Afinal, não é o tamanho da empresa privada prestadora do serviço que vai determinar o modelo jurídico das privatizações: as regras devem ser as mesmas para todos os que se encontram na mesma situação jurídica – de

¹²⁴ Sem grifos no original.

empresa privada prestadora de serviço público – e devem encontrar amparo no sistema constitucional e nos princípios de direito público.

Através de concessão delegada pelo Estado, portanto, qualquer particular poderá prestar o serviço de energia elétrica. Contudo, a privatização do serviço, de modo que seja prestado apenas mediante autorização, não é possível enquanto o País estiver vivendo sob a égide da Constituição da República de 1988.

CONCLUSÃO

A energia elétrica é um serviço público, que por sua vez representa uma das formas de atuação do Estado, ao lado da atividade de polícia administrativa e do fomento.

Ocorre a prestação de serviços públicos quando o Estado, através de uma decisão política, elege um rol de necessidades públicas essenciais e toma para si a obrigação de satisfazê-las. Assim sendo, para que uma atividade seja considerada serviço público, é preciso que seja típica, podendo ser também exclusiva.

A atividade de prestação de serviços públicos está submetida ao regime jurídico de direito público e regida pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da igualdade dos administrados.

Contudo, é possível que o Estado, permanecendo com a titularidade do serviço, cometa a terceiros a sua execução, o que faz através da delegação, que pode se dar tanto para empresas estatais, quanto para empresas privadas.

No Brasil, costumava-se delegar serviço público a empresas estatais, criadas pelo Estado sob o regime jurídico de direito privado, justamente para o fim de prestar determinado serviço público.

Na última década, porém, a execução do serviço público tem passado por um fenômeno de privatização, em que se transfere a execução do serviço a empresas particulares, através da concessão serviços públicos. O serviço, todavia, continua sendo público: o que se privatiza é o capital da empresa que o executa; logo, o serviço continua sendo prestado sob o regime que assegura a prevalência do interesse público sobre o particular.

No Brasil, o poder público foi ampliando sua participação nas concessionárias de energia elétrica, chegando à estatização de 98% do setor elétrico. Com a falência do modelo estatal, o setor elétrico nacional passou a adotar a política da privatização das estatais prestadoras do serviço, inclusive de geração, de energia elétrica.

Entretanto, em consonância com o regime constitucional vigente, mesmo que prestado por particular, o serviço de energia elétrica jamais deixará de ser público, porquanto se trate de serviço exclusivo do Estado, o que garante a preservação do regime jurídico de direito administrativo e a prevalência do interesse público sobre o particular.

Serviço de energia elétrica, portanto, congrega hoje as modalidades de atuação estatal, tanto de prestação de serviço público, em conformidade com a Constituição, como a atividade de polícia administrativa, a partir da criação da ANEEL.

E o meio juridicamente adequado para que um particular preste o serviço público de energia elétrica, ainda que através da produção independente, é a concessão de serviço público, em consonância com o sistema constitucional vigente.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo : Malheiros, 1996.
- ATALIBA, Geraldo. **Empresas estatais e regime administrativo (serviço público – inexistência de concessão - delegação – proteção ao interesse público)**. Revista Trimestral de Direito Público nº 4. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BRAGA, Odilon. **Serviços públicos concedidos**. Revista de Direito Administrativo – seleção histórica 50 anos (1945-1995). Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 11ª ed. São Paulo : Atlas, 1999.
- _____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 3ª ed., São Paulo : Atlas, 1999.
- _____. **Terceirização dos serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 8 – ano 3 – janeiro/março de 1996. Curitiba : Genesis, 1996.
- EIZIRIK, Nelson. **Concessão de serviço público – tendências legislativas**. Revista de Direito Administrativo nº 196 – abril/junho de 1994 – Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- FELIX, Márcio. **In Colapso energético e alternativa solar**, capturado no site <http://unionfix.vila.bol.com.br/geral.htm>.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2001.
- FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativos**, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 1997.
- GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**, volumen II (parte general: conclusion), 6ª ed. Madrid : Neograf, 1983.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do direito público** [tradução de Marcos Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira]. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Concessionária de Serviço Público - Bens Públicos - Direito de Uso**. Revista de Direito Administrativo nº 218 - outubro/dezembro de 1999 - Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6ª ed., revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos e princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 14 – ano 4 – julho/setembro de 1997. Curitiba : Genesis, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 5ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público**. Revista de Direito Administrativo – seleção histórica 50 anos (1945-1995). Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. **Prestação de serviços públicos e Administração Indireta**. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Privatização e serviços públicos**. Revista Trimestral de Direito Público nº 22. São Paulo : Malheiros, 1998.

- _____. **Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação.** Revista Trimestral de Direito Público nº 20. São Paulo : Malheiros, 1997.
- PEREZ, Marcos Augusto **Privatização e contrato. O contrato como técnica de remodelação estatal.** Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 7 – ano 2 – dezembro de 1995. Curitiba : Genesis, 1995.
- _____. **Privatização e reforma do Estado.** Revista de Direito Administrativo Aplicado nº 5 – ano 2 – junho de 1995. Curitiba : Genesis, 1995.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo.** Coimbra : Almedina, 1981.
- SILVA, Julio Cesar. **Reforma administrativa brasileira e terceirização no setor público.** Revista de Direito Administrativo nº 217 - julho/setembro de 1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- STUBER, Walter Douglas. **O financiamento de projetos no Brasil e a lei de concessões.** São Paulo : Max Limonad, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. (coordenador). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo : Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. **Agências Reguladoras da Administração.** Revista de Direito Administrativo nº 221 – julho/setembro de 2000. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- WALD, Arnold. **Renascimento do instituto da concessão.** Revista de Direito Administrativo nº 171 – janeiro/março de 1988 – Rio de Janeiro : Renovar, 1988.
- WALINE, M. **Droit Administratif**, 8ª ed. Paris : Éditions Sirey, 1959.