

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

GENI NATÁLIA SOUZA AMORIM

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE
2014**

MARÍLIA
2016

GENI NATÁLIA SOUZA AMORIM

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE
2014**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Jefferson Aparecido Dias.

MARÍLIA
2016

Amorim, Geni Natália Souza

Agência nacional de energia elétrica e a crise energética de 2014 / Geni Natália Souza Amorim. - Marília: UNIMAR, 2016.
146f.

Dissertação (Mestrado em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Curso de Direito da Universidade de Marília.

1. Constituição Federal 2. Estado Regulador 3. Ordem Econômica 4. Agência Nacional de Energia Elétrica I. Amorim, Geni Natália Souza

CDD – 341.38

GENI NATÁLIA SOUZA AMORIM

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE
2014**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,
área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social,
sob a orientação do Professor Dr. Jefferson Aparecido Dias.

Aprovado pela banca examinadora em ___/___/_____

Professor Dr. Jefferson Aparecido Dias
Orientador

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

A todos aqueles que, como eu,
buscam incessantemente o conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela presença constante em minha vida, por ter me concedido entendimento, por ter me dado forças para caminhar em busca dos meus objetivos. Sem Ele, nenhum sonho teria se tornado realidade.

À minha mãe Geni que me ensinou a viver com dignidade e enfrentar todos os obstáculos. Sou grata por todo o amor e carinho, por cada palavra e gesto de incentivo, pela dedicação, paciência e, sobretudo, por acreditar em mim. Sem dúvidas, a senhora é meu melhor exemplo.

Agradeço aos meus irmãos Etiene, Tatiene e Lucas, pelo carinho que sempre demonstraram e por sempre apoiarem meus projetos incondicionalmente.

Às amigas que adquiri no decorrer do curso, que elas durem tanto quanto foram intensas. Com vocês, passei momentos únicos e inesquecíveis. Com certeza levarei comigo para sempre.

Agradeço ao corpo de docentes da UNIMAR, profissionais qualificados e competentes para a transmissão de conhecimentos. Em especial ao professor Dr. Jefferson Aparecido Dias, por sua orientação, apoio e confiança que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho e em todas as atividades desempenhadas durante o mestrado.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, colaboraram para a conclusão desta etapa da minha vida.

Meus sinceros agradecimentos

O estudo do direito
é o primeiro passo para a aplicação da justiça.

(Mércio Franklin)

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE 2014

Resumo: A Constituição Federal de 1988 inovou ao tratar da temática da atuação Estatal na economia, trazendo previsão expressa de que a função principal do Estado é normatizar, fiscalizar e planejar ações que auxiliem o mercado, servindo aos mais variados interesses das diversas camadas sociais. Em decorrência desse novo paradigma, o Estado brasileiro, a partir do processo de desestatização ocorrido em meados dos anos 1990, implementou significativas modificações no que tange às prestações dos serviços públicos, introduzindo no ordenamento jurídico pátrio as agências reguladoras caracterizadas pelas funções que lhes são atribuídas e as colocaram numa posição diferenciada com relação às demais entidades integrantes da administração indireta. Nesse contexto, a primeira agência reguladora instituída foi a Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei 9.427/96. Pretende-se, com este trabalho, oferecer uma melhor compreensão da evolução do setor elétrico nacional e verificar qual a função que a Agência Nacional de Energia Elétrica tem desempenhado no mercado regulado e sua atuação após a Medida Provisória 579/12, convertida na Lei nº12.783/13, perpassando pelo ano de 2014 quando, então, surgiram as consequências advindas da lei mencionada.

Elegendo como respaldo a análise da legislação aplicável ao setor energético e posicionamentos doutrinários acerca do tema proposto, procura-se responder se à ANEEL cumpriu o papel previsto na sua lei instituidora nº 9.427/96, valendo-se de sua autonomia e independência para o cumprimento de sua missão, qual a sua participação no desencadeamento da crise de 2014 e o que poderia ter sido feito para se evitar o colapso energético. Com o tratamento da problemática desenvolvida nesta dissertação, constata-se que a independência e autonomia da ANEEL tem sido mitigada pela atuação do governo que a usa para alcançar objetivos políticos tornando questionável os mecanismos de controle sobre os atos das agências reguladoras.

Palavras-chave: Agência Nacional de Energia Elétrica. Constituição Federal. Estado Regulador. Ordem Econômica.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE 2014

Abstract: The Federal Constitution of 1988 broke new ground by addressing the issue of State action in the economy, bringing express provision that the main function of the state is to standardize, monitor and plan actions that help the market, serving the most varied interests of different social strata. Due to this new paradigm, the Brazilian state from the privatization process occurred in the mid-90s, has implemented significant changes regarding the provision of public services by introducing the paternal law regulators characterized by the roles assigned to them and placed in a different position with respect to other members entities of indirect administration. In this context, the first established regulatory agency was the National Electric Energy Agency established by Le 9,427 / 96. It is intended for this work provide a better understanding of the evolution of the electricity sector and which function the National Electric Energy Agency has played in the regulated market and its performance after the Provisional Measure 579/12, converted into Law nº12.783 / 13, passing by the year 2014 when then came the consequences arising from the mentioned law. Electing to support the analysis of the law applicable to the energy sector and doctrinal positions about the proposed theme, seeks to respond to ANEEL fulfilled the role foreseen in its founding Law No. 9,427 / 96, taking advantage of their autonomy and independence for compliance its mission, which their participation in the onset of the 2014 crisis and what could have been done to avoid the energy collapse. With the treatment of the problem developed in this thesis, it appears that the independence and autonomy of ANEEL has been mitigated by government action that uses to achieve political goals making questionable the control mechanisms on the actions of regulatory agencies.

Keywords: Economic Order. Federal Constitution. National Electric Energy Agency. Regulatory State.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMFORP - *American & Foreign Power*
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento
CASHEE - Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica
CBE - Companhia Brasileira de Energia Elétrica
CBEE - Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CDE - Conta de Desenvolvimento energético
CEB - Comitê Eletrotécnico Brasileiro
CEEE - Comissão Estadual de Energia Elétrica
CFRHU - Compensação Financeira pelo Uso de Recursos Hídricos
CGCE - Câmara da Gestão da Crise de Energia Elétrica
CHESF - Companhia Hidro Elétrica do São Francisco
CMBEU - Comissão Mista Brasil-Estados Unidos
CNAEE - Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica
CPSTs - Contratos de Prestação de Serviço de Transmissão
CRC - Conta de Resultados à Compensar
CUSTs - Contratos de Uso de Sistema de Transmissão
DIESP - Divisão de Estimativas e Projeções
DNAE - Departamento Nacional de Águas e Energia
DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DPNM - Departamento Nacional da Produção Mineral
EC - Emenda Constitucional
ESS - Encargos de Serviços do Sistema
EUA - Estados Unidos da América
FFE - Fundo Federal de Eletrificação
ICC - *Interstate Commerce Commission*
MAE - Mercado Atacadista de Energia
MME - Ministério de Minas e Energia
MP - Medida Provisória

NOS - Operador Nacional do Sistema
OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMB - *Office of Management and Budget*
P&D - Pesquisa e Desenvolvimento
PIE - Produtores Independentes de Energia
PPA - Plano Plurianual
PROINFA - Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica
RENCOR - Reserva Nacional de Compensação de Remuneração
RENCOR - Reserva Nacional de Compensação de Remuneração
RE- SEB - Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
RFB - República Federativa do Brasil
RGG - Reserva Global de Garantia
RGR - Reserva Global de Reversão
SIN - Sistema Elétrico Integrado Nacional
SINTREL - Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica
STF - Superior Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TCU - Tribunal de Contas da União
TFSEE - Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica

LISTA DE TABELAS

- Tabela 1 - Número de empresas e potência instalada em % por região macroeconômica brasileira nas décadas de 1920, 1930 e 1940 p.26
- Tabela 2 – Evolução da capacidade instalada de geração de energia elétrica por categoria de concessionária (1952-1965) p.34
- Tabela 3 – Capacidade instalada e participação do BNDE no acréscimo anual de capacidade instalada de geração de energia elétrica – 1952-1961 p.34
- Tabela 4 – Tarifas de energia elétrica (1963-1973) p.38
- Tabela 5 – Fontes públicas de financiamento do setor elétrico p.121

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Medida de Aperfeiçoamento apresentada pelos Relatórios de Progresso 1 e 2 p.54

Quadro 2: Sumário dos principais problemas apontados no Relatório Kelmann e os temas que deveriam ser investigados p.55

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: DO IMPÉRIO AO APAGÃO DO BIÊNIO DE 2001-2002.....	16
1.1 FORMAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: 1880-1930.....	17
1.2 IMPACTOS LEGAIS O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: DA ERA VARGAS À DITADURA MILITAR.....	24
1.3 ESTRUTURA LEGAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO NO PERÍODO DITATORIAL.....	37
1.4 REFLEXOS NO DIREITO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PERÍODO DE 1985 A 2000.....	42
1.5 CRISE ENERGÉTICA: APAGÃO.....	52
2 O ESTADO REGULADOR E AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	59
2.1 A HERMENÊUTICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	59
2.2 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	73
2.3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	75
2.4 ALÉAS ADMINISTRATIVAS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	86
3 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE 2014.....	93
3.1 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	93
3.1.1 No direito comparado: Estados Unidos da América (EUA).....	93
3.1.2 Natureza Institucional e Autonomia das Agências Reguladoras no Brasil.....	100
3.1.3 Mecanismos de Controle das Agências Reguladoras.....	107
3.2 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL.....	111
3.3 CONTRATOS DE CONCESSÃO NO SETOR ELÉTRICO.....	116
3.4 CRISE ENERGÉTICA DE 2014 E A LEI Nº 12.783/13.....	119
3.5 INFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE CONTROLE.....	129
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	138

INTRODUÇÃO

O setor elétrico exerce um papel fundamental no desenvolvimento e sustentabilidade econômico do país, existindo uma correlação entre o crescimento do Produto Interno bruto e a expansão do mercado de energia. Apesar da implementação da energia elétrica no Brasil remontar ao final do século XIX, o setor ainda tem passado por períodos de desenvolvimento distintos, sempre buscando conformar a regulação do mercado energético com as necessidades dos usuários e as próprias diretrizes estabelecidas pelo Estado.

Em meio a esse processo de desenvolvimento do setor elétrico, é promulgada a Constituição Federal de 1988, inaugurando o Estado Democrático de Direito, estabelecendo novos papéis a serem assumidos pelo Estado, após restar evidenciada a falência dos modelos intervencionista e clientelista, promovendo uma maior competição e participação do setor privado na prestação dos serviços públicos.

Assim, o Estado, afastando-se do papel principal de prestador direto dos serviços públicos a partir do Programa Nacional de Desestatização implementado pela Lei nº 8.031 de 1990, estabeleceu novos mecanismos de oferta dos serviços públicos, resguardando para si as funções de agente regulador, normatizador e fiscalizador da atividade econômica.

Essa atuação indireta do Estado na economia, introduzindo um novo modelo de Estado, tido como regulador, acarretou profundas e intensas mudanças no ordenamento jurídico, sobretudo no que tange à estrutura do aparelho estatal.

É nessa seara de mudanças que surge a figura das agências reguladoras, como forma de propiciar o desenvolvimento econômico e social a longo prazo, por meio do estabelecimento de diretrizes bem especificadas e simétricas com o objetivo de atrair investimentos privados para setores estratégicos da economia, a fim de propiciar o desenvolvimento do país por meio do alcance da concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal.

Aliado ao fator desenvolvimento e expansão do setor energético e ao processo de desestatização implementado em 1990, surge a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada por meio da Lei nº 9.427 de 1996, com a finalidade de regular e fiscalizar os serviços de energia elétrica e a atuação dos agentes regulados.

Neste contexto, o presente estudo tem como objetivo principal analisar o papel, finalidade e missão da Agência Nacional de Energia Elétrica junto ao setor elétrico, bem

como discutir eventual responsabilização do órgão regulador pela eclosão da crise energética de 2014.

Para chegar a esse tratamento se estuda se a ANEEL, enquanto autarquia em regime especial, tem feito uso de sua independência e autonomia, para cumprir suas funções de órgão regulador do mercado energético ou, se de alguma maneira, tem se curvado às ingerências de outros órgãos sofrendo mitigações e, se em caso positivo, por quem.

A importância do tema encontra respaldo, por um lado, na discussão da relevância e importância da ANEEL enquanto órgão autônomo e independente regulador do setor elétrico e, por outro lado, no colapso que o setor energético tem suportado desde 2014, as medidas adotadas pelo governo e os reflexos sobre o setor elétrico como um todo inclusive sobre a ANEEL.

Além de importante, essa discussão é atual, haja vista que a experiência com as agências reguladoras no Brasil é recente, datando de 1996 quando instituída a primeira AR que, por sua vez, é a própria ANEEL.

A crise do setor em 2014, apesar da tentativa do órgão regulador e do governo de reverter as consequências ocasionadas pela Lei nº 12.783/13, demanda análise e sistematização de suas causas e consequências para o setor elétrico.

Todas essas questões suscitadas trazem à tona a questão do modelo regulatório adotado pelo setor energético, cujos objetivos iniciais são atingidos parcialmente, e a ação e responsabilidade do governo, como um todo, em especial, dos órgãos centrais e da ANEEL, tendo em vista corrigir eventuais distorções dos papéis a serem desempenhados.

Com vistas a responder a problemática e possibilitar a compreensão do tema proposto, o presente trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro apresenta o histórico da legislação e o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, levando em consideração os fatos políticos e econômicos que influenciaram o setor. Aborda-se a formação do setor de energia elétrica desde o Império ao final da República Velha, dando ênfase à sua reestruturação em meados da década de 1990, encerrando com a crise energética que culminou com o racionamento de energia no período compreendido entre 2001 e 2002.

O segundo capítulo trata do Estado regulador, buscando traçar o contexto no qual esse modelo foi implementado no país. Esclarecida essa contextualização, aborda-se um tema fundamental para o desenvolvimento desta dissertação: a concessão dos serviços públicos que constitui o objeto primordial da regulação e como se materializa formalmente essa concessão.

Por fim, no terceiro, aborda-se as agências reguladoras levando em conta o direito comparado (Estados Unidos da América), sua implementação no direito brasileiro, suas

características, natureza jurídica e mecanismos de controle. Finda-se o referido capítulo com o exame da ANEEL, estudando suas funções e missão, os contratos administrativos no setor elétrico, a crise energética de 2014, suas causas e consequências e a inefetividade dos mecanismos de controle, elaborando comentários sobre os resultados desse estudo, encerrando com as conclusões sobre as questões abordadas ao longo do trabalho.

Almeja-se, com este estudo, proporcionar uma abordagem esclarecedora sobre a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Crise Energética de 2014, sem pretensão de esgotar o tema.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, desenvolvendo-se com base no método dedutivo, destacando formulações generalizadas para a obtenção de uma visão individualizada, explorando os posicionamentos doutrinários que comungam do posicionamento de que às agências foram concedidas características que as tornam especiais com o objetivo de blindá-las das ingerências e interferências do próprio poder descentralizador ou de outros poderes.

1 REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: DO IMPÉRIO AO APAGÃO DO BIÊNIO DE 2001-2002

O presente capítulo apresenta, em cinco momentos, uma versão histórica da regulamentação do setor elétrico brasileiro. Esta abordagem é importante para contextualizar o advento do Estado Regulador e a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), para melhor compreender a temática que propõe este estudo. Neste sentido, são considerados os fatos políticos e econômicos que influenciaram o setor de energia elétrica do país.

No primeiro momento, compreendido entre o Período Imperial até o final da República Velha, em 1930, ocorre a formação do setor de energia elétrica, fase marcada pela desnacionalização e presença do capital privado como fomentador da atividade e pela miserabilidade legal.

É no segundo período que ocorre a compatibilização entre o crescimento dos centros urbanos e a forte industrialização nacional, presenciada na Era Vargas, introduziu políticas intervencionistas e princípios nacionalistas, motivando assim a criação de órgãos que fossem capazes de regular o serviço de energia elétrica, em que o principal instrumento regulatório foi o Código de Águas de 1934.

A terceira fase de evolução do setor energético caracteriza-se, sobretudo, pela reestruturação de seus órgãos normativos, fiscalizador e controlador, no qual o Estado passou a absorver as empresas privadas atuantes no setor, ocasionando um monopólio federal na geração de energia e monopólios estaduais no que tange à distribuição.

Com a falência do modelo intervencionista estatal e a deterioração da situação econômico-financeira do setor elétrico na década de 1980, o quarto período, compreendido entre os anos de 1985 e 2000, reflete sua reestruturação. Tem como base os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, que promoveu uma maior competição e uma maior participação do setor privado na prestação de serviços públicos, reservando ao Estado o papel de agente regulador e fiscalizador.

Por fim, na quinta fase, ocorre a crise energética que culminou com o racionamento de energia no período compreendido entre 2001 e 2002.

Feita esta breve exposição, passa-se a discorrer cada uma das fases suscitadas de forma mais específica, como base para a compreensão do surgimento das Agências Reguladoras, principalmente a ANEEL.

1.1 FORMAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: 1880-1930

O início do uso de energia elétrica no Brasil ocorreu no final de 1879, no Rio de Janeiro, com a inauguração da Estação Central do Brasil, chamada de Central da Estrada de Ferro Dom Pedro. De acordo com José Luís Lima¹, o período foi marcado pela ausência de um campo organizacional estatal, visto que a produção de energia elétrica, considerada primário-exportadora, era direcionada apenas para atender os serviços públicos e algumas atividades industriais locais, situação que permaneceu inerte até o fim da República Velha.

O ano de 1883 foi importante para o setor de energia no Brasil, já que alguns acontecimentos marcaram essa data, tais como: inauguração no país e, por conseguinte, na América do Sul, do primeiro serviço público de iluminação; instalação da primeira linha de bondes elétricos movidos à bateria; entrada em operação, na cidade de Diamantina, Estado de Minas Gerais, a primeira usina de pequeno porte localizada no Ribeirão do Inferno e inauguração da primeira linha de transmissão do país cuja extensão alcançava dois quilômetros².

Complementando a evolução histórica desse período, Paulo Brandi de Barros Cachapuz³, do Centro de Memória da Eletricidade no Brasil relata que:

As primeiras experiências práticas com energia elétrica no Brasil ocorreram ainda na época imperial, sendo contemporâneas, portanto, das aplicações iniciais dessa nova forma de energia nos Estados Unidos e na Europa. Já no início de 1879, D. Pedro II concedeu a Thomas Alva Edison o privilégio de introduzir em nosso país os aparelhos e processos inventados pelo engenheiro norte-americano para a utilização da luz elétrica, que o imperador conhecera na Exposição de Filadélfia três anos antes. [...] No entanto, a disseminação do uso da energia elétrica só teve início de fato nos últimos anos do século XIX, já sob o regime republicano.

¹ LIMA, José Luís. *Estado e energia elétrica no Brasil: o setor elétrico no Brasil, das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962)*. São Paulo: IPE/USP, 1984, p. 15.

² GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p.1.

³ CACHAPUZ, Paulo Brandi de Barros. *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Memória da Eletricidade no Brasil, 2006, p. 38.

Posteriormente, as cidades mineiras de Nova Lima e Viçosa, respectivamente, com o objetivo de aumentar a produção de energia elétrica no país, implementaram nos anos de 1885 a 1887, outros dois projetos hidrelétricos, o *Compagnie des Mines d'Or du Faria* e Companhia Fiação e Tecidos São Silvestre.

É também em 1887 que outros grandes marcos elucidam a evolução do setor energético no Brasil. A Companhia *Fiat Lux*, na cidade de Porto Alegre, passou a prestar o serviço de fornecimento permanente de energia elétrica, bem como todo material que fosse necessário para a iluminação,⁴ apenas para consumidores particulares. Já no Rio de Janeiro, é criada a Companhia Força e Luz, responsável pelo fornecimento de energia elétrica para iluminação do centro daquela cidade.

Mesmo com todos estes marcos na evolução da energia elétrica do país, foi somente em 1888 que a primeira hidrelétrica brasileira de grande porte foi inaugurada em Juiz de Fora, no Estado de Minas Gerais, pela Companhia Mineira de Energia. A Usina de Marmelos, como foi chamada, tinha como objetivo específico atender os serviços públicos urbanos. Referida especificidade e amplitude ganharam o título de marco inicial da trajetória do setor elétrico, não só do Brasil, mas de toda a América Latina, já que fora construída com o objetivo específico de atender os serviços públicos urbanos⁵.

A respeito da Usina de Marmelos, Cachapuz⁶ discorre que:

Considerada o 'marco zero' da história do setor de energia elétrica brasileiro e da América Latina, por ter sido a primeira unidade de geração hidrelétrica construída especificamente para o atendimento dos serviços públicos urbanos. Iniciativa do industrial Berardo Mascarenhas, que obtivera concessão dos serviços de iluminação pública aquela cidade [...]. Mais tarde seria utilizada também no fornecimento de força motriz a instalações de indústria têxtil de propriedade do mesmo empresário.

Colaborando com a abordagem, Antônio Dias Leite⁷ afirma que, apesar de haver utilização pelo poder público, as primeiras iniciativas de produção de energia elétrica tinham como principais destinatários antes do setor privado e local, já que, impulsionados pela expansão urbana e desenvolvimento industrial nacional, os produtores agrícolas, industriais, comerciais e financeiros promoveram a geração de energia com o objetivo de aumentar a produtividade de seus serviços.

⁴ BICCA, Mariana Froner. Dos Lâmpioes à eletricidade: a iluminação pública em Porto Alegre. In: *Conselho em Revista*, CREA-RS, Porto Alegre, ano VII, n.67, p. 35, mar. 2010.

⁵ CACHAPUZ, Paulo Brandi de Barros. *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. 2006, p. 19-20.

⁶ *Idem*, p.19-20.

⁷ LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2.ed.rev. e atual, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 56.

Rodrigo da Cunha Rocha Theotônio⁸, explicando sobre o momento do setor industrial comenta que: “[...] com o amadurecimento do complexo cafeeiro, houve uma sedimentação industrial que promoveu a aceleração do processo de urbanização e a intensificação do consumo de energia elétrica, principalmente a iluminação pública”.

A Carta Magna de 1891, Constituição instituidora da República, quando da queda da Monarquia em 1889, implementou um novo regime jurídico, adotando como forma de Estado a Federação, transformando as antigas Províncias em Estados-membros, com ampla autonomia administrativa, reforçando a ideia de que as concessões fossem outorgadas pelos Municípios e Estados. Ao município, enquanto Poder Concedente, competia definir as diretrizes quanto ao regime e às regras de exploração e fornecimento de eletricidade⁹.

A Constituição de 1891, no que tange aos estudos concernentes ao setor elétrico brasileiro, outorgou às municipalidades a concessão para a prestação dos serviços elétricos, ao passo que outorgava aos Estados-membros o aproveitamento e a utilização das quedas d’água. Embora o legislador constituinte de 1891 tenha apontado estas diretrizes, foi somente no ano de 1903 que se promoveu a regulamentação do setor elétrico, com a entrada da Lei n.º 1.145 em 31 de dezembro, estabelecendo normas dirigidas ao governo federal, sem, contudo, trazer orientações para as empresas que exploravam os serviços, o que dificultava o abastecimento satisfatório.

Apesar das crises que surgiram com o fim da Monarquia e início da República Velha, a expansão do campo elétrico não parava de progredir. Em 1892 foi construída a linha de bondes elétricos que ligava o Flamengo ao Jardim Botânico, na cidade do Rio de Janeiro, pela Companhia de Ferro Carril.

Para melhor compreender esse período de expansão do setor elétrico brasileiro, o Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) publicou o artigo “Histórias Setoriais: o setor elétrico”, em que relata:

Na passagem do século XIX para o XX, o processo de expansão urbana do Rio de Janeiro e de São Paulo atraiu o capital estrangeiro para instalar companhias de serviços públicos. Em 1899, constituiu-se em Toronto (Canadá) a São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited. No ano seguinte, ela deu início à operação da primeira linha paulistana de bondes elétricos, que utilizava energia fornecida por uma termelétrica da própria companhia. Em 1904, os mesmos capitais canadenses, em parceria com

⁸ THEOTÔNIO, Rodrigo da Cunha Rocha. *Princípio de análise da reforma do setor elétrico: um estudo comparativo*. Florianópolis, SC. 1999. Dissertação de Mestrado em Engenharia de Produção – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 80.

⁹ CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços público de energia elétrica: em face da constituição Federal de 1988 e o interesse público*. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 37.

sócios americanos, criaram a Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company, para explorar praticamente todos os serviços urbanos de utilidade pública: transportes (bondes e ônibus), iluminação pública, produção e distribuição de eletricidade, distribuição de gás canalizado e telefonia.¹⁰

Saliente-se que as referidas Companhias tiveram um papel de grande importância no progresso de energia elétrica do país e, mesmo assim, não foram bem aceitas pelos investidores nacionais¹¹, bem como pela sociedade, causando um grande descontentamento social por conta dos altos preços praticados e pelo oferecimento descontínuo da energia, visto que esta não conseguiu acompanhar a demanda provocada pelo processo de industrialização e urbanização das cidades.

Enfatizando a importância de capital estrangeiro para o setor de energia elétrica do país, Maria Leticia Correa¹² tece o seguinte comentário:

O desenvolvimento das operações do grupo Light correspondeu a uma mudança importante nos padrões de investimentos estrangeiros no País e também na América Latina. [...] o gerenciamento das atividades do grupo Light, diferentemente, foi feito por capitalistas norte-americanos e administradores canadenses e estadunidenses, com capitais predominantemente de origem europeia (Inglaterra, Bélgica e França) –, embora deva ser observado que, apesar dessa tendência, a hegemonia dos capitais britânicos na América Latina só foi contestada depois da Primeira Guerra Mundial.

A empresa Light do Rio de Janeiro, para suprir a demanda do setor, em 1905, iniciou a utilização dos recursos hídricos do Ribeirão das Lajes e das bacias dos rios Piraí e Paraíba do Sul e, em 1907, começou a operar a Usina de Fontes Velhas. A energia gerada pela referida empresa, em todas as suas operações, fez com que ela, em 1909, fosse responsável por 20% da capacidade elétrica instalada no Brasil¹³.

Foi a partir da constituição da empresa Light que ocorreu a primeira concessão do serviço elétrico brasileiro pelo governo federal. No entanto, não havia no ordenamento pátrio mecanismos legais capazes de regular e fiscalizar as atividades que seriam prestadas pela empresa privada, quais sejam, geração, distribuição e transmissão de energia elétrica, o que ocorreu apenas em 1903, com o advento da Lei nº 1.145 de 31 de Dezembro de 1903.

¹⁰ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

¹¹ Antônio Dias Leite. *A energia do Brasil*, 2007, p. 56.

¹² CORRÊA, Maria Leticia. Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica. In: *Política e Sociedade*, n.6, p. 262, abr. 2005.

¹³ Gomes, Antônio Claret S. *et. al.* op. cit. p.3.

Dentre os papéis do governo que a Lei nº 1.145/1903 estabeleceu, a promoção do aproveitamento da energia elétrica foi destacada, como se observa no artigo 23 da referida lei:

Art. 23. [...] da força hidráulica para transformação em energia elétrica aplicada a serviços federais, podendo autorizar o emprego do excesso da força no desenvolvimento da lavoura, das indústrias e outros quaisquer fins, e conceder favores às empresas que se propuserem, a fazer esse serviço. Essas concessões serão livres, como determina a Constituição, de quaisquer ônus estaduais e ou municipais¹⁴.

Entretanto, somente em 27 de dezembro em 1904, com a promulgação do Decreto nº 5.405, houve o aproveitamento da força hidráulica para sua conseqüente transformação em energia elétrica, bem como regulamentado sua aplicação aos serviços federais.

Geraldo Pereira Caldas¹⁵ destaca algumas das medidas adotadas:

a) concessão sem exclusividade; b) o prazo máximo de concessão de 90 anos; c) a reversão para a União sem a indenização do patrimônio constituído pelo concessionário; d) a revisão periódica das tarifas a cada cinco anos; e) redução tarifária quando os lucros excedessem 12%; f) princípio tributário de que as concessões seriam livres de quaisquer ônus estaduais ou municipais e de direitos aduaneiros; g) autorização para o concessionário promover desapropriação; h) faculdade ao governo de resgate da concessão a qualquer tempo mediante indenização; i) fiscalização da concessionária pelo Governo federal.

Acompanhando este contexto, Érico Henrique Garcia de Brito¹⁶ discorre que, apesar de referida lei permitir que o governo federal fizesse o aproveitamento, para fins públicos, da energia hidráulica produzida pelos rios brasileiros, por meio de concessão, a intervenção federal foi ineficaz, já que referidas concessões eram praticadas pelos outros entes da federação, Estados-membros e municípios, que firmavam acordo com os concessionários para a geração e distribuição de energia elétrica. Brito ainda explica que essa prática era defendida, ainda em 1904, por Alfredo Valladão que, em duas grandes obras literárias (*Dos Rios Públicos e Particulares e Direito das Águas*), encampou o pensamento de que o concedente dos serviços de geração e de distribuição dos serviços de energia elétrica deveria ser

¹⁴ BRASIL. Lei nº 1.145/1903. Fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1904, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/E77C4EAA860EF16B032569FA00700CC7?Opendocument>>. Acesso em: 28 nov 2015.

¹⁵ Geraldo Pereira Caldas. *Concessões de serviços público de energia elétrica*: em face da constituição Federal de 1988 e o interesse público, 2002, p. 37.

¹⁶ BRITO, Érico Henrique Garcia de. *Revisão tarifária e diferenças regionais*: um estudo de concessões de distribuição de energia elétrica no Brasil. Dissertação IEE – USP, São Paulo, 2009, p. 10.

determinado pelo curso de água, ou seja, seria competente para conceder o ente federado cujo o curso da água estivesse sob sua jurisdição.

Somente em 1906, motivado pelo pleno crescimento da indústria elétrica, é que se iniciaram os estudos jurídicos com o fim de se criar um Código das Águas. A referida medida impulsionou fervoroso debate sobre as funções dos poderes públicos, sobretudo no que tange à proteção e ao incentivo das atividades econômicas voltadas à exploração das riquezas naturais, com destaque aos recursos hídricos.

Após os esforços dispendidos para a elaboração do Código das Águas, criou-se, no Rio de Janeiro, durante o governo de Nilo Peçanha, o Comitê Eletrotécnico Brasileiro (CEB) e a Companhia Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), que culminaram com o surgimento da *Manaus Tramway and Light Company Ltda*¹⁷.

Já no ano de 1910 foi criada a *Brazilian Traction, Light and Power Company Ltda*, com a fusão das empresas *Pernambuco Tramway and Power Company Ltda*, a Companhia Paulista de Força e Luz e o Grupo *Light*¹⁸.

Nota-se que até meados de 1914, a união dos fatores, a concentração dos produtores e distribuidores nacionais de energia elétrica e o capital estrangeiro injetado pela empresa *Ligth* exerceram um importante papel no desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, já que propiciaram um aumento expressivo das unidades de usinas elétricas, culminando, por sua vez, com a ampliação das áreas contempladas com a prestação do serviço.

A década de 1920 foi muito importante para o setor elétrico. Nesse período foi criada a Comissão Federal de Forças Hidráulicas por conta da expansão dos centros urbanos ocasionados pelo desenvolvimento da indústria e o êxodo rural¹⁹.

Entre os anos de 1924 e 1925, como resultado da demanda pelo serviço e da falta de chuva no período, o Brasil passou por uma crise no setor elétrico, acarretando o primeiro racionamento energético, pois as empresas de pequeno porte do interior do Estado de São Paulo não eram suficientes para atender à demanda²⁰.

Para restabelecer a normalidade, foi necessária a adoção de medidas que ampliassem o fornecimento de energia e reduzissem o monopólio pelos grandes grupos estrangeiros, como a

¹⁷ BRITO, Érico Henrique Garcia de. *Revisão tarifária e diferenças regionais: um estudo de concessões de distribuição de energia elétrica no Brasil*. 2009, p. 10.

¹⁸ *Idem*, p. 10.

¹⁹ ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 28 set 2015.

²⁰ VIERIA, José Paulo. *A energia elétrica como antimercadoria e sua metamorfose no Brasil: a reestruturação do setor e as revisões tarifárias*. Tese de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2005, p.24. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/producao/2005/Teses/TESE_JOSE_PAULO_VIEIRA.pdf>. Acesso em: 25 nov 2015.

Ligth Energia S/A e a americana American & Foreign Power (AMFORP) que, para obterem uma maior remuneração, elevavam as tarifas cobradas dos usuários.

Nesse sentido, Célio Bermann²¹ acentua que:

[...] as relações entre empresas privadas e empresas estatais já vinham sendo constituídas desde o final do século passado, num processo, via-de-regra, marcado por diversas controvérsias, entre as quais, a natureza da atividade de prestação de serviços públicos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, a presença de empresas estrangeiras e a forma de remuneração do capital através das tarifas, foram as questões mais agudas.

No período compreendido entre 1927 a 1930, o setor elétrico brasileiro passou por uma profunda transformação organizacional. A AMFORP iniciou suas atividades no Brasil em parceria com a Companhia Brasileira de Força Elétrica e a Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras. As principais atividades realizadas pela empresa norte-americana foram as incorporações entre concessionárias de serviços de bondes e eletricidade que lhes asseguraram o controle acionário de 31 empresas atuantes no ramo, englobando: Companhia Paulista de Força e Luz, Pernambuco Tramways, Companhia Linha Circular de Carris da Bahia, Companhia de Energia Elétrica de Salvador, Companhia Brasileira de Energia Elétrica, Companhia de Força e Luz de Minas Gerais, Riograndense Light and Power Syndicate Limited e Companhia de Energia Elétrica Rio-Grandense²².

Além dessas incorporações e as atuações da AMFORP, destacam-se ainda a estruturação da Companhia de Força e Luz Nordeste do Brasil, atendendo as necessidades elétricas de Maceió e Natal, da Companhia Central Brasileira de Força Elétrica, no Espírito Santo e da Companhia de Força e Luz do Paraná²³.

Complementando, Élbia Aparecida Silva Vinhaes²⁴ destaca que as empresas estrangeiras de maior importância no cenário energético foram a Light e a AMFORP, discorrendo que: “[...] a Light, que se tornou praticamente o produtor de energia elétrica no eixo Rio-São Paulo e a AMFORP que, através de aquisições de várias empresas nacionais e estrangeiras, passou a atuar em várias capitais do Nordeste e do Sul do país”.

²¹ BERMANN, Célio. *Os limites dos aproveitamentos energéticos para fins elétricos: uma análise política da questão energética e de suas repercussões sócio-ambientais no Brasil*. Tese de Doutorado. FEM/UNICAMP, 1991 p.194.

²² CABRAL, Lúcia Maria Martins. *et al. Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1988, p. 33.

²³ CORRÊA, Maria Letícia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica*, p. 264, abr. 2005.

²⁴ VINHAES, Élbia Aparecida Silva. *A reestruturação da indústria de energia elétrica brasileira: uma avaliação da possibilidade de competição através da teoria de mercados contestáveis*. Florianópolis, SC. 1999. 120f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 53.

Neste contexto, percebe-se que a inoperância do poder público em fiscalizar e regular o setor elétrico, fez com que a evolução de eletricidade do Brasil, no período compreendido entre 1883 a 1930, ocorresse de forma descentralizada e conduzida por empresas estrangeiras o que culminou com a formação de um mercado com nuances de oligopólio com alto poder, possibilitando abusos econômicos como, por exemplo, imposição de preços e as condições na qual seria ofertada a energia elétrica.

Todas essas reformas, causadas pelas empresas estrangeiras trazidas pela Light e a AMFORP, foram o estopim para a abertura de capital investido na área, fazendo com que o capital nacional que detinha uma significativa parcela do setor, perdesse força e espaço frente aos fortes investimentos de capital estrangeiro.

Nota-se que a desnacionalização, a presença do capital privado como fomentador da atividade e a miserabilidade legal marcaram esse primeiro período de desenvolvimento da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil. Estes fatores aconteceram devido à regulamentação apresentar-se ainda incipiente, visto que as primeiras iniciativas de produção de energia eram privadas e locais. A forte e importante presença do capital estrangeiro também colaborou para este quadro, pois com uma regulamentação principalmente por meio de contratos de prestação de serviços, limitava a intervenção do Estado.

1.2 IMPACTOS LEGAIS O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: DA ERA VARGAS À DITADURA MILITAR

Como explicitado, até o começo dos anos de 1930, a indústria de energia elétrica era marcada pela debilidade regulatória, sobretudo no que tange ao estabelecimento de qual método tarifário adotar, ficando, assim, as empresas privadas, atuantes no setor, livres para estabelecer os preços que lhes conviessem e sem a garantia de um fornecimento contínuo dos serviços. David S. Landes²⁵ explica que esse período era conhecido como “uma colcha de retalhos múltipla, composta de unidades locais situadas segundo o mercado, cada qual com seu próprio equipamento e método de transmissão”.

²⁵ LANDES, David S. *Prometeu Desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa Ocidental, de 1750 até os dias de hoje*. 2.ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 296.

Com o colapso do modelo liberal, após a Primeira Guerra Mundial, e com a depressão econômica ocorrida em 1929, o mundo sofreu intensas transformações no pensamento econômico, político e social. Contudo, apesar da crise econômica suportada pelo mundo no início da década de 1930, Celso Fortunado²⁶ comenta que o Brasil se recuperou, industrialmente falando, de forma rápida, com percentagens de crescimento acima da média mundial, pois o país fez o caminho inverso, ou seja, enquanto o setor produtivo internacional tinha uma produção voltada à exportação, o setor de manufaturas do Brasil tinha uma produção voltada ao mercado interno, já que possuía melhores condições de investimentos, ganhando um importante papel no processo de formação de capital.

O crescimento dos centros urbanos, provocado pelo êxodo rural, o aumento da produção industrial e cambial interno impactaram positivamente o setor elétrico, pois, o setor energético buscava desenvolver-se compatibilizando três fatores fundamentais: capacidade produtiva, regulamentação do setor e a qualidade do serviço prestado.

Dessa forma, com a promulgação da Carta Magna de 1981 e, por conseguinte, a falência do Estado Liberal, a energia elétrica alcançava nesse período grande importância, obrigando o governo federal a participar da economia, por meio da adoção de uma política intervencionista, não se restringindo ao campo energético interno, mas também países da Europa e da América do Sul. Era o início de uma nova era, pois com a mudança que ocorreria no campo regulatório do setor energético, o Estado assumiria um novo papel, já que se aliaria ao capital estrangeiro e nacional, passando a ser o responsável pela geração e transmissão da energia elétrica, incorporando, mais tarde, a função de distribuição, com o objetivo de reduzir o poder das empresas privadas e aumentar a influência estatal no setor.

Após a retomada das discussões sobre a elaboração de um Código de Águas, criou-se, em 1931, uma subcomissão legislativa com o objetivo de elaborar um novo projeto para referido Código²⁷ e, em dezembro daquele mesmo ano, entrava em vigor o Decreto nº 20.395, que vinculava a uma prévia autorização do governo federal os atos das concessionárias de energia, bem como a suspensão dos atos de alienação, oneração, promessa ou começo de transferência de qualquer curso perene ou queda d'água. Nítida era a intenção do legislador. Buscava-se com tal medida conter o monopólio exercido pelas empresas AMFORP e Light.

Ademais, na primeira fase de desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, os contratos firmados entre o poder público e as empresas privadas eram regidos, principalmente, pela

²⁶ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 208.

²⁷ CORRÊA, Maria Leticia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica*, abr. 2005, p.269.

“cláusula-ouro” a qual permitia que as concessionárias revissem as tarifas praticadas de acordo com a variação cambial equivalente ao ouro do mês de consumo. Essa cláusula foi revogada pelo Poder Público a partir do advento do Decreto nº 23.501/33, cujo principal objetivo era assegurar o investimento do capital particular estrangeiro que a cada crise cambiária perdia o interesse em investir no país. Assim, por meio do novo modelo de equilíbrio econômico financeiro adotado, as concessionárias tinham a garantia de ter os custos e a remuneração dos ativos não amortizados ressarcidos num percentual que variava entre 10% e 12% no caso de uma desvalorização cambial. Referido cálculo constituiu uma das principais críticas ao Código de Águas.

Assim, de um modelo energético precário em regulação, passou-se a um quadro regulatório mais sistematizado, a partir de 1934, com a promulgação do Decreto nº 26.234 de 10 de julho, além de algumas mudanças advindas com o Estado Novo e sua Constituinte de 1937, que ocasionaram profundas alterações na organização política, jurídica e administrativa do país, materializando “o projeto intervencionista na gestão do setor de águas e energia elétrica”,²⁸ e a criação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE).

Explicando sobre o aumento de empresas de energia elétrica após a implantação do Código de Águas, Antônio Dias Leite²⁹ apresenta por região o aumento dessas companhias no Brasil (Tabela 1):

Tabela 1 - Número de empresas e potência instalada em % por região macroeconômica brasileira nas décadas de 1920, 1930 e 1940

Região	1920		1930		1940	
	Nº de Empresas	% Potência Instalada	Nº de Empresas	% Potência Instalada	Nº de Empresas	% Potência Instalada
Norte	11	2	42	1	99	2
Nordeste	49	10	286	10	483	10
Sudeste	167	92	454	80	598	80
Centro-Oeste	8	-	33	-	53	1
Sul	71	6	194	8	383	8
Total	306	100	1.009	100	1.616	100

Com o Código das Águas, há uma mudança de paradigma. Enquanto a primeira fase caracteriza-se pelo interesse local, em que a energia elétrica, bem público restrito e particular, o capital privado nacional e, sobretudo, o estrangeiro ditavam as regras de geração e

²⁸ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 49.

²⁹ LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2.ed.rev. e atual, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 56.

fornecimento de energia, a segunda fase do desenvolvimento do setor elétrico foi marcada pelo monopólio estatal verticalizado. As diretrizes no que tange à geração, transmissão, distribuição e o regime do custo de serviço ou do custo histórico era, a partir desse momento, papel do Estado, enquanto o governo federal tinha como nítido objetivo ampliar a participação estatal no setor elétrico, diminuindo, por conseguinte, o poder que as empresas estrangeiras exerciam nesse ramo, sobretudo, no que tangia aos preços praticados.

Houve uma dissociação entre a propriedade do solo e as quedas d'água o que permitiu que o governo estabelecesse um regime de necessidade de autorização e concessões prévias para a exploração dos recursos hídricos para fins industriais e/ou geração de energia, mesmo que estes estivessem em propriedade privada, pois o referido Código transferiu para a União a propriedade das quedas d'água e a competência exclusiva para a outorga de concessões do aproveitamento hidráulico.

Segundo Raimundo de Brito *apud* Bauer³⁰, a partir do Código de Águas, o Poder Público conseguiu exercer um maior controle sobre as concessionárias objetivando: “1º - Fixar tarifas razoáveis, 2º - Assegurar o serviço adequado, 3º - garantir a estabilidade financeira”.

Além disso, o Código de Águas estabeleceu as seguintes medidas:

A competência dos Estados na matéria ficou condicionada à organização de serviços técnicos e administrativos a serem aprovados pelo governo federal. Os pedidos de concessão e autorização para a utilização de energia hidráulica e para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica passaram a ser encaminhados à União, por intermédio do Ministério da Agricultura, que ficou encarregado de instruir técnica e administrativamente os respectivos processos. O prazo para as concessões foi fixado em 30 anos, podendo ser prorrogados nos casos em que ficasse provado que as obras e instalações necessitavam de investimentos que não permitissem a amortização nesse período, até o máximo de 50 anos. A revisão das tarifas passava a ser trienal, sendo adotado para a sua fixação a forma do “serviço pelo custo”, que considerava as despesas de exploração, as reservas de depreciação e a remuneração do capital, a ser avaliado pelo chamado “custo histórico” do investimento.³¹

É possível notar que com as medidas adotadas pelo Código de Águas houve uma desconcentração da atividade dos particulares, pois a União passou a ser mais atuante no setor

³⁰ BRITO, Érico Henrique Garcia de. *Revisão tarifária e diferenças regionais: um estudo de concessões de distribuição de energia elétrica no Brasil*, 2009, p. 14.

³¹ CORRÊA, Maria Letícia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica*, abr. 2005, p.270.

de energia elétrica, principalmente por meio da criação de empresas estatais que passaram a trabalhar diretamente na geração de energia, aumentando, dessa forma, a oferta do serviço.

Além disso, o Código de Águas implementou a nacionalização das quedas d'água, tanto básicas quanto essenciais, que pudessem ser utilizadas na defesa econômica e militar do país, sendo necessário apenas que os bens fossem controlados por brasileiros, independentemente de ser ou não bens do Estado. Essa nacionalização se daria de forma progressiva, conforme o texto do artigo 195, e parágrafo 1º, do Decreto nº 24.643, de 10 de Julho de 1934, *in verbis*:

Art. 195. As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil.

§ 1º As empresas a que se refere este artigo deverão constituir suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros.

Monica Landi³² explica que nessa seara de mudanças, com o objetivo de desconcentrar o setor, ficou estabelecido que as novas concessões e autorizações para a geração e distribuição de energia elétrica seriam dadas apenas às empresas nacionais ou empresas estabelecidas no Brasil, ficando assegurado às empresas estrangeiras o direito adquirido antes do advento do Código de Águas.

Cumprir salientar que não era vedada concessão e autorização às empresas privadas para a exploração, transmissão e distribuição da energia, contudo, para que o referido contrato ocorresse, era necessário que o patrimônio da concessionária fosse revertido, ao final do contrato, para o Estado³³.

Vale ressaltar que, embora o Código de Águas ter sido considerado o precursor na legislação hídrica no Brasil, sua aplicação era demasiadamente limitada, uma vez que várias de suas normas necessitavam de regulamentação, em especial o modelo econômico-financeiro adotado para as concessões, destacando-se as questões do tombamento de bens e instalações das empresas de energia elétrica. Ademais, as alterações promovidas pelo Código foram amplamente questionadas pelas empresas atuantes no setor, sobretudo as questões

³² LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*. São Paulo, 2006. 219 f. Tese (Doutorado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p.54

³³ *Idem*, p. 54.

concernentes às tarifas fixadas, que eram por meio do serviço pelo custo e com uma remuneração que tinha como base o custo histórico do investimento³⁴.

No que se refere à fixação da tarifa do serviço pelo custo, esta constitui a principal crítica feita ao Código de Águas, visto que essa forma de cálculo considerava para formação do preço do serviço as despesas de operação, reservas para depreciação e reversão dos bens e a justa remuneração do investimento, o que tornava as tarifas cobradas mais justas, uma vez que corrigia os preços abusivos estabelecidos pelas empresas.

O Departamento Nacional da Produção Mineral (DPNM), criado pelo Decreto 23.979 de 1934, tinha como atribuições a promoção do estudo das águas no país, controle e fiscalização dos serviços de energia elétrica.

O Código de Águas previa, ainda, em suas Disposições Gerais, a criação do Conselho Federal de Forças Hidráulicas e Energia Elétrica para atuar como órgão consultivo de regulamentação do setor energético. Inspirado no modelo norte-americano *Federal Power Commission*, o Conselho, após estruturação em 1939 e em meio a um contexto de crise energética nacional, com destaque para as regiões Sudeste e Sul, criou o CNAEE.

O CNAEE centralizava os estudos realizados pelas esferas federal, estadual e municipal referente à energia, a partir da qual passou a definir regras de interligação dos sistemas elétricos. Para assegurar a lisura nas medidas adotadas, os integrantes do Conselho não podiam ter nenhum tipo de ligação com as empresas de energia.

Apesar das atribuições do CNAEE, sua principal atuação até o advento da Constituinte de 1947 foi a regulamentação do Código de Águas. A criação do CNAEE constituiu um meio termo entre a relação do Estado com as empresas privadas atuantes no setor. Se de um lado não era possível admitir a miserabilidade regulatória, por outro, não se podia criar obstáculos à expansão do setor elétrico por meio do nacionalismo vigente na década de 1930.

Complementando, Maria Leticia Correa³⁵ comenta:

Embora não fosse mais possível o retorno à situação de “vácuo regulatório” da República Velha, a criação do CNAEE em 1939 significava o abandono do nacionalismo “revolucionário” dos anos de 1930 e a opção pelo estabelecimento de um fórum de entendimento dentro do governo, com vistas à cooperação com os grupos estrangeiros do setor.

³⁴ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 4.

³⁵ CORRÊA, Maria Leticia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica*, abr. 2005, p.282.

Na busca por esta compatibilização de interesses estatal e privado, o CNAEE adotou várias medidas flexibilizadoras, dentre as quais se destacam: a possibilidade de transferência de propriedade entre as concessionárias e a tributação das empresas atuantes no setor que passou a ser regulamentada levando em consideração os interesses dos dois polos do contrato, concessionárias e Estado.

O Código de Águas previa a regulamentação dos contratos de concessão celebrados antes de 1934. As questões concernentes a essa regulamentação que envolviam as decisões sobre ampliação e novas instalações, a forma de investimento do capital pelas empresas e a base de cálculo utilizada para determinar a tarifa a ser praticada ficaram centralizadas junto ao Conselho Nacional de Energia Elétrica.

É possível denotar, por ora, que embora nesse período de desenvolvimento do setor elétrico brasileiro buscava-se ampliar a participação estatal no ramo, tem-se que o Estado se viu obrigado a flexibilizar sua intervenção nesse mercado proposta pela Constituição de 1937, tanto que, em 1943, novos contratos foram autorizados pelo Estado e o prazo dos contratos já existentes ampliados.

A Carta de 1937, com caráter mais rígido que a Constituinte de 1934, “proibia qualquer novo aproveitamento hidráulico por empresas estrangeiras, estabelecendo que as concessões só seriam atribuídas a brasileiros ou a empresas constituídas por acionistas brasileiros”³⁶.

Antônio Ganim³⁷ explica que, em 1938, o Decreto-Lei nº 852 estabeleceu que a autorização ou concessão para a construção de novas linhas de transmissão e redes de distribuição de energia elétrica deveriam ser previamente autorizadas pelo governo federal, e, em 1941, por meio do Decreto-Lei nº 2.281, foi determinada a previa necessidade de autorização do governo federal para o exercício de atividades no ramo das termoelétricas.

No final da década de 1930 e início da década de 1940, houve uma queda na expansão do setor elétrico brasileiro. Referido declínio deu-se em razão de dois fatores. O primeiro deles é imputado ao Código de Águas que, em decorrência da incerteza regulatória, acabou por desencorajar as empresas estrangeiras atuantes no setor nacional que diminuíram os investimentos no ramo. O segundo motivo foi ocasionado por um fator externo, que foram as restrições impostas à importação de máquinas ocasionada pela Segunda Grande Guerra Mundial.

³⁶ CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços público de energia elétrica: em face da constituição Federal de 1988 e o interesse público*, 2002, p. 41.

³⁷ GANIM, Antônio. **Setor elétrico brasileiro**. Aspectos regulamentares, tributário e contábeis. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003, p. 25.

Em contrapartida ao declínio na expansão do setor de energia, tem-se a demanda pelo serviço que não parava de aumentar, principalmente nas regiões sudeste e sul do país. A divergência existente entre esses dois pontos deflagrou uma série de situações negativas. Novas ligações deixaram de ser atendidas e quedas frequentes no fornecimento de energia, sobretudo em horários de pico. A situação era tão grave que o governo se viu obrigado a adotar medidas transitórias, mas de caráter emergencial, por meio do Decreto-Lei nº 4.295/1942, para conter a crise, inclusive prevendo a possibilidade de racionamento de energia elétrica.

A iminente possibilidade de racionamento de energia elétrica demonstrava que o setor energético precisava de ações que expandissem sua capacidade. Precisava o Estado flexibilizar as normas impostas pela constituinte de 1937 para atrair mais investimentos e impedir que estes fossem retirados pelas empresas privadas. Caso referidas medidas não fossem adotadas, o desenvolvimento industrial e urbano do Brasil estaria comprometido.

Entre os anos de 1942 e 1943, em estudo realizado pelo estadunidense Morris L. Cooke, com o intuito de avaliar uma possível contribuição do Brasil para a Segunda Guerra Mundial, ficou constatado que um dos principais empecilhos ao desenvolvimento da indústria nacional dava-se em razão da carência do setor de energia elétrica³⁸.

Entre os anos de 1943 e 1945 o governo criou a Comissão Estadual de Energia Elétrica (CEEE) e a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF), primeira empresa federal atuante no setor de energia elétrica³⁹.

A CEEE foi criada pelo Decreto-Lei Estadual nº 328/1943, pelo governo do Rio Grande do Sul, tendo como principal objetivo sistematizar ações que culminassem com o aproveitamento energético⁴⁰.

No período em que Vargas esteve no poder o setor de energia passou por profundas transformações. Em um primeiro momento, tem-se a centralização federal do controle do aproveitamento hidroelétrico com a promulgação do Código de Águas e a Constituição de 1937, e, em um segundo momento, medidas flexibilizadoras para não inviabilizar os investimentos no setor.

No Governo Dutra, observadas as recomendações propostas por Morris L. Cooke, foi criado em 1946 o Plano Nacional de Eletrificação que trazia como principal medida o investimento em usinas elétricas de pequeno e médio porte⁴¹.

³⁸ REGO, Erik Eduardo. *Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica*. Dissertação. (Mestrado). IEE/USP. São Paulo, 2007, p. 17-18

³⁹ Idem, p. 17-18.

⁴⁰ Idem, *loc. cit.*.

Em 1948, em missão no Brasil, o norte-americano John Abbink elaborou um relatório apresentando os resultados de seus estudos, na qual analisava os segmentos econômicos e as questões de infraestrutura do país e qual o papel que o Estado deveria exercer no plano de desenvolvimento⁴².

Mais uma vez, como na missão anterior comandada por Cooke, o setor de energia elétrica foi considerado um empecilho ao desenvolvimento do país. A partir daí, uma série de medidas começaram a ser adotadas para impulsionar o setor. O Plano Salte, que destinava recursos para setores estratégicos da economia, direcionou 16% dos recursos para o setor de energia em geral, em que 52% desse total era direcionado ao setor de energia elétrica, que inicialmente pretendia, em seis anos, elevar a capacidade elétrica instalada no Brasil de 1.500 MW para 2.800 MW⁴³.

O Plano Salte, executado por um curto período entre 1950 e 1951, não surtiu os efeitos esperados, pois sua execução parcial não resolveu os problemas estruturais do setor energético, fator que agravou a crise no ramo.

De volta ao poder em 1951, Getúlio Vargas acelerou o processo de estreitamento de relações entre o Brasil e os Estados Unidos, motivado principalmente pelo fato de o Brasil se tornar base aliada dos Estados Unidos contra o comunismo proposto pela Coreia⁴⁴.

Por meio da Comissão Mista Brasil-Estados Unidos (CMBEU), instituída em 1950 com o objetivo de estabilizar a economia e impulsionar o desenvolvimento do país, foi constatado que o desequilíbrio entre a oferta e a procura do setor elétrico era provocado por quatro fatores: crescimento industrial, crescimento dos centros urbanos, rigoroso controle tarifário e a mudança da matriz energética⁴⁵.

Dentre as medidas adotadas pela CMBEU, para ampliar e melhorar a infraestrutura do setor com o objetivo de reduzir as crises energéticas e racionamentos constantes, inserem-se a revisão dos contratos, reexaminando a relação entre o poder concedente e o concessionário, implementação material dos preceitos constantes no Código de Águas, estabelecimento das diretrizes a serem adotadas com o intuito de atrair novos investidores e, por fim, estabelecer condições de lucro⁴⁶.

⁴¹ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 5.

⁴² *Ibidem*, p.5.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ VIANNA, Sérgio Besserman; VILLELA, André. *O pós-Guerra (1945-1955)*. In: *Economia Brasileira Contemporânea (1945-2004)*. Giambiagi, F. et al., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.29.

⁴⁵ *Ibidem*, p.6.

⁴⁶ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p.58.

Em paralelo às medidas indicadas pela CMBEU, a Assessoria Econômica do Gabinete Civil da Presidência da República encaminhou alguns projetos de Lei ao Congresso Nacional buscando expandir o parque energético brasileiro. Dentre os projetos, destacam-se a criação do Fundo Federal de Eletrificação (FFE) e a instituição do Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE), criados pela Lei 2.308/54⁴⁷.

A partir do governo de Juscelino Kubitschek (1956), o setor elétrico foi novamente impulsionado pela criação da maior parte das empresas estaduais atuante no setor, com destaque para Furnas Centrais Elétricas S.A comandada paralelamente pelos governos federal e estadual mineiro. Segundo Lafer⁴⁸, a implementação dessas empresas fazia parte do plano do Presidente Juscelino que visionava a estruturação do país por meio de uma estratégica política de industrialização que, necessariamente, passava pelo desenvolvimento da indústria energética.

O principal foco da política de industrialização pretendida por Juscelino Kubitschek era o setor de energia que consumia cerca de 44% dos recursos investidos, sendo 23,7% desses recursos direcionados ao setor elétrico. Com a injeção desses recursos, pretendia-se aumentar a capacidade de produção de 3.491 MW em 1956 para 5.595 MW em 1961, gerando um crescimento anual de aproximadamente 10%⁴⁹.

Como resultado desses investimentos, tem-se o aumento significativo da capacidade de geração de energia elétrica das empresas estatais. Enquanto em 1952 a capacidade girava em torno de 6,8%; em 1962, a capacidade de geração das empresas públicas era de 31,3% e, já em 1965, após a criação da Hidrelétrica de Furnas (Furnas Centrais Elétricas S.A) em 1964, a geração de energia elétrica pelo setor público consistia em 54,6%.

Observando o aumento da capacidade de geração de energia elétrica pelo poder público, Lima⁵⁰ elaborou uma tabela com a evolução da capacidade instalada por categoria de concessionária, de 1952 a 1965, em que é possível perceber, que em 1961, mais de 84% da meta do governo já havia sido cumprida (Tabela 2).

⁴⁷ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 7.

⁴⁸ LAFER, Celso. JK e o programa de metas – processo de planejamento e sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p.48.

⁴⁹ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p. 63.

⁵⁰ LIMA, José Luís. *Estado e energia elétrica no Brasil: o setor elétrico no Brasil, das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962)*, 1984, p.109.

Tabela 2 – Evolução da capacidade instalada de geração de energia elétrica por categoria de concessionária (1952-1965)⁵¹

Ano	PúblicoMW	%	PrivadoMW	%	AutoprodutorMW	%	Total MW
1952	135,6	6,8%	1.635,5	82,4%	213,7	10,8%	1.984,8
1953	171,1	8,1%	1.631,3	77,5%	302,5	14,4%	2.104,9
1954	303,2	10,8%	2.159,6	77,0%	342,7	12,2%	2.805,5
1955	538,5	17,1%	2.248,4	71,4%	361,6	11,5%	3.148,5
1956	657,1	18,5%	2.551,9	71,9%	341	9,6%	3.550
1957	681	18,1%	2.696,2	71,6%	390,2	10,4%	3.767,4
1958	824,5	20,6%	2.742,8	68,7%	425,8	10,7%	3.993,1
1959	968,5	23,5%	2.724	66,2%	422,7	10,3%	4.115,2
1960	1.098,9	22,9%	3.182,2	66,3%	519	10,8%	4.800,1
1961	1.341,5	25,8%	3.242,1	62,3%	621,6	11,9%	5.205,2
1962	1.791,9	31,3%	3.161,4	55,2%	775,5	13,5%	5.728,8
1963	2.305,5	36,3%	3.161,4	49,8%	885,5	13,9%	6.355,4
1964	2.872,4	42,0%	3.084,7	45,1%	882,9	12,9%	6.840
1965	4.048	54,6%	2.486,2	33,5%	876,8	11,8%	7.411

Contudo, a expansão da capacidade instalada de geração de energia elétrica deu-se, principalmente, pelo financiamento do BNDES em parceria com empresas estaduais de energia elétrica, tais como Centrais Elétrica do Maranhão, Companhia Elétrica de Alagoas, Espírito Santo Centrais Elétricas e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Com essa parceria financiou cerca de 46,3% dos projetos de expansão do setor elétrico.

Quanto a participação do BNDES no processo de expansão da capacidade instalada de geração de energia elétrica pelo poder público, entre os anos de 1952-1961, segue a tabela 3 que retrata esta situação:

Tabela 3 – Capacidade instalada e participação do BNDE no acréscimo anual de capacidade instalada de geração de energia elétrica – 1952-1961⁵²

Ano	Capacidade instalada total ao final do ano (MW)	Total (A)	Acréscimo anual de capacidade instalada (MW) Com financiamento do BNDE (B)	B/A%
1952-54	2.806	865,5	-	-
1955	3.149	343,0	21,6	6,3%
1956	3.550,5	401,5	54,0	13,4%
1957	3.767,9	217,4	102,0	46,9%
1958	3.993,6	225,7	81,7	36,2%
1959	4.115,7	122,1	72,5	59,4%
1960	4.800,6	684,9	514,9	75,2%
1961	5.205,7	405,1	126,4	31,2%
1962	5.729,3	523,6	502,0	95,9%
1955-62	-	2923,3	1475,1	50,5%
1956-60	-	1651,6	825,1	50,0%
1956-61	-	2056,7	951,5	46,3%

⁵¹ *Ibidem*, p.109.

⁵² GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 8.

Entretanto, nota-se que, apesar da crescente participação do setor público, em 1957, em razão das políticas de flexibilização propostas pelo governo, as empresas privadas também aumentaram sua capacidade instalada de geração de energia elétrica.

Essas medidas de flexibilização, adotadas após a regulamentação do Código de Águas pelo Decreto nº 41.019/57, consistiam basicamente na consolidação do regime tarifário do serviço pelo custo, garantindo às concessionárias de distribuição de energia elétrica uma receita suficiente para cobrir os custos do investimento para prestação do serviço público. A esta receita acrescia-se uma remuneração mínima 10% e máxima de 12%.

Vale destacar que o Decreto 41.019/57 ainda trouxe algumas definições importantes, como se observa nos artigos 58, 59 e parágrafo 1º, *in verbis*:

Art. 58. Investimento das empresas de eletricidade é a importância efetiva e permanente empregada na propriedade do concessionário em função da sua indústria.

Art. 59. O montante do investimento será determinado com base no custo histórico da propriedade em função do serviço e será expresso em moeda nacional; mas a tradução monetária do valor original do investimento a ser corrigida nos termos da legislação vigente.

§ 1º Entende-se por custo histórico a importância, em moeda nacional, real e comprovadamente gasto pelo concessionário para a aquisição dos bens que integram a propriedade em função do serviço e registrada na sua contabilidade.

A década de 1960 foi marcada por grandes transformações na política nacional, sobretudo em razão da transição de presidentes. No que tange ao setor elétrico brasileiro, em 1960 foi criado o Ministério de Minas e Energia pelo Decreto nº 3.782, incorporando o Conselho Nacional de Águas e a Divisão de Águas e em 1961 a criação das Centrais Elétricas do Brasil - Eletrobrás.

Sobre essa abordagem, Araújo⁵³ argumenta que:

A criação da Eletrobrás foi um marco na história do setor elétrico brasileiro. Ela fortaleceu sua integração em nível nacional e o peso das empresas públicas. Também introduziu novas formas de planejar e financiar sua expansão, com um novo modelo de estruturar e operar a indústria de energia elétrica e encerrando seu período formativo.

Após a saída de Juscelino, Jânio Quadros assumiu a presidência em 1960, mas em 1962 renunciou ao cargo que foi assumido pelo vice-presidente João Goulart⁵⁴.

⁵³ ARAÚJO, João Lizardo Rodrigues Hermes (org.). *Diálogos de energia: reflexões sobre a última década, 1994-2004*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2005, p. 35.

A respeito das principais políticas implementadas por João Goulart no setor elétrico, destacam-se:

- i) a criação, em 30 de maio de 1962, da Comissão de Nacionalização das Empresas Concessionárias de Serviços Públicos (Conesp), para, fundamentalmente, tratar da nacionalização das empresas do Grupo Amforp;
- ii) a constituição, em junho de 1962, da Eletrobrás, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com as atribuições de planejar e coordenar o setor; desempenhar as funções de holding de várias concessionárias; e administrar os recursos financeiros (inclusive o empréstimo compulsório vigente a partir de 1964) destinados às obras de expansão da base produtiva do setor, papel esse antes desempenhado pelo BNDES, desde a criação do Banco;
- iii) a transformação, em 1965, da Divisão de Águas e Energia do DNPM em Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), órgão vinculado ao MME. Com a extinção do CNAEE, em 1967, suas funções passam ao DNAE, que muda de denominação para Departamento de Águas e Energia Elétrica (DNAEE);
- iv) a criação, em 1962, do Comitê Coordenador de Estudos Energéticos da Região Centro Sul;
- v) a contratação, em 1962, do Consórcio Canambra Consulting Engineers Ltda, a fim de apresentar soluções para os problemas de fornecimento de energia elétrica nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Os estudos do Canambra forneceram importantes contribuições para o planejamento energético brasileiro e subsidiaram os planos de desenvolvimento econômico do país, quais fossem: o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG, 1964- 66) e o Plano Estratégico de Desenvolvimento (PED, 1968-70); e
- vi) a regulamentação da reavaliação dos ativos e a autorização para a correção permanente do imobilizado operacional – base para o cálculo da remuneração dos investimentos. Esse era um ajuste reivindicado, pois o recrudescimento da inflação ao final dos anos 50 representava fator de descapitalização das concessionárias e a legislação então vigente (Código de Águas) fixava como princípio a tarifação da energia elétrica pelo “custo histórico do serviço”.⁵⁵

No que concerne ao equilíbrio econômico financeiro do setor de energia elétrica, a Lei 4.357 de 1964 instituiu a correção monetária e passou a autorizar a emissão de obrigações do Tesouro Nacional dando um fôlego ao financiamento do setor. Já a Lei 54.936, também de 1964, criou uma nova forma de financiamento, a saber, a correção monetária que recaía sobre ativos imobilizados que poderiam atingir o grau de reajuste tarifário.

A conformação dos fatores que resultaram com uma maior arrecadação permitiu a expansão da capacidade instalada de geração de energia elétrica do país.

⁵⁴ VILLELA, André. Dos “Anos Dourados” de JK à Crise Não Resolvida (1956-1963). In: GIAMBIAGI, Fábio (org.). *Economia brasileira contemporânea*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier 2005, p.61.

⁵⁵ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 9.

No período compreendido entre o governo de Getúlio Vargas e o de João Goulart, denota-se que o setor elétrico passou por profundas modificações, primeiro pela ampliação das normas regulamentando e aumentando a participação estatal no setor elétrico e, segundo, pela flexibilização das normas impostas pelo Código de Águas e pela Constituinte de 1937, com o objetivo de atrair capital privado e resolver o problema de crises e racionamentos de energia suportados pela população⁵⁶.

Ficou constatado que o modelo primário exportador, no qual se tinha um forte índice de desnacionalização e concentração de capital, era um empecilho ao desenvolvimento econômico e social do país. Os planos adotados pelos governos para a aceleração da industrialização e da politização estratégica do país fizeram com que esse modelo primário caísse em declínio e desse espaço a uma maior presença do Estado na regulação da indústria elétrica e na apresentação de propostas para expandir o setor, tudo com o objetivo de cessar o descompasso existente entre a oferta e demanda pelo serviço.

Não contente apenas com a presença na regulação do setor, o Estado passou a atuar como produtor direto de energia elétrica criando inúmeras instituições já acima mencionadas. Como resultado do processo de intervenção estatal nos decênios de 1950 e 1960, tem-se que, no início da década de 1970, 45% da geração de energia elétrica estava sob o domínio de empresas públicas, 35% de domínio de empresas estrangeiras, sobretudo pela Light e os 20% restante pertenciam a autoprodutores ou de pequenas empresas nacionais.

1.3 ESTRUTURA LEGAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO NO PERÍODO DITATORIAL

Durante o período da Ditadura Militar, por ser tratado como área estratégica e de segurança nacional, o setor elétrico brasileiro passou por uma reestruturação de seus órgãos normativos, fiscalizador e controlador⁵⁷, em que o Estado passou a absorver as empresas privadas atuantes no setor, ocasionando um monopólio federal na geração de energia e monopólios estaduais no que tange à distribuição.

⁵⁶ VILLELA, André. Dos “Anos Dourados” de JK à Crise Não Resolvida (1956-1963). In: GIAMBIAGI, Fábio (org.). *Economia brasileira contemporânea*, 2005 p.61.

⁵⁷ LIMA, José Luís. Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do código de águas à crise dos anos 80 (1934-1984). Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade: 1995, p.99.

A Lei nº 4.904 de 17 de dezembro de 1965, com o objetivo de substituir o CNAEE, criou o Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), mais tarde renomeado de Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) pelo Decreto nº 63.951 de 1968.

Como já mencionado, a Lei nº 4.357/64 trouxe equilíbrio econômico-financeiro aos contratos do setor de energia elétrica com diversas formas de financiamento do setor, dentre elas: a autorização para emissão de obrigações do Tesouro Nacional; instituição da correção monetária e a possibilidade de se ter uma correção monetária que incidia sobre os ativos imobilizados que incorreria em reajustes tarifários, instituídos pela Lei nº 54.936/64.

O novo regime econômico-financeiro influenciou de forma considerável as tarifas de energia elétrica, como é possível verificar os números apresentados no período de 1963 a 1973 (Tabela 4):

Tabela 4 – Tarifas de energia elétrica (1963-1973)⁵⁸

Ano	Tarifa Média	Tarifa Fiscal
1963	90,67	103,46
1964	100,00	100,00
1965	139,88	164,57
1966	143,63	197,15
1967	155,94	234,80
1968	138,42	222,20
1969	149,69	232,85
1970	165,82	256,12
1971	163,25	253,94
1972	174,80	273,00
1973	164,14	254,95

O objetivo do governo com a introdução do novo regime econômico-financeiro no setor de energia elétrica era aumentar a arrecadação do Imposto Único sobre Energia Elétrica e do Empréstimo Compulsório, o que culminaria na expansão da capacidade instalada de geração de energia elétrica.

No ano de 1968, foi criada a Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A – Eletrosul, sendo incorporada à Eletrobrás juntamente com as subsidiárias de Furnas, Chesf e Eletronorte. Em 1971, a Lei nº 5.655/71 introduziu profundas modificações no regime tarifário, estabelecendo a elevação da taxa máxima de remuneração legal de 10 para 12%, reduzindo a alíquota do imposto de renda pago pelas empresas de 17 para 6% e, por fim, criando o tributo da Reserva

⁵⁸*Ibidem*, p. 102.

Global de Reversão (RGR) instrumento utilizado pelo governo para transferir investimentos para regiões deficitárias com relação à base de consumo⁵⁹.

A criação do encargo setorial RGR tem como fato gerador investimento de concessionárias de energia elétrica, tendo como base de cálculo o valor dos investimentos com teto definido pela receita e foi criado com o objetivo de indenizar ativos vinculados à concessão e fomentar a expansão do setor elétrico⁶⁰.

Em 1973 foi promulgado o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, Decreto nº 72.707, dispondo sobre o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná pertencente em condomínio aos dois países, por meio da criação de uma entidade binacional que teria como objetivo a criação e operação da Usina de Itaipu.

Contudo, com o agravamento das crises do petróleo em 1973 e 1979, o monopólio do setor de energia elétrica começou a enfrentar crises pela falta de investimento, a acarretar a elevação dos custos e um retrocesso no desempenho do serviço,⁶¹ gerando uma impossibilidade de se expandir o tamanho das centrais elétricas e o endividamento das empresas nacionais de energia.

Com o objetivo de estimular o crescimento do setor de energia, o governo traçou como meta do II Plano Nacional de Desenvolvimento a reestruturação do modelo intervencionista estatal que somente foi implementado na década de 1990, bem aquém de outros países como Chile, Inglaterra e Estados Unidos, que iniciaram o processo de desestatização ainda em 1970⁶².

A remuneração legal dos investimentos das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica era disciplinada pela Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971. Esta lei estabeleceu em seu artigo 1º que “a remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do poder concedente”.

A intenção do governo era viabilizar os investimentos e diminuir o endividamento externo do setor.

⁵⁹ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p.79.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2010_WhitePaper_02_AcendeBrasil_Rev2.pdf>. Acesso em 23 mar 2016.

⁶¹ MALAGUTI, Gustavo Abreu. *Regulação do Setor Elétrico Brasileiro: da formação da indústria de energia elétrica aos dias atuais*. 2009, p. 21.

⁶² LIMA, José Luís. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do código de águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*, 1995, p.121

Com a finalidade de equalizar as tarifas de energia elétrica no Brasil e universalizar o serviço, foi promulgado, em 1974, o Decreto nº 1.383, que estabelecia medidas capazes de reduzir o valor da conta de energia das regiões mais pobres do país, ou seja, medidas que possibilitariam a transferência de recursos das Regiões Sul e Sudeste para o Norte e Nordeste do país.

Rego⁶³ a esse respeito discorre que:

A compensação seguia uma hierarquia, se a concessionária estivesse acima de 10% de remuneração anual (não mais 12%, ver art 5º do DL 1.383), a critério do MME – havia certo poder discricionário, portanto – em tese o excedente iria para a RGG (até 2% dos investimentos da empresa), já deduzidos previamente todos os encargos existentes, como o custo do serviço, o que incluía a RGR.

Competia ao Governo Federal definir o valor das tarifas de fornecimento de energia elétrica a ser praticado pelos concessionários.

O Decreto nº 1.383/74 também regulamentou, em seu artigo 4º, o equilíbrio econômico financeiro, *in verbis*:

Art. 4º A garantia de equilíbrio econômico e financeiro das concessões será considerada sob os seguintes aspectos:

- a) viabilidade econômica dos investimentos em relação ao mercado respectivo;
- b) aumento da produtividade, pela gradual redução das despesas de exploração em proporção à receita tarifária;
- c) estabilidade financeira dos concessionários;
- d) progressiva equalização tarifária em todo o território nacional.

Assim, ficou estabelecido por meio do Decreto um regime de subsídios cruzados por meio dos quais se criaria uma reserva de recursos que garantissem o equilíbrio econômico e financeiro das concessões. A essa conta deu-se o nome de Reserva Global de Garantia (RGG) que, em 1988, foi renomeada para Reserva Nacional de Compensação de Remuneração (RENCOR) através do Decreto nº 2.432.

Denota-se, assim, que após a equalização tarifária proposta pelo governo em 1975, limitando os reajustes que as tarifas de energia elétrica poderiam sofrer em até 20% ao ano, houve uma queda na arrecadação já que deteriorou os preços dos serviços públicos, afetando os investimentos no setor.

⁶³ REGO, Erik Eduardo. *Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica*, 2007, p. 2007, p.35.

Assim, depois da equalização proposta pelo governo, as empresas que obtivessem remuneração superior a 12% ao ano deveriam repassar um percentual à RGG que, por sua vez, repassava às concessionárias que não alcançavam a meta de remuneração de 10% ao ano. Ainda, as empresas que, mesmo após receber o complemento do fundo RGG, não alcançassem remuneração de 10% ao ano, teriam seus nomes registrados em uma Conta de Resultados a Compensar (CRC), com o objetivo de compensar as insuficiências de remuneração do investimento das concessionárias.

Em relação ao setor elétrico brasileiro, a década de 1970 se encerrou com a promulgação do Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979 que criou o Programa Nacional de Desburocratização, destinando-se à simplificação e dinamização do funcionamento da administração pública federal, com uma série de objetivos, dentre os quais se destacam a redução da interferência do governo na atividade do cidadão e do empresário, fortalecimento do sistema da livre empresa, por meio do favorecimento da pequena e média empresa e impedir, por meio do estímulo da execução indireta dos serviços, o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal⁶⁴.

O Decreto nº 83.940/79 determinou em seu artigo 3º, que:

O ato de fixação ou reajustamento de qualquer preço ou tarifa por órgãos ou entidades da Administração Federal, Direta ou Indireta, mesmo nos casos em que o poder para tal fixação seja decorrente de lei, dependerá, para sua publicação e efetiva aplicação, de prévia aprovação do ministro de Estado, chefe da Secretaria de Planejamento⁶⁵.

A meta do governo com a promulgação deste Decreto era a de combater a inflação por meio da utilização da mesma estrutura tarifária, a qual, com vistas a conter os reajustes tarifários, reduziu expressivamente o repasse de receita para o setor de energia elétrica, assim como a inscrição de empresas no CRC e, também, inviabilizou a geração de recursos para investimentos.

Em 1977, por conta do Decreto nº 79.706, os reajustes tarifários passaram a ser incumbência do Ministério da Fazenda que, a partir de então, não mais refletia o custo do

⁶⁴BRASIL. *Decreto nº 83.749*, de 19 de Julho de 1979. Ementa: Concede à Mineração Taboca S.A. o direito de lavrar cassiterita no Município de Ariquemes, Território Federal de Rondônia. Art. 1 e 3 b, f e g. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83749-19-julho-1979-433079-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 jan 2016.

⁶⁵BRASIL. *Decreto nº 83.940*, de 10 de setembro de 1979. Ementa: Dispõe sobre a transferência do Conselho Interministerial de Preços (CIP) para a Secretaria de Planejamento da Presidência da República, e dá providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83940-10-setembro-1979-433484-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 jan 2016.

setor, haja vista as tarifas estarem sendo utilizadas como mecanismo de política econômica e de controle da inflação.

Em 1981 o tributo de RGR teve sua sistemática alterada, aumentando sua incidência de 3% para 4% do investimento remunerável, deixando de ter sua base de incidência pelo limite legal e passando a ser pela remuneração média possível com a tarifa autorizada pelo governo federal, situação que agravou ainda mais a crise das empresas de energia que, em 1982 suportaram uma dívida de aproximadamente US\$ 15 bilhões⁶⁶.

Durante o período da Ditadura Militar, apesar de as empresas estatais continuarem a atuar no setor de forma mais incisiva, as empresas privadas, sobretudo as internacionais, foram reinseridas no mercado por meio de financiamento estatal.

Dentre as principais obras, destaca-se a Usina de Itaipu que contribuiu para o crescimento vertiginoso da capacidade instalada de geração de energia nacional.

Contudo, com o estouro das crises do petróleo desencadeadas na década de 1970 e com a intervenção do Estado participando diretamente na indústria de energia elétrica e ocasionando o congelamento das tarifas e o uso político partidário das indústrias elétricas, o setor de energia passou por crises que evidenciaram a necessidade de reestruturação do mercado existente.

Ainda neste contexto, o inadimplemento das concessionárias de distribuição e de geração de energia elevou o saldo do CRC para 30 bilhões de dólares, fato que demonstrou a necessidade de uma ampla reforma no setor. Desta forma, deu-se o início das mudanças, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e que, apesar das grandes alterações do cenário político e o fim dos monopólios estatais para prestação de serviços públicos, não foram suficientes para evitar a grande crise que se desencadearia nos próximos anos, como será a seguir explanado.

1.4 REFLEXOS NO DIREITO DE ENERGIA ELÉTRICA NO PERÍODO DE 1985 A 2000

No final da década de 1980, restou evidenciado a falência do modelo intervencionista estatal e a deterioração da situação econômico-financeira do setor elétrico, fatores que

⁶⁶ LIMA, José Luís. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do código de águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*, 1995, p.126.

culminaram na implementação de mecanismos que promovessem a expansão do setor e, por consequência, abriu espaço às novas empresas, aumentando assim o mercado competitivo como forma de estimular a redução dos custos e das tarifas, bem como a solução das crises de financiamento e a melhora na qualidade do serviço prestado.

Esse processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que promoveu uma maior competição e uma maior participação do setor privado na prestação de serviços públicos, reservando ao Estado o papel de agente regulador e fiscalizador. Foram criadas inúmeras instituições, buscando dar maior eficiência à gestão da coisa pública, definindo as formas de atuação das empresas privadas no setor de energia.

A primeira Lei nesse processo de reestruturação do Sistema Elétrico Brasileiro é a Lei nº 8.631, de 1993, que estabeleceu diretrizes para a extinção da equalização de tarifas no que concerne à geração e à distribuição de energia, desverticalizando a cadeia produtiva, reconhecendo as peculiaridades das funções de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica⁶⁷.

No que diz respeito às relações contratuais, ficou estabelecido pela Lei nº 8.631/93 a obrigatoriedade de contratos de fornecimento entre empresas geradoras e distribuidoras, através da fixação das demandas de potência e de energia de curto, médio e longo prazos, explicitando, ainda, as quantidades, os preços e as regras de intercâmbio entre as empresas envolvidas.

Além da separação tarifária, o artigo 7º, da Lei regulamentada pelo Decreto nº 774, de 18 de março de 1993, estabeleceu que:

Art. 7º O regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar (CRC) e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração (Rencor), ficarão extintos na data da publicação do decreto regulamentador desta lei.

No que concerne aos débitos das concessionárias junto à CRC, ficou estabelecido pela Lei que o saldo seria compensado com passivos que as empresas tinham junto à União mediante o encontro de débitos que deveriam obedecer a seguinte ordem:

Art. 7º [...]
§ 3º [...]

⁶⁷ GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p.13.

- a) relativos aos suprimentos e ao transporte de energia elétrica gerada por Itaipu Binacional;
- b) relativos ao suprimento de energia elétrica gerada por outros concessionários supridores;
- c) remanescentes da Rencor;
- d) relativos aos suprimentos de combustíveis fósseis.

§ 4º Após o encontro de contas efetuado na forma do parágrafo anterior, os detentores de créditos de CRC poderão compensá-los com os seguintes ativos da União, existentes em 31 de dezembro de 1992:

- a) créditos a receber de compromissos internos e externos cujas garantias foram adimplidas pela União;
- b) créditos a receber relativos à RGR; e
- c) outros ativos, a critério do Ministério da Fazenda, vedada compensação de tributos e contribuições federais.

Ainda, nas mudanças introduzidas no campo institucional, podem ser citados o Decreto nº 915, que permitiu a formação de consórcios para a exploração de aproveitamentos hidráulicos entre concessionárias e autoprodutores, o Decreto 1.009/93 e a Portaria 337/94 que criaram o Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica (SINTREL), sistema que facilitou o intercâmbio de energia entre concessionárias e produtores independentes nos sistemas de transmissão das redes federais o que, mais tarde, tornaria livre o acesso a todo o sistema de transmissão e distribuição.

Apesar das modificações necessárias introduzidas, principalmente, pela Lei nº 8.631/93, foi apenas em 1995 que os preceitos constitucionais relativos à indústria de energia elétrica foram regulamentados. Essa regulamentação se deu por meio das Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95 que, respectivamente, trataram sobre a concessão e permissão para a prestação de serviços públicos e normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões.

A Constituição Federal, em seu artigo 175, dispõe que:

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

Parágrafo único: A lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado.

É possível denotar que a intenção do constituinte originário ao estabelecer as diretrizes limitando a atuação dos agentes econômicos e do próprio Estado que, enquanto agente

regulador, era de resguardar minimamente os interesses e necessidades dos destinatários dos serviços públicos.

Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.987/95, que estabeleceu parâmetros com relação à forma, ao conteúdo e às condições da prestação dos serviços para que estes fossem/sejam prestados de maneira adequada e eficiente.

A Lei nº 8.987/95, em seu artigo 4º, estabelece que a concessão de serviço público se daria por meio de contrato, devendo observar os termos da Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. O poder concedente deve, ainda, publicar previamente o edital de licitação bem como apresentar a justificativa da conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Para Landi⁶⁸, são pontos fundamentais para a reestruturação do setor elétrico brasileiro:

- a) a obrigatoriedade de prévia licitação para outorga de concessão de serviço público, inclusive subconcessão, [...]
- b) a exigência de prazo determinado para a concessão, renovável por licitação, [...]
- c) os critérios para julgamento das licitações de concessão, fixando-se a tarifa do serviço público a ser prestado, que passou a ser redefinida em contrato, e selecionando-se o maior valor ofertado, para pagamento ao poder concedente, pela outorga da concessão, e
- d) as tarifas poderão ser objeto de reajuste (associado à perda de valor da moeda e à ocorrência de fatos previsíveis não computados no equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato) e de revisão (pela ocorrência de eventos de determinação estatal imprevistos e imprevisíveis).

Enquanto a Lei nº 8.987 traz aspectos concernentes às concessões e permissões de serviços públicos abstratamente, compete à Lei nº 9.074 estabelecer as normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões aplicáveis especificamente ao setor de energia elétrica, fomentando a ideia de competitividade trazida pelo artigo 175 da Constituição Federal, estabelecendo que a exploração dos bens públicos poderia ocorrer por conta e risco do concessionário.

Nesse sentido, Rego⁶⁹ dispõe que:

As normas para outorga e prorrogações das concessões e autorizações de serviço público, além de criar a figura do produtor independente de energia

⁶⁸ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p.105.

⁶⁹ REGO, Erik Eduardo. *Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica*, 2007, p.50.

elétrica, estabelecer o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e permitir que grandes consumidores adquiram energia diretamente de produtores independentes ou de outros concessionários que não fossem o da área de concessão.

Segundo o artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9.074/95, com redação dada pela Lei nº 13.081, de 2015:

[...] exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas, sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987/95, por meio de licitação.

Gomes et al⁷⁰ afirmam que foi a partir do advento da Lei nº 9.074/95 que se iniciou o processo de privatizações no Brasil. Tal assertiva é comprovada com o texto do artigo 27, que determina que o serviço público seja prestado por pessoas jurídicas, sob controle direto ou indireto da União e sobre a privatização simultânea à outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes. Regulamentando, o legislador ainda especificou no texto do artigo 27 que:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência.

§ 1º Na hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita por prazos diferenciados, de forma a que os termos finais de todas as concessões prorrogadas ocorram no mesmo prazo que será o necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão.

§ 2º Na elaboração dos editais de privatização de empresas concessionárias de serviço público, a União deverá atender às exigências das Leis nº 8.031, de 1990 e 8.987, de 1995, inclusive quanto à publicação das cláusulas essenciais do contrato e do prazo da concessão.

§ 3º O disposto neste artigo poderá ainda ser aplicado no caso de privatização de concessionário de serviço público sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

Portanto, com a inserção desse dispositivo, os processos de concessões e de permissões dos serviços públicos tornaram-se mais céleres, visto que o Poder concedente

⁷⁰ GOMES, Antônio Claret S. et. al. O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 13.

estava autorizado a outorgar novas concessões sem reverter previamente os bens vinculados aos serviços públicos que seriam privatizados.

Ademais, a Lei nº 9.074/95 regulamentou, em seu artigo 11, a atividade dos produtores independentes de energia elétrica, a comercialização para consumidores livres, as instalações de transmissão e a função de geração de energia elétrica, a possibilidade e condições para prorrogação das concessões efetuadas naquela época.

Dessa forma, tem-se que a combinação das Leis nº 8.987 e 9.074, de 1993 definiram a necessidade de licitar os novos potenciais hídricos com o objetivo de aumentar a concorrência na função de geração de energia elétrica; diferenciaram os consumidores dividindo-os em dois grupos: livres e cativos; liberdade no acesso à transmissão e definição de uma malha básica, além de regular o teto tarifário (*price caps*). Tanto é assim que após a aprovação das leis em comento foi privatizada a Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa, em julho de 1995.

Além disso, introduzindo um novo regime tarifário para a função de distribuição de energia elétrica, a Lei nº 8.987/95, regulamentou a modalidade do serviço pelo preço ou *price cap*, em seu artigo 9º e 10, *in verbis*:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Embora as Leis nºs 8.987/93 e 9.074/93 estabelecerem que a responsabilidade para prestação dos serviços públicos seria da União, mas que esta poderia, por meio de licitação, outorgar a execução a terceiros, elas não definiram a regulação das concessões dos serviços de energia elétrica.

Até porque a Lei 9.074/93 determinou que as empresas geradoras de energia elétrica poderiam ter prorrogados em até 20 anos, o prazo das concessões.

Com o advento do Decreto nº 1.717, de 24 de dezembro de 1995, abriu-se o caminho para a prorrogação e o reagrupamento das concessões de serviços públicos, bem como estabeleceu metas para cumprimento e conclusão das obras que estavam paralisadas.

Nesse processo de privatizações, em 1996, muitas mudanças podem ser observadas. Além da privatização da companhia elétrica Light, o Decreto nº 2.003/96 regulamentou a atividade dos Produtores Independentes de Energia (PIE), e dos autoprodutores de energia, dispensando de concessão ou autorização o aproveitamento de potenciais hidráulicos inferiores a 1 MW e estabelecendo a implantação de usinas termoelétricas com potencial inferior a 5 MW, além de garantir a esses pequenos produtores livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição das concessionárias e permissionárias de serviço público.

No dia 26 de Dezembro de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.427, com o objetivo de estruturar o setor elétrico brasileiro além de determinar a criação da ANEEL, que teria como objetivo regular e fiscalizar as funções de transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, compatibilizando-as com o plano original do governo federal.

Contudo, nota-se que a efetiva implantação e funcionamento da ANEEL se deu apenas no ano de 1997, por meio da promulgação do Decreto nº 2.335. Tal assunto será melhor abordado em capítulo específico desse estudo, em que será discutido o processo de criação da ANEEL de maneira mais aprofundada.

Vale ressaltar que, além de criar a ANEEL, órgão regulador em nível federal, a Lei nº 9.427/96 reordenou as funções do setor de energia, desverticalizando os setores de suprimento (venda ao atacado) e de fornecimento (venda no varejo).

Definindo de forma clara e objetiva, qual seria o regime econômico e financeiro a ser adotado pela concessão, bem como o que se entende por determinação da tarifa pelo serviço pelo preço, previsto no artigo 10 da Lei nº 8.987/95? O artigo 14 e 15, da Lei 9.427/96, estabelece:

Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento;

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade;
 V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995 [...].

Com a combinação das Leis nº8.987/95 e 9.427/96, elegeu-se o regime tarifário a ser adotado pelos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, qual seja, serviço pelo preço, sendo a tarifa fixada pela proposta vencedora na licitação, de modo que a revisão das tarifas será efetuada de acordo com o que estabelece a lei e o contrato de concessão, mantendo-se, assim, o equilíbrio econômico-financeiro daquele.

Pela adoção desse regime, deixaram-se de lado os custos da concessionária para a prestação do serviço. O regulador estabelece o teto do preço público a ser praticado, de modo que a concessionária possa, dentro desse limite imposto, ajustar os preços. Dessa forma, há uma minimização dos custos convertendo assim em lucro para empresa⁷¹.

A adoção do regime tarifário do serviço pelo preço aliado ao papel do Estado como agente regulador e fiscalizador e a uma regulação setorial por meio de leis e contratos de forma transparente atraiu, de forma incisiva, novos investimentos particulares para o setor elétrico, ocasionando um aumento na geração de energia do país.

Ainda no ano de 1996, o Ministério de Minas e Energia, juntamente, com a Eletrobrás contrataram a empresa inglesa *Coopers e Lybrand* com o objetivo de sugerir um novo modelo institucional para o setor de energia elétrica. Como resultado do relatório elaborado pela *Coopers e Lybrand*, no biênio 1997-1998, a reforma institucional ganhou caráter mais amplo a partir da implementação de uma série de medidas e regulamentações.

Nessa seara de regulamentação, destacam-se:

(i) a Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; (ii) a Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, que criou o Mercado Atacadista de Energia (MAE) e a figura do Operador Nacional do Sistema (ONS); (iii) o Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997, que constituiu a Aneel e aprovou sua Estrutura Regimental; (iv) a Portaria DNAEE 466, de 12 de novembro de 1997, que consolidou as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, harmonizadas com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990); e (v) a

⁷¹ ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

Resolução Aneel 94, de 30 de março de 1998, que definiu os limites de concentração nas atividades de distribuição e geração⁷².

Sobre o Operador Nacional do Sistema (ONS) e o Mercado Atacadista de Energia (MAE), Landi⁷³ dispõe que:

[...] o ONS foi criado com a função de garantir a programação, a operação, o planejamento operacional e o despacho de carga do sistema. [...] o ONS, contando com a participação dos diversos agentes envolvidos no setor, planeja a operação do sistema, tentando assegurar a otimização hidrotérmica.

Já o MAE foi estabelecido com a finalidade de realizar todas as transações de compra e venda de energia dos sistemas interligados, não contratados.

Nesse contexto de privatizações, além das dificuldades técnicas apresentadas, vez que o processo esbarrou-se nos estudos embrionários e leis e regulamentos aplicáveis à estruturação do setor, o processo de privatização encontrou resistência política. Por conta dessa oposição apresentada às cessões das empresas para o setor privado, grandes empresas não foram privatizadas: Furnas Centrais Elétricas S.A e a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF).

Cumpram-se destacar que a Lei nº 9.648 e o Decreto nº 2.655, ambos de 1998, estabeleceram um modelo de expansão do setor, por meio da criação de um ambiente de negociação de energia elétrica no atacado, o MAE, atual Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e o ONS. A expansão pretendida pelo modelo era a do mercado de geração de energia elétrica que se daria por meio do fomento da competição dos agentes atacadista do mercado, permitindo a livre negociação entre os geradores de energia elétrica e demais agentes, observando-se o prazo e as condições para a transição, previstos no art. 10 de referida lei. Aliado a isso, os contratos deveriam ocorrer de forma individualizada no que tange à compra e à venda de energia, bem como estabeleceu o livre acesso dos geradores e dos consumidores livres e especiais às outras funções: transmissão e distribuição, com a contratação separada da conexão e do uso desses sistemas com tarifas definidas pela ANEEL, conforme determina o artigo 9º, da Lei nº 9.648/98.

Com o novo modelo institucional estabelecido pelo projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (RE-SEB), abriu-se espaço para a competição no mercado de energia elétrica, permitindo um intercâmbio entre os diferentes agentes, conhecido como mercado

⁷² GOMES, Antônio Claret S. *et. al.* O setor elétrico. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) *BNDES 50 anos: Histórias Setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 14.

⁷³ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p.126.

livre de energia, em que as empresas que desempenhavam a função de distribuição puderam comprar energia de geradores de qualquer região do país, bem como, grandes consumidores passaram a poder adquirir energia tanto de distribuidores como de geradores.

Essa reestruturação do setor de energia elétrica permitiu que uma nova figura atuasse no mercado de energia, qual seja os comercializadores. Esses agentes surgiram para facilitar as relações entre os outros agentes atuantes no mercado: geradores, transmissores, distribuidores e consumidores livres.

A regulação, atuando quando necessária, deveria coibir eventuais abusos em que monopólios regionais fossem necessários: funções de distribuição e transmissão, pois foi nesses segmentos, que se constatou maiores problemas com endividamento e inscrição na Reserva Nacional de Compensação de Remuneração (RENCOR). Para tanto, novas medidas legais foram adotadas para aprimorar o arcabouço legislativo do setor energético, a saber:

- a) o estabelecimento dos Valores Normativos, trazendo as condições necessárias a distribuidores e geradores para celebrar esses contratos de longo prazo (*power purchase agréments – PPAs*), garantido a expansão do parque gerador e a modicidade das tarifas;
- b) a conclusão do processo definidor dos montantes de energia e demanda de potência e das respectivas tarifas, para viabilizar a assinatura dos contratos iniciais pelas empresas de geração e distribuição;
- c) a nova regulamentação do livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição para os agentes de geração e os consumidores livres;
- d) o estabelecimento de novos padrões de qualidade de serviços para as distribuidoras;
- e) o estabelecimento de limites à concentração econômica; e
- f) a homologação das regras de funcionamento do MAE⁷⁴.

Observa-se que a obrigação de contratação constituiu o grande avanço da década de 1990 para o setor elétrico brasileiro, pois de um modelo em que não se firmavam contratos caracterizados pelo monopólio estatal evoluiu-se para um modelo de mercado, ampliando a participação privada no setor energético, em que era obrigatória a contratação global do suprimento entre geradoras e distribuidoras com o advento da Lei nº 8.631/93 e posteriormente para a dissociação das funções de conexão e uso do fio em contratos específicos e com objetivos distintos suplantado pela Lei nº 9.648/98.

O que se pode denotar pelo estudo da evolução regulatória do setor elétrico brasileiro nesta quarta fase é de que a reforma foi gradual, dando-se através de Leis e Decretos, motivada pelas dificuldades que o governo federal tinha de aprová-los, atrasando, assim, o

⁷⁴ *Op. Cit., loc. cit.*

processo de reestruturação, a gerar incertezas no mercado e retardando investimentos para o setor, tendo em vista as mudanças terem sido introduzidas sempre de maneira tardia, como por exemplo, a ANEEL que foi criada após já terem sido concretizados 40 processos de privatizações.

A esses fatores aliam-se os problemas legais que impediam a cisão de empresas federais, fazendo com que estas continuassem com a estrutura verticalizada, ou seja, a mesma empresa realizava as funções de geração, distribuição e transmissão de energia elétrica, desestimulando a competição.

Todos esses problemas justificam a crise energética que levou ao racionamento no período de junho de 2001 a fevereiro de 2002, como será a seguir discutido.

1.5 CRISE ENERGÉTICA: APAGÃO

Alguns fatores culminaram com a crise energética que o país suportou entre os anos de 2001 e 2002, a saber: reforma gradual e tardia da legislação gerando desconfiança nos investidores; dificuldades em cindir empresas federais, mantendo-se a estrutura verticalizada, falta de estímulo à competição no mercado elétrico e o desequilíbrio entre oferta e demanda.

A matriz energética brasileira, à época fortemente hidráulica, unindo à irregularidade no período de chuvas, acabou gerando um colapso no sistema elétrico brasileiro. A respeito, Losekann⁷⁵ argumenta que:

O principal determinante da crise foi a inadequação do arranjo institucional, que gerava sinais econômicos indutores a ineficiência no curto e no longo prazo. No curto prazo, o modelo adotado para definir a operação subvalorizava a água acumulada nos reservatórios acarretando em sua depleção. No longo prazo, a incerteza decorrente das lacunas regulatórias, do sobre-dimensionamento da energia assegurada e de fatores macroeconômicos, desestimulavam investimentos em termelétricas, que eram as centrais capazes de contornar o problema de escassez de energia em tempo hábil.

⁷⁵ LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: coordenação e concorrência*. 2003. 241f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

O governo, ao perceber o nível baixo dos reservatórios hídricos das grandes usinas, constatou que a falta de energia era eminente. Foi então que, com o objetivo de reduzir o efeito da crise energética por meio da constatação dos motivos que causaram o desequilíbrio entre a oferta e a demanda de energia elétrica, que o presidente Fernando Henrique Cardoso passou a adotar uma série de medidas para minimizar as consequências do racionamento.

Considerado “fato do príncipe”, o racionamento de energia foi estabelecido pela Medida Provisória (MP) nº 2.147, de 15 de maio de 2001, posteriormente substituída pela MP nº 2.148-1, de 22 de maio de 2001, estabelecendo o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica e o Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica.

Os principais objetivos que estes Programas estabeleceram foram:

Programação de Redução do Consumo: visou compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento. Foram definidas metas de consumo mensal, em especial para residências (redução de 20%, como regra), bônus para consumo abaixo da meta, possibilidades de suspensão de fornecimento e regimes especiais de tarifação, entre outros diversos aspectos, como afastamento da aplicação de alguns artigos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Concessões.

Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica (medida preventiva): visou expandir a oferta de energia elétrica; diversificar a matriz energética, para redução da dependência do regime hidrológico, fomentar pesquisas para fontes alternativas de energia; otimizar a distribuição de energia; maximizar a produtividade das fontes geradoras instaladas e concluir os projetos em implementação; e instituir programas compulsórios de racionalização do uso da energia.

No dia 22 de maio de 2001, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso criou a Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica.

Também foi nesta época promulgado o Decreto nº 2.148/01, com o objetivo de propor e programar medidas que conformassem a demanda e a oferta de energia elétrica. Assim, foi instituído a Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica (CASHEE) e criada a Câmara da Gestão da Crise de Energia Elétrica (CGCE), como forma de evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica.

Como principal medida adotada pela CGCE, foi criado pela Resolução nº18, de 22 de junho de 2001, o Comitê de Revitalização do Setor Elétrico, sob a coordenação do BNDES e composto pelo Ministério de Minas e Energia (MME), Ministério da Fazenda e Planejamento, ANEEL, Agência Nacional de Águas e Advocacia Geral da União.

Em 2002, foram publicados os Relatórios de Progresso, números 1 e 2, como parâmetro para o setor energético, em que foram apresentados os seguintes títulos (Quadro 1):

Quadro 1: Medida de Aperfeiçoamento apresentada pelos Relatórios de Progresso 1 e 2⁷⁶

Prop.	Título
1	Aperfeiçoamento do despacho e formação de preço
2	Implementação de oferta de preços
3	Regulamentação da Comercialização da energia de Serviço Público
4	Fontes Alternativas de energia
5	Universalização do atendimento
6	Continuação da reestruturação do MAE
7	Desverticalização
8	Reestruturação do MME
9	Reforço do sinal locacional nas tarifas de transmissão
10	Governança da ONS
11	Revisão dos certificados de energia assegurada
12	Estímulo à contratação bilateral
13	Estímulo à contratação de reserva de geração
14	Mudanças no Valor Normativo (VN)
15	Subsídio ao gás natural
16	Estímulo à existência de consumidores livres
17	Eliminação dos subsídios cruzados
18	Limites para auto-contratação e participação cruzada
19	Aperfeiçoamento dos procedimentos de rede do ONS
20	Finalização e aperfeiçoamento dos modelos computacionais utilizados pelo ONS
21	Procedimentos de alerta quanto a dificuldades de suprimento
22	Supervisão por parte do MME das condições de atendimento
23	Estímulo à expansão da capacidade de suprimento de ponta
24	Aperfeiçoamento das metodologias para expansão da rede de transmissão
25	Estímulo à conservação e uso racional da energia
26	Aperfeiçoamento das regras do MAE
27	Aperfeiçoamento do processo de definição de submercados
28	Aperfeiçoamento das regras do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)
29	Separação das componentes de comercialização e rede nas tarifas de distribuição
30	Aperfeiçoamento e definições nas revisões tarifárias das distribuidoras
31	Agilização do processo de licenciamento ambiental
32	Tarifa social de baixa renda
33	Regularização dos contratos de concessão

O relatório elaborado pela CASHEE imputou a crise do setor de energia elétrica às mudanças estruturais propostas pelo processo de reestruturação do setor de energia elétrico; ao atraso nas obras; à falta de investimentos programados para a função de geração de energia; ao desequilíbrio entre a oferta e a procura, bem como ao desencontro de informações entre o Presidente da República, o Ministério de Minas e Energia, a Agência Nacional de Energia Elétrica e o ONS, e não apenas à seca do início dos anos 2000 (quadro 2)⁷⁷:

⁷⁶ BCB. Banco Central do Brasil – FOCUS. Relatório de progresso nº 2. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/gci/focus/i20020228-3%20medidas%20de%20revitaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20modelo%20do%20setor%20el%C3%A9trico.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2016.

⁷⁷ LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*, 2006, p.130.

Quadro 2: Sumário dos principais problemas apontados no Relatório Kelmann e os temas que deveriam ser investigados

Problemas	Temas que merecem aprofundamento
Ineficácia na ação governamental	Agilização da atuação do CNPE para garantir eficácia da ação intragovernamental. Fortalecimento da capacidade de ação do MME/Secretaria de Energia/CCPE. Aperfeiçoamento e valorização do contrato de gestão entre ANEEL e MME. Criação de um processo de licenciamento ambiental e de planejamento da utilização dos recursos hídricos articulado entre MME e MMA. Revisão e consolidação da legislação do Setor.
Insuficiência de ação preventiva para evitar racionamento de grande profundidade	Criação de procedimentos para diferentes níveis de “sinais de alerta” do NOS para o MME em função do nível de esvaziamento e das condições hidrológicas previstas. Definição de responsabilidades entre ANEEL, MME e NOS com relação à programação de obras e projeção de demanda, usados em estudos de confiabilidade. Criação de um procedimento de restrição progressiva da oferta de energia hidrelétrica e/ou aumento de tarifa à medida que os reservatórios do sistema esvaziam. Adoção de uma função de custo de déficit por patamares de profundidade.
Falta de reserva de segurança para atendimento da demanda em situação de crise	Exame da possibilidade de usar encargos por capacidade para aumentar o nível de confiabilidade do sistema. Exame de remoção das dificuldades que ainda retardam a implementação das usinas a gás.
Insuficiência dos programas de conservação de energia	Revitalização do PROCEL e outros programas e medidas de conservação de energia competitiva com a geração.
Insuficiência nos sinais econômicos para viabilizar investimentos	Revisão de critérios e periodicidade de cálculo dos certificados de energia assegurada das usinas hidrelétricas e dos limites de contratação para termelétrica, levando em consideração à dinâmica do uso múltiplo dos recursos hídricos. Criação de um ambiente regulatório estável, claro e conciso, em particular no que refere ao VN, à revisão tarifária e ao repasse de custos não gerenciáveis. Aumento do requisito mínimo de contratação para as distribuidoras. Liberação compulsória de grandes consumidores. Exame de impacto dos consumidores livres no planejamento econômico-financeiro das Distribuidoras. Estabelecimento de compensações financeiras para consumidores não atendidos dentro das obrigações contratuais. Revisão de rateios e subsídios cruzados.
Ineficácia na correção de falhas de mercado	Formação de catálogo de projetos hidrelétricos e térmicos, já com estudos de dimensionamento, localização e permissões ambientais para serem oferecidos aos investidores. Definição de ações do Governo, nos casos em que for identificada uma situação de alerta, para licitação ou contratação emergencial. Exame do papel do Governo como comprador de última instância de energia produzida por usinas de interesse estratégico. Aperfeiçoamento do planejamento indicativo de geração, cotejando com a experiência internacional.

Diante dos problemas e possíveis soluções apresentadas no Relatório elaborado por Jerson Kelmann, denota-se que as modificações que se faziam necessárias no setor de energia elétrica tinham que passar por uma redefinição dos papéis jurídico e institucional de cada agente atuante no setor, sedimentando suas responsabilidades.

Essa redefinição inicia-se com uma reestruturação do MAE que, a partir daquele momento, seria regulado pela ANEEL. Com adoção de tal medida, o governo passaria a intervir, diretamente no mercado de energia, exercendo suas funções de regulador e fiscalizador, com o objetivo de romper as distorções que o mercado vinha sofrendo.

O MME deveria também se capacitar para realizar com maestria o planejamento da função de transmissão e o intercâmbio regional e internacional com o mercado competitivo das funções de geração e comercialização de energia elétrica.

Outra questão crucial destacada pelo relatório foi a necessidade de se regulamentar a atividade de comercialização de energia pelas concessionárias geradoras de serviço público que estivessem sob o controle do governo federal.

Apesar das diretrizes traçadas pelo relatório Kelmann, não foi possível evitar o racionamento de energia elétrica que perdurou de junho de 2001 a fevereiro de 2002, levantando o tema sobre o aprimoramento do modelo energético adotado pelo Brasil.

Segundo dispõe Cesar Endrigo Alves Bardelin⁷⁸, a decretação do racionamento causou reflexos em diversas áreas distintas do setor elétrico, tais como: consumo de energia, arrecadação de impostos, regulação do setor, crescimento industrial e expansão do setor, segurança pública, despesas do Tesouro, lucros das empresas e balança comercial.

Motivado pela sobra de energia elétrica resultante da queda de consumo durante o período de racionamento e início do processo de liberação dos montantes de energia dos contratos iniciais, foi estabelecido em 2002, por meio da Lei nº 10.438, o mecanismo de leilão para negociação de energia elétrica das geradoras sob controle do governo federal estendendo-se mais tarde para as geradoras sob domínio de Estados ou de Municípios.

Ainda em decorrência do racionamento de energia elétrica suportado pelo Brasil, em 2001, foi criada a empresa estatal Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE) por meio da MP nº 2.209 de 20 de agosto. A CBEE tinha como objetivo contratar capacidade de geração ou potência para atendimento do Sistema Elétrico Integrado Nacional (SIN), cujos custos foram suportados pelos consumidores finais mediante o recolhimento de encargos emergenciais, ou seja, o seguro apagão, contratar novas usinas termelétricas que deveriam começar a atuar até meados de 2002 e, por fim, convocar, por meio de edital, empresas com produção acima de 10 MW para fornecer energia a partir de óleo diesel e/ou óleo combustível.

Em dezembro de 2001, foi promulgada a Lei nº 10.438/02 em que foram estabelecidas medidas complementares instituindo normas de rateio entre os consumidores finais atendidos pelo SIN e dos custos relativos às contratações emergenciais efetuadas em razão do

⁷⁸ BARDELIN, Cesar Endrigo Alves. *Os efeitos do racionamento de energia elétrica ocorrido no Brasil em 2001 e 2002 com ênfase no consumo de energia elétrica*. 2004. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

acionamento imposto entre junho de 2001 a março de 2002, passando a incidir sobre o título de encargo de capacidade emergencial nas contas de energia desde 1º de março de 2002.

Além disso, foi criado o encargo setorial Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, cujo fato gerador é o uso de Bem Público, multas e comercialização de energia a consumidor final. Esse encargo tem como base de cálculo o uso de bem público, multas e consumo de energia elétrica e destina-se a subsidiar a universalização do serviço e o desenvolvimento energético⁷⁹.

Tais medidas permitiram a recomposição das perdas impostas às concessionárias de energia elétrica durante o racionamento, ao acrescentar cinco encargos adicionais sobre as contas dos consumidores, excetuando-se os consumidores de baixa-renda. Os encargos foram: recomposição tarifária extraordinária (dado o período de racionamento); encargo de capacidade emergencial; encargo de aquisição de energia elétrica emergencial; encargo de energia livre adquirida no MAE e ressarcimento de acréscimos de custos “não-gerenciais, durante o período de 1º de janeiro a 25 de outubro de 2001”⁸⁰.

Por conta da redução da demanda imposta aos consumidores, as empresas de distribuição de energia elétrica tiveram de suportar uma perda em seus ganhos. Em decorrência disso o governo concedeu, em forma de empréstimo do BNDES, um adiantamento de 90% do negociado como “perdas”. Esse empréstimo seria minimizado através de recursos públicos e aumento de tarifas.

Segundo dados da Divisão de Estimativas e Projeções (DIESP)⁸¹, da conformação entre as medidas adotadas para reduzir o consumo de energia, verificou-se um aumento nas tarifas de energia. Os consumidores residenciais tiveram sua conta de energia aumentada de R\$ 133,919 por MWh em 1999 para R\$ 141,843 em 2002. Enquanto que os consumidores industriais pagaram em 1999 o valor de R\$ 35,268 por MWh e R\$ 41, 257 por MWh em 2002.

Apesar das mudanças implementadas pelo governo brasileiro no biênio 2001/2002 na tentativa de reverter a crise energética, a verdade é que o setor ainda não passava confiança para investidores, pois demonstrou que as reestruturações não acompanharam a emergência da situação e não se deram de forma clara e concisa a fim de reverter “a renúncia, pelo

⁷⁹WHITE PAPER. INSTITUTO ACENDE BRASIL OBSERVATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO. TRIBUTOS E ENCARGOS NA CONTA DE LUZ: PELA TRANSPARÊNCIA E EFICIÊNCIA. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2010_WhitePaper_02_AcendeBrasil_Rev2.pdf>. Acesso em 23 mar 2016.

⁸⁰ SAUER, Ildo Luís. *Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro*. Universidade de São Paulo, Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, dezembro, 2002.

⁸¹ DIESP. Divisão de Estimativas e Projeções 2003, p. 54.

Estado, de seu papel de planejador e orientador de políticas em um setor de vital importância para o desenvolvimento social e econômico do país.”⁸²

Contudo, este ambiente de incertezas foi perdendo espaço após a contra-reforma do setor elétrico brasileiro, introduzida pelo novo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva.

Conforme apresentado, terminamos esse período com o racionamento de energia elétrica de 2001, para que, no capítulo 2, possa-se compreender melhor o papel do Estado Regulador. Para tanto, será feita uma abordagem do tratamento constitucional da intervenção estatal na economia e os mecanismos de oferta dos serviços públicos que se constituem como objeto primordial da regulação e, ainda, verificar como se materializa essa concessão.

⁸² SAUER, Ildo Luís. *Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro*. Universidade de São Paulo, Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, dezembro, 2002, p. 2.

2 O ESTADO REGULADOR E AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Conforme mencionado no capítulo anterior, a partir da década de 1990, implementou-se no Brasil um novo modelo de atuação estatal na economia, reduzindo o papel do Estado como prestador direto dos serviços públicos e intensificando o papel de agente regulador, fiscalizador e planejador da atividade econômica.

Assim, esse capítulo estuda o advento desse novo papel do Estado propugnado com a CF/88 e a delegação da execução dos serviços públicos por meio da concessão, a fim de subsidiar o debate do terceiro capítulo que versará sobre a presença de um agente regulador, capaz de regular o mercado elétrico.

2.1 A HERMENÊUTICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A regulação da economia no Brasil remonta às origens do Estado brasileiro, confundindo-se com a própria construção estatal do país, que passou por vários processos de reforma a partir da Era Vargas, quando da implementação do *state bulding*. Essas reformas tinham como principal objetivo aperfeiçoar o modelo institucional e o funcionamento do aparelho estatal por meio da promoção de mecanismos de controle dos serviços públicos fomentando a coordenação de suas atividades para culminar com a solução dos problemas de ordem econômica e política do governo.

Apesar de não ser privilégio na Carta Magna, a ordem econômica foi tratada com mais afinco a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois se reconheceu que a democracia não poderia se desenvolver sem uma mínima organização econômica⁸³.

Trazendo em seu bojo os princípios básicos do direito econômico e estabelecendo um norte a ser seguido por quem quer exercer alguma atividade econômica, o objetivo da Ordem Econômica e Financeira contida no Título VII, da Constituição Federal de 1988, consiste em

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.339.

dar efetividade às garantias fundamentais do ser humano reconhecidas pela própria Carta Magna.

Nesse sentido, ClaudeChampaud⁸⁴ comenta:

Se o Estado desempenha um papel primordial na constituição e na vida das grandes unidades de produção e distribuição de massa, o Direito econômico é essencialmente composto de regras que regem as relações do Estado e de suas unidades. Ele aparece então como um Direito Público. Se sua criação e sua animação é, no essencial, deixada à iniciativa privada, o Direito Econômico é quase exclusivamente formado de regras que regem relações entre particulares. Apresenta-se então como um *Direito Privado*.

[...]

Na realidade, mais que uma disciplina, o Direito Econômico é uma ordem jurídica decorrente das normas e das necessidades de uma civilização ainda em via de formação.

A colocação do Champoud expressa a importância que diretrizes bem delineadas, quando se trata de ordem econômica, fazem na governança de um Estado.

Foi a partir de grandes acontecimentos mundiais, sobretudo após o fim da 1ª Grande Guerra Mundial, que a ordem econômica passou a ser tratada como questão de ordem constitucional, primeiro incorporada pela Constituição Mexicana em 1917 e depois com a Constituição Alemã de 1919.

Seguindo a tendência mundial, a Constituição Federal de 1988 trouxe a ordem econômica e financeira no Título VII e, em seu Capítulo I, estabeleceu os princípios que regem a atividade econômica.

Diante dessa assertiva, pode-se afirmar que no Brasil existe uma “Constituição econômica”, já que as normas fundamentais que instituem a forma jurídica trazem elementos estruturais que culminam com a formação de um sistema econômico⁸⁵, formando uma base sólida de diretrizes que nortearão os setores privados.

A esse respeito, oportuno é destacar o artigo 170, da Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

⁸⁴ CHAMPAUD, Claude. *Contribution à la définition du Droit économique*: II Diritto dell'economia – revista di doutrina e di giurisprudenz, Milano, vol. 13, nº 2, 1967, p. 141/154, *apud*, FONSECA, João Bosco da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.13-14.

⁸⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.731.

- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O artigo reverenciado revela o sistema econômico adotado pela Constituição Federal de 1988, qual seja, sistema capitalista, vez que os meios de produção e dos serviços ficam a cargo da iniciativa privada. Todavia, não se pode dizer que existe uma ordem liberal pura sem qualquer tipo de comedimento, pois, a Constituição Federal de 1988 também resguarda direitos e garantias prevalentes do Estado Social como, por exemplo, função social da propriedade, valorização do trabalho humano, defesa do consumidor, dentre outros.

Para conformar, inclusive os interesses e as normas trazidas pela Carta Magna, a CF agasalhou em seu texto normas de intervencionismo econômico que somente poderão ser exercidas em favor do mercado para restabelecer a ordem quando os princípios constitucionais não estiverem sendo observados⁸⁶.

Denota-se, assim, que a Constituição Federal de 1988, estabeleceu regras e limites à ordem econômica, com fins de construir uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da preservação da dignidade da pessoa humana.

André Ramos Tavares⁸⁷ leciona que:

[...] Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 da Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pelo pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 689.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128.

A legitimidade da intervenção do Estado na economia é reflexo da evolução do papel do Estado que, de um Estado Liberal, caracterizado pela autonomia da vontade, tendo como base a liberdade de iniciativa e de comércio, marcada pela ausência da intervenção estatal aprimorou-se para Estado do bem-estar-social, em que o Estado assume o papel de interventor deixando de ser mínimo e passando a um Estado presente nas relações econômicas, visando atender ao bem comum, à justiça social, ao primado do trabalho e fundamentalmente à dignidade da pessoa humana.

Esses preceitos constitucionais relativos à Ordem Econômica possuem duas vertentes ao passo que servem de parâmetro tanto para os agentes econômicos quanto para delimitar a atuação e intervenção do Estado na economia. Ou seja, tanto os particulares quanto o próprio Estado devem observância aos fundamentos da Ordem Econômica constitucional, estabelecidos no “*caput*” do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, que revelam, como já mencionado, a opção do povo pelo sistema econômico capitalista.

Segundo José Afonso da Silva⁸⁸, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado pode atuar na economia como agente econômico ou como agente disciplinador da economia. No primeiro caso atuaria explorando de forma direta uma atividade econômica enquanto que, no segundo caso, atuaria de forma indireta, como agente normativo e regulador da economia, no exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Apesar de ser criticado quanto às ideologias do Estado Liberal e Social, coexistindo num mesmo texto constitucional, Eros Roberto Grau⁸⁹ leciona que não pode existir na Constituição Federal, duas ordens econômicas distintas, uma neoliberal e outra intervencionista e dirigista, afirmando que não se pode admitir que a Constituição seja produto de contradições. Ela é dotada de coerência e a coexistência de dispositivos, aparentemente, divergentes, que demonstram o anseio da sociedade de ver um Estado que não proteja apenas os interesses privados, mas que também garanta os direitos sociais.

Acompanhando esta linha de entendimento, Washington Peluso Albino de Souza⁹⁰, menciona que:

A livre iniciativa e a intervenção não podem ser tomadas como dispositivos contraditórios, mas, ao contrário, devem ser consideradas pertencentes ao

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2003, p.780.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 194.

⁹⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 425.

mesmo discurso constitucional e entendidas como tal. Para determinadas circunstâncias, vale a livre iniciativa, para outras, vale a intervenção, [...].

Vislumbra-se, dessa forma, que a ordem econômica constitucional seja o resultado do confronto de ideologias e de interesses que foram ajustados para melhor corresponder as necessidades da sociedade. Assim, quando ocorrer uma aparente contradição entre essas normas deve-se interpretá-las de modo suficiente a superar a aparente contradição, conformando as regras e princípios de direito privado e de direito social, ora privilegiando os interesses do mercado, ora privilegiando os interesses sociais, em ambos os casos para alcançar o bem coletivo.

Quando se trata de intervenção estatal explorando uma atividade econômica, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 173 e 177, autoriza duas formas:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

Art. 177. Constituem monopólio da União: [...]

Portanto, é permitido ao Estado atuar diretamente na economia por meio de monopólio ou quando o exercício da atividade for necessário aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. Não se trata, assim, de participação coadjuvante, suplementar. Trata-se, em verdade, de atuação primária e legítima na atividade econômica.

Em se tratando de intervenção do Estado na economia, Eros Roberto Grau⁹¹ faz a distinção em dois sentidos. O primeiro é a “intervenção no domínio econômico” que acontece quando o Estado desenvolve atividades econômicas na condição de empreendedor privado. Já o segundo sentido, a intervenção do Estado se dá sobre o domínio econômico, por meio de ações legitimadas pelo poder do Estado, para editar normas e regulamentos e, por meio destes, induzir a iniciativa privada a desenvolver suas atividades no mesmo sentido das políticas apresentadas pelo Estado.

A ordem econômica, como já elucidado, deve estar fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, como um dos seus princípios informadores desta mesma ordem. Isso significa que o exercício da atividade econômica é dado aos particulares, contudo não exclui do Estado o direito/dever de exercê-la na forma excepcional que dispõe o artigo 173,

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-148.

parágrafos 1º e 2º, qual seja, sob o regime jurídico de direito privado não podendo gozar de direitos não extensivos ao setor privado e na forma de empresa pública ou sociedade de economia mista.

Assim, de forma excepcional, é permitida a exploração pelo Estado de atividade econômica, contudo, essa atuação deve estar pautada pelos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo e sempre observado o princípio da igualdade de condições com a iniciativa privada, respeitando os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Complementando esta linha de raciocínio, Marques Neto⁹² estabelece que o Estado pode atuar na economia segundo os critérios da abrangência e intensidade. Ou seja, quando atua na economia sob o critério da abrangência deve observar o princípio da subsidiariedade, sendo permitido ao Estado atuar neste segmento quando a iniciativa privada é inerte ou não possui interesse ou condições de concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil constantes no art. 3º da CF/88. Já quando se fala no critério da intensidade a atuação do Estado na economia está relacionada ao princípio da proporcionalidade que “mesmo nestes setores, os instrumentos e a modalidade de intervenção deverão ser: necessários, adequados e ponderados”⁹³.

Da leitura do artigo 173, da Constituição Federal, conclui-se que o Estado somente estará apto a atuar na economia depois de prévia autorização por lei, definindo as finalidades determinadas no referido dispositivo legal, “imperativo da segurança nacional e relevante interesse coletivo”, além de especificar qual atividade econômica será explorada pelo Estado para concretizar essas finalidades.

A edição de lei, que disponha sobre quais atividades econômicas devem e podem ser exploradas de forma direta pelo Estado, deve guardar correspondência com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, principalmente aos fundamentos e princípios informadores da Ordem Econômica contidos no artigo 170, e incisos, com os fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB), estabelecidos no artigo 1º, os quais são: cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e valor social da livre iniciativa, bem como a ordem constitucional expressa no artigo 3º, a saber: construção de uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e a

⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Modalidades de intervenção do Estado na economia*. II Fórum brasileiro de direito público da economia. Rio de Janeiro, 25 nov. 2004. Disponível em: <[www.ana.gov.br/Institucional/ASPARA/AgênciasReguladoras/FlorianoMaqrques-ModalidadesdeIntervencaoDo](http://www.ana.gov.br/Institucional/ASPARA/AgenciasReguladoras/FlorianoMaqrques-ModalidadesdeIntervencaoDoEst.Pdf)

Est.Pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁹³ *Idem*.

marginalização, redução das desigualdades regionais e sociais, promover o bem de todos através do combate à qualquer forma de discriminação.

Essa atuação do Estado na Economia deve observar um regime legal híbrido, pois ao passo que deve se submeter às normas e regras que regem o setor privado, carece, também, observância às determinações impostas à Administração Pública.

Da interpretação conjunta das normas constitucionais, é possível afirmar que pretendeu a Constituição afastar a atuação discricionária do Poder Público, no que tange à atuação direta no domínio econômico, isto porque a titularidade primária para exercer atividade econômica pertence ao setor privado.

Contudo, para o presente estudo, dar-se-á maior atenção à possibilidade de intervenção do Estado sobre o domínio econômico.

Essa modalidade de intervenção é caracterizada pela atuação do poder estatal nas relações econômicas de modo a viabilizar a concretização da finalidade da “ordem econômica” que é de assegurar a todos existência digna, sem executar atividade econômica própria do setor privado.

Dessa forma, por meio dessa possibilidade de intervenção sobre a economia, o Estado atua para inibir ou estimular determinado comportamento do mercado ou de segmentos econômicos específicos, promovendo assim o desenvolvimento econômico, que abarca tanto o crescimento econômico como a promoção da dignidade humana, mediante a efetivação dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, buscando como objetivo último, a melhoria da qualidade de vida das pessoas⁹⁴.

Na modalidade de intervenção indireta do Estado na economia, o Estado pode atuar por indução ou por direção.

Atuação por direção é quando o Estado, por meio de mecanismos e normas, impõe à economia comportamento compulsório, ou seja, comandos que devem ser necessariamente cumpridos pelos agentes econômicos.

Grau⁹⁵, discorrendo sobre normas de intervenção por direção, leciona que:

No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas

⁹⁴PETTER, Lafayette Josue. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 148.

que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los.

Quanto à intervenção indireta por indução, o Estado por meio do estabelecimento de políticas públicas altera o comportamento do setor privado, sem, contudo, impor expressamente um comportamento a ser seguido. Lecionando à respeito, Grau⁹⁶ argumenta:

No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, [...], no de 'levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual.' Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite. [...]. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão.

Interpreta-se, assim, que a intervenção por indução, pretende que os agentes econômicos desenvolvam suas atividades seguindo o caminho desejado pelo Estado.

Contudo, pode essa indução ser negativa, ao passo que define um ônus a ser suportado pelo segmento que desenvolver suas atividades em descompasso com as determinações emanadas pelo Estado.

Como já ressaltado, esses limites constitucionais não formam obstáculos à livre iniciativa. Constituem, em verdade, uma garantia à sociedade de que a justiça social deverá ser perseguida pelos agentes econômicos.

A possibilidade de o Estado intervir sobre a economia, de forma indireta, está prevista no artigo 174, da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

[...] como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado⁹⁷.

Por meio desse dispositivo, é imposto ao Estado atuar como agente normatizador e regulador da atividade econômica, assumido assim sua intervenção por indução.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149-150.

⁹⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 jan. 2016.

Diferenciar uma atuação da outra, normativo e regulador, não é tarefa fácil, vez que a Constituição não determina e nem define de forma expressa quando o Estado deverá agir de uma ou de outra forma. Será possível, porém, identificar as hipóteses em que atuará como agente regulador e agente normativo a partir da interpretação sistêmica de seu texto.

O Poder normativo do Estado tem fundamento na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, inciso II, 59 e 61, sendo compreendido, em sentido amplo, como o poder para editar leis, através do Poder Legislativo.

Colaborando com a abordagem Roque Antônio Carrazza⁹⁸ tece o seguinte comentário:

Mas a lei, no direito positivo brasileiro, é ato normativo de caráter geral e abstrato, numa decorrência da tripartição constitucional dos poderes. Como são distintas e inconfundíveis entre si as funções do Legislativo, Executivo e Judiciário, a lei não pode conter mascarado, um provimento de caráter individual e concreto, porque essa é a seara dos atos administrativos e das sentenças judiciais. Ou, dito sob outro giro verbal: é constitucionalmente vedado ao Poder Legislativo emitir provimento administrativo sob forma de lei. Lei de isenção que apenas beneficiasse uma pessoa, o isento, seria, não obstante o rótulo inadequado, um ato administrativo. A norma isentante teria, nessa hipótese, caráter individual e concreto.

Já a atuação enquanto agente regulador, está regulamentada no artigo 84, inciso IV, do texto constitucional, onde permite que seja exercido por meio de decretos e regulamentos, instrumentos que possibilitarão a execução das leis.

A esse respeito, o STF já decidiu:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. (ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-3-1994, Plenário, DJ de 6-5-1994.) No mesmo sentido: ADI 3.805-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 14-8-2009; ADI 2.999, Rel. Min. Gilmar Mendes,

⁹⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 349-352

juízo em 13-3-2008, Plenário, DJE de 15-5-2009; ADI 365-AgR, Rel. Min. Ceso de Mello, julgamento em 7-11-1990, Plenário, DJ de 15-3-1991.⁹⁹

Quanto à doutrina, os vocábulos “normativo” e “regulador” não possuem a definição de seu conceito bem estabelecida, pois ora são usados como sinônimos e ora com significados divergentes.

Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰ explica que a introdução do vocábulo regulador no Brasil se deu após o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, ao ser utilizado para definir o papel do Estado sobre o domínio econômico, intensificado com a criação das agências reguladoras.

[...] ‘regular’ significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta. Nesse sentido amplo, a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie; ou seja, a regulação abrange, inclusive, a regulamentação, como ato normativo de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

[...]

No âmbito da economia, onde o vocábulo começou a ser empregado com maior intensidade, ele passou a ser utilizado para designar uma forma de atuação pública na economia, como alternativa da intervenção propriamente dita, tendo por objetivo a correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras de direito ou pela instituição de autoridades de fiscalização¹⁰¹.

Di Pietro salienta que regulação no direito brasileiro significa as competências que são atribuídas às agências reguladoras integrantes da Administração Pública Indireta, vista como atividade de regulação econômica. A autora ainda estabelece ideias que podem definir essa atividade de regulação econômica, a saber:

- a. estabelecimento de regras de conduta (característica presente em todos os conceitos);
- b. controle da atividade privada pelo Estado, que equivale à ideia de polícia administrativa;
- c. finalidade pública, que seria a de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.¹⁰²

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp. Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.192-194.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.192-194.

¹⁰² *Idem*, p.194.

Nessa seara de definição do que é regulamentação, encontra-se a observação de José Afonso da Silva¹⁰³ que dispõe:

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade. Normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência. [...]. Hoje existem muitos outros objetivos da regulamentação econômica, mediante a qual se disciplinam os preços, o consumo, a poupança e o investimento¹⁰⁴.

Desta forma, levando-se em consideração a interpretação sistêmica da Constituição Federal, o presente trabalho adotará as funções normativa e reguladora com definições distintas. Função normativa por meio do Poder Legislativo na edição de leis e, no segundo, como função reguladora enquanto ato do Poder Executivo por meio de decretos que regulamentará a lei quando imperativo.

A necessidade de se normatizar e regulamentar as atividades econômicas nascem da imprescindibilidade de se dar concretude aos princípios da ordem econômica constitucional, definidos nos incisos do artigo 170, da Constituição Federal de 1988 e, para isso, é necessário estabelecer parâmetros para o exercício da atividade econômica, o que não pode ser feito pelo mercado.

Essa autorização para intervir na economia, contudo, não se dá de maneira descomedida, vez que a RFB estabeleceu como um de seus fundamentos o valor social da livre iniciativa, que também foi concebida, como livre iniciativa como princípio fundamental da ordem econômica. É justamente por conta dessa constitucionalização da livre iniciativa que as restrições impostas a liberdades privadas devem ter amparo jurídico.

Quando se trata da atuação indireta do Estado na economia, não se preocupou o texto constitucional em definir os casos em que caberia esta intervenção como fez com os casos de intervenção direta expostas nos artigos 173 e 177, estabeleceu apenas que os parâmetros que legitimarão essa intervenção devem ser definidos por lei (artigo 174) e que essa intervenção dar-se-á por meio das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

O Estado, ao exercer a função de fiscalização, busca verificar a adequação de determinada atividade com o ordenamento jurídico ao qual ela está obrigada.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 721.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 721.

Neste sentido, Grau¹⁰⁵ leciona:

Trata-se de normação e regulação que, como já anotei neste ensaio, reclamam fiscalização. Essa atividade, de fiscalização, é desenvolvida, evidentemente, em torno de um objeto. Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra - ou não ocorra. Assim, fiscalizar, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, [...], não de necessariamente estar e dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Por isso não de, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configurar intervenção sobre o domínio econômico.

Essa função pode ser exercida por todos os entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por órgãos integrantes da administração pública direta ou indireta. Comumente compete também a esses órgãos regulamentar as atividades que fiscalizam.

Para o exercício dessa função é necessário que haja o estabelecimento de diretrizes a serem observadas pela atividade econômica sujeita à fiscalização. Essas diretrizes devem ser delineadas pela pessoa jurídica competente e por meio do instrumento jurídico adequado. Sem essa definição a intervenção do Estado na economia seria arbitrária, pois estaria contrariando os preceitos constitucionais.

Sobre essa questão, Paulo de Barros Carvalho¹⁰⁶ discorre que:

[...] tenho que é necessária a elaboração de planos gerais de fiscalização, imperativo do equilíbrio entre os direitos da Administração e do Administrado, como se pode verificar do trabalho daqueles que reivindicam um 'Código de Defesa do Contribuinte'. A publicidade dos critérios em lei se converte em condição necessária para que a sua aplicação por parte dos contribuintes possa ser controlada, comportando assim a possibilidade de impugnação da discricionariedade administrativa por desvio de poder. A fiscalização deve exercer-se com estrita observância dos direitos e garantias individuais, devendo-se evitar uso distorcido desse instrumento como expediente sancionatório, além do respeito ao direito da intimidade, que há de ser exigido.

Depreende-se, assim, que o exercício da função fiscalizadora permite que o Estado verifique a conformação entre a execução das atividades econômicas e a normas internas

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 307.

¹⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 813.

aplicáveis a elas. Todavia, se constatada a inobservância de referidas normas, o agente fiscalizador tem, em regra, competência para aplicar sanções previamente definidas em lei, obrigando o empreendimento a corrigir as falhas com o objetivo de adequá-lo às leis e regulamentos direcionados ao setor.

O poder de fiscalizar do Estado é um poder amplo que objetiva manter o exercício da atividade econômica exercida pelo particular dentro dos limites estabelecidos pela Constituição podendo, inclusive, limitar a liberdade e propriedade individual, a fim de que o interesse público prevaleça sobre o privado.

A principal forma de exercício da função fiscalizadora encontra-se nas Agências Reguladoras que têm poderes para criar normas específicas que disciplinem determinadas atividades econômicas, bem como fiscalizar se estas normas estão sendo cumpridas pelo empreendimento. No tópico seguinte estudar-se á mais pormenorizadamente as agências reguladoras.

Outra função imputada ao Estado, quando do exercício da intervenção indireta na economia, é a função de incentivo. Por meio dessa função, pode-se dizer, de forma genérica, o Estado oferece benefícios aos empreendimentos econômicos para que estes se afilem a determinada política pública, assim como oferece aos empreendimentos econômicos que aderiram às políticas públicas condições privilegiadas em detrimento daqueles que não o fizeram.

O incentivo é assim um modo de induzir a agir de modo que contribua para a concreção do interesse público. Para Tupinambá Miguel Castro do Nascimento¹⁰⁷, o incentivo é:

[...] criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento, é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica. Aqui, também, no relativo ao incentivo, a função estatal será exercida conforme dispuser a lei.

Colaborando com o assunto, Celso Ribeiro Bastos¹⁰⁸ afirma que por si o incentivo já traz a ideia de estímulo, de auxílio, enfim, de “concessão de benefícios no implemento da atividade privada. É dizer, o Estado pode incentivar determinados ramos da economia, quando no seu mais rápido desenvolvimento vir um interesse coletivo”.

¹⁰⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 34.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p. 263.

Todavia, esses estímulos concedidos pelo Estado dependem de previsão legal e devem estar intimamente ligados com o próprio interesse público, conforme José Afonso da Silva¹⁰⁹:

Em uma palavra, pois, a legislação não pode beneficiar grupos específicos de interesse exclusivamente privados. Em outros termos, tem-se que a legislação há de ser objetiva e genérica, não contemplando com benefícios, sejam de que ordem for, a nenhum título, a não ser no caso de estar envolvido no próprio interesse público.

Concluindo esta discussão, Silva¹¹⁰ acentua:

Incentivo, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, traz a ideia do Estado promotor da economia. É o velho fomento, conhecido dos nossos ancestrais, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. A própria Constituição já determinou apoio, estímulo e favorecimento a atividades específicas: o cooperativismo e o associativismo, as microempresas, nos termos dos arts. 174, §§ 3º e 4º e 179

Quando o texto legal determina impor constitucionalmente sobre a concessão de incentivo pelo Estado ao empreendimento econômico, o intuito do legislador foi dizer que a Constituição requer e permite a participação do Poder Legislativo na decisão, quanto à aplicação dos recursos públicos. Com isso, tem-se uma maior fiscalização quanto às ações do Poder Executivo, permitindo a verificação da concessão do incentivo com os interesses coletivos.

O planejamento que se dá por lei é uma função estatal estabelecida no artigo 174, da Constituição Federal de 1988, que estabelece diretrizes determinantes para o setor público e indicativo para o setor privado.

Dispõe o parágrafo 1º, do artigo 174, da Constituição Federal que: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Busca-se com este dispositivo em conjunto com os demais integrantes do arcabouço de normas da ordem econômica, alcançar o desenvolvimento equilibrado do país.

Assim como as demais funções previstas no artigo 174, da Constituição Federal de 1988, a função de planejamento estatal tem como objetivo induzir a atuação dos agentes econômicos para conformarem suas atividades com o desenvolvimento econômico.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 2009, p. 721- 722.

¹¹⁰ *Idem*, p. 722.

Grau¹¹¹, discorrendo sobre planejamento, explica que:

[...] é a forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada. Decisões que vinham sendo tomadas e atos que vinham sendo praticados, anteriormente, de forma aleatória, ad hoc, passam a ser produzidos, quando objeto de planejamento, sob um novo padrão de racionalidade.

Dessa forma, o planejamento econômico é um processo que permite a intervenção do Estado no domínio econômico com o objetivo de organizar e conformar o exercício das atividades econômicas para alcançar os resultados desejados pela Constituição.

Nesse sentido, por ora, conclui-se que o Estado no exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, estabelecidas no artigo 174, da Constituição Federal de 1988, sempre o faz para conformar os interesses público e privado, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana.

2.2 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Márcio Fenando EliasRosa¹¹² explica que a serviço público “corresponde toda a atividade desempenhada diretamente ou indiretamente pelo Estado, visando solver as necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado”.

A prestação dos serviços públicos pode ocorrer de forma centralizada ou descentralizada. Quando o Estado acumula as funções de titular e prestador do serviço público será centralizada. No entanto, se na relação Estado/usuário existir a interposição de uma pessoa jurídica, encarregada de prestar o serviço público, a prestação é descentralizada¹¹³ ou indireta.

A prestação indireta dos serviços públicos pode ser: pela instituição de pessoas jurídicas com essa finalidade; concessões; e permissões e autorizações. Este trabalho limita-se

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 309.

¹¹² ROSA, Márcio Fenando Elias. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.559.

a estudar a figura da prestação indireta dos serviços públicos por meio de concessões, permissões e autorizações.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, apesar de prever apenas as formas de concessão e permissão de serviços públicos, regula de modo geral a forma de sua prestação, assim dispondo: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

É imperioso destacar que se entende por Poder Público, o Poder Executivo de todos os entes federados, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por eles serem os responsáveis para executar os serviços públicos¹¹⁴.

A Constituição não definiu o que seria concessão, deixando o tratamento para Lei nº 8.987/95, que estabelece no artigo 2º, inciso II, que a concessão de serviço público consiste na:

[...] transferência da prestação de serviços públicos, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresa, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

O legislador prossegue no artigo 4º, determinando que a concessão do serviço público será formalizada mediante contrato, devendo observar, além das normas constantes na lei, as normas pertinentes ao edital de licitação.

Di Pietro¹¹⁵ faz uma crítica com relação à definição legal dada ao conceito de concessão de serviço público, dando-nos sua própria definição a partir dos preceitos legais da Lei paulista nº 7.835/92, a qual define concessão de serviço público como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o executem seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço¹¹⁶.

A concessão de serviço público tem natureza de contrato celebrado entre o poder concedente, Administração Pública e o concessionário, refletindo na esfera de direitos de uma

¹¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988 (arts. 170 a 232)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. V. 8, p. 4.073-4.075.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.78.

¹¹⁶ *Idem*, p.78.

terceira pessoa, os usuários dos serviços que, apesar de não ser em parte direta do contrato de concessão, sofrerão as consequências do negócio jurídico celebrado, ou seja, por envolver três partes, é que se diz que os contratos de concessões produzem efeitos trilateais¹¹⁷.

Sob a ótica do poder concedente, os efeitos produzidos pelo contrato de concessão são a prevalência de poderes exorbitantes da Administração Pública para a fiscalização e controle do interesse público; responsabilização subsidiária por danos causados a terceiros; e reversão dos bens da concessionária afetados à prestação dos serviços.

Já na perspectiva do agente econômico, a remuneração do concessionário, por se fundar na ideia de empresa capitalista, é direito do agente econômico a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, mesmo que haja alteração unilateral do contrato.

E, por fim, sob a ótica do usuário do serviço público, a concessão deve gerar o acesso a um serviço público adequado que, para tanto, deve ser prestado com eficiência, contínuo, seguro, cortês, regular e universal.

2.3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Formado a partir da manifestação de duas partes, o contrato é um acordo de vontades decorrente da ideia da autonomia da vontade. Sob a ótica do direito comparado os institutos de contratos administrativos e contratos privados são diferenciados apenas em países de língua francesa, Espanha e Bélgica e alguns países da América Latina. Segundo Moreira¹¹⁸, a diferenciação de referidos institutos remonta a própria definição da competência do contencioso administrativo com a possibilidade de se apreciar apenas os contratos administrativos, ficando a cargo do contencioso comum o julgamento dos contratos privados.

Contudo, além de se ter uma competência estabelecida, os contratos administrativos se distinguem dos contratos privados no que concerne ao seu conteúdo, vez que estavam presentes nos contratos administrativos as cláusulas exorbitantes que colocavam a

¹¹⁷ *Ibidem*, p.97.

¹¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 577.

Administração Pública numa posição de superioridade em relação ao particular, o que, de certo, não ocorre no direito privado, o que será mais à frente estudado.

Portanto, o contrato é formado a partir do acordo entre ideias decorrentes da autonomia da vontade. Em se tratando de contratos administrativos, diz-se que a autonomia da vontade só existe com relação ao particular que contratará com a Administração Pública, haja vista que somente o particular tem liberdade decisiva se contrata ou não com o Poder Público.

Nesse sentido são os dizeres de Lúcia Valle Figueiredo¹¹⁹:

Por outro lado, temos de frisar como um dos traços definidores do contrato administrativo a autonomia da vontade do particular, relacionada, pelo menos, à formação do vínculo. Se o particular não desejar formar o vínculo, à Administração não caberá constrangê-lo.

Assim, a Administração Pública regida pelo princípio da legalidade só pode atuar dentro das diretrizes traçadas pela Constituição Federal e pelas leis, ou seja, a “vontade administrativa” é formada ainda no âmbito do processo administrativo que se formalizar por meio de um processo licitatório ou por meio de uma contratação direta.

A definição de contrato administrativo é dada pela Lei 8.666/93 como sendo “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Ao dispor a lei “seja qual for a denominação utilizada”, impulsiona que não seja pacífico entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica dos acordos celebrados pela Administração Pública e o terceiro. Nesse sentido, destacando-se três teorias:

a) a primeira corrente nega a existência de contratos administrativos, uma vez que a Administração Pública ao aparecer na relação jurídica com posição de supremacia, não se submete aos princípios norteadores dos contratos comuns, a saber, igualdade entre as partes, autonomia da vontade e força obrigatória do pacto. Para os adeptos¹²⁰ dessa teoria o contrato se restringe apenas à equação econômico-financeira, ou seja, às cláusulas econômicas.

b) a segunda corrente entende que todos os contratos firmados pela Administração Pública são contratos administrativos, vez que a Administração aparece numa posição privilegiada resguardando os interesses públicos e que, por tal motivo, sempre haverá

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 525.

¹²⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 670 e seguintes.

submissão às normas de direito público, quer seja quanto à competência, quanto ao conteúdo, quanto à forma ou quanto ao procedimento¹²¹.

c) a terceira corrente, majoritariamente aceita no direito brasileiro, entende que a Administração Pública pode celebrar contratos que diferenciam entre si quanto ao vínculo. Sendo regido ora pelo direito privado ora pelo direito público. Considerando contratos administrativos os que se submetem às regras do direito público, em que se fazem presentes as cláusulas exorbitantes e derogatórias do direito comum, agindo a Administração Pública com supremacia de poder em relação ao particular. Já os acordos celebrados entre a administração Pública e terceiros, regidos pelo direito privado, seriam contratos da Administração Pública¹²².

Para o presente trabalho, adota-se a corrente doutrinária que defende a existência de contratos administrativos, diferenciando-os de contratos da Administração Pública.

Apesar da crítica feita à expressão “contratos administrativos”, Celso Antônio Bandeira de Mello¹²³ os define como sendo:

[...] avenças travadas entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Os contratos administrativos são produzidos no exercício da função administrativa pelo Poder Público e, por assim ser, estão submetidos a um regime jurídico de direito administrativo, tendo como princípios informadores a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, o que concede à Administração Pública determinadas prerrogativas, as chamadas cláusulas exorbitantes.

Questão que merece relevo é a força obrigatória contratual decorrente do princípio *pacta sunt servanda* como princípio basilar do direito contratual, onde o contrato faz lei entre as partes.¹²⁴ É sabido que, em se tratando de contratos privados, vigora o princípio da intangibilidade do contrato consistente na impossibilidade das partes alterarem unilateralmente o conteúdo da avença, ressalvadas as exceções, como, por exemplo, a possibilidade de modificação, pelo Poder Judiciário, decorrente de “fato imprevisível que

¹²¹ BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 633.

¹²³ *Idem*, p. 639.

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 372.

modifique o estado de fato contemporâneo à celebração do contrato e torne excessivamente oneroso o seu cumprimento¹²⁵”.

No âmbito do direito administrativo, a dinâmica da força obrigatória dos contratos é diferente do âmbito das relações privadas tendo em vista a presença de cláusulas exorbitantes, principalmente a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública.

A existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, permite extrair duas vantagens que são dadas à Administração Pública. A primeira referente à chancela final do contrato para perseguir o interesse público, fazendo com que esse seja prevalente e a segunda vantagem diz respeito ao princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o privado.

Por ter como fim o alcance do interesse público, as normas que regem esses contratos são de direito público, conferindo à Administração prerrogativas que a ajudarão na persecução desse fim. Essas prerrogativas advêm das cláusulas exorbitantes que, segundo Hely Lopes Meirelles¹²⁶, são inerentes a todos os contratos administrativos mesmo que não estejam expressamente previstas, como leciona:

Em todo contrato administrativo estão presentes também as denominadas cláusulas implícitas, que, por serem da própria natureza dos ajustes públicos, consideram-se existentes mesmo que não escritas, tais como a que permitem a rescisão unilateral por interesse público, como a consequente indenização; a que autoriza a alteração unilateral por conveniência do serviço, desde que mantido o equilíbrio financeiro; a que possibilita a redução ou ampliação do objeto do contrato, dentro dos limites regulamentares; a que faculta a assunção dos trabalhos paralisados, para evitar a descontinuidade do serviço público, e outras dessa espécie, reconhecidas À Administração como privilégios irrenunciáveis em suas contratações.

Colaborando com a abordagem, para Márcia Walquiria Batista dos Santos¹²⁷, a existência de cláusulas exorbitantes, confere à Administração Pública pelo menos dois benefícios:

Tais prerrogativas decorrem da própria postura assumida pela Administração Pública, no sentido de defender o interesse público e de buscar na prática de todos os seus atos o exercício da finalidade pública e, de forma indireta,

¹²⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.243.

¹²⁷ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos Santos. *Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática*. In Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

garantir a igualdade e isonomia entre os particulares. Na realidade, a Administração não tem escolha; sua atuação é guiada pela prática do interesse público, não se levando em conta a vontade do administrador e, na maioria das vezes, eventuais interesses privados.

A Administração Pública tem como fim o alcance do interesse público, as normas que regem os contratos administrativos são de direito público o que confere à Administração prerrogativas que a ajudarão na persecução desse fim.

A Lei nº 8.666/93, artigo 65, inciso II, alínea d, alterada pela Lei nº 8.883/94 prevê algumas situações chamadas de imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que geram agravos econômicos ou áleas administrativas ou econômicas extraordinárias¹²⁸ que podem alterar o vínculo obrigatório estabelecido no início da avença. Entretanto, para que haja possibilidade de revisão contratual as alterações provocadas por essas circunstâncias devem ser significativas de modo que interfira no equilíbrio econômico-financeiro estabelecido.

As situações que autorizam a alteração do contrato por conta de situações imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis constituem as áleas, difundida pelo Direito Francês e adotado pelo Brasil, com algumas alterações.

A teoria das áleas consiste no estudo que permite identificar as causas que afetam a equação inicial do contrato, permitindo diferenciar e indicar quais riscos deverão ser assumidos pelo poder concedente e quais deverão ser assumidos pelo concessionário. Em verdade, funda-se na mutabilidade dos contratos administrativos, ou seja, na possibilidade de modificação das condições originalmente estabelecidas no momento do ajuste da avença.

A doutrina tradicional defende a existência de dois tipos de áleas que podem incidir sobre os contratos administrativos: ordinárias e extraordinárias, onde aquelas correm por conta do concessionário e sua ocorrência não enseja a recomposição da equação econômico-financeira, pois considerada como empresarial, já que esperada e previsível e, estas, por terem como características a imprevisibilidade não podem ser imputadas ao concessionário, ficando a cargo do poder concedente, autorizando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por meio da revisão das cláusulas financeiras¹²⁹.

Cumprido destacar que à Administração compete assumir os riscos decorrentes das áleas extraordinárias, pois tem o objetivo, ao celebrar contratos administrativos, atender os

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 656-659.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 2015, p. 102.

interesses públicos, ou seja, deve assumir os riscos causados na persecução da finalidade pública.

As áleas ordinárias também chamadas de álea empresarial correspondem aos riscos do negócio, pois decorrem das flutuações do mercado e, por assim ser, são previsíveis devendo ser suportados pelo concessionário.

Sobre essa questão, Mello¹³⁰ salienta:

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.

Neste contexto, os eventos previsíveis não estão acobertados pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro, já que tais riscos são inerentes a toda atividade econômica, devendo por eles se responsabilizar o concessionário.

No Direito Francês, onde o Brasil importou o instituto das áleas ordinárias, a assunção dos riscos pelo concessionário é bem mais rigoroso, pois prevê a possibilidade de arcar com os riscos decorrentes da atuação negligente, imperita e imprudente do concessionário, como também pelas alterações nos preços de mercado, insuficiente afluxo dos usuários ou de ações adotadas pelo Poder Público que não repercutam especialmente sobre concessionário.¹³¹

No Brasil, de forma mais atenuada, as áleas ordinárias correspondem apenas os riscos normais que devem ser arcados pelo concessionário, ficando excluídas as variações dos componentes da tarifa, bem como as medidas gerais do Poder Público que interfiram nos preços causando agravo econômico, mesmo que seja providência que não incida especificamente sobre a concessão.

Por conseguinte, as áleas extraordinárias correspondem às situações imprevisível e inevitável que não podem ser imputadas ao concessionário, devendo ser suportadas pelo poder concedente, autorizando a recomposição da equação econômico-financeira por meio da revisão das cláusulas financeiras ajustas inicialmente.

A álea extraordinária abrange as áleas administrativas e as áleas econômicas.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 766.

¹³¹ *Idem*, p. 765.

Por álea econômica se entendem os riscos decorrentes de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis, ensejando a teoria da imprevisão, definida por Di Pietro¹³², como “todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável que causa um desequilíbrio econômico-financeiro muito grande, tornando a execução o contrato excessivamente onerosa para o contratado.”

Vale ainda destacar, a definição de Mello¹³³:

Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por força alheia às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. é a ‘teoria da imprevisão’, por via da qual, modernamente se retoma o vetusto princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira.

A teoria da imprevisão encontra correspondência com a antiga cláusula *rebus sic stantibus* por meio da qual se reconhece que os contratos com duração sucessiva e dependentes de fatos futuros devem ser cumpridos se as coisas permanecerem como eram no momento do ajuste.

Na ocorrência de circunstâncias que não são imputáveis a nenhuma das partes contratantes, não pode o concessionário deixar de cumprir o contrato bem como assumir sozinho, os prejuízos sofrido, autorizando assim, a teoria da imprevisão, que a Administração Pública reveja as cláusulas financeiras, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹³⁴.

Dessa forma, tal qual o direito francês, no direito brasileiro o Poder Público deve assumir parcialmente os prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis, aos quais as partes do contrato não tenham concorrido, e que provocaram desequilíbrio no aspecto financeiro, tornando gravosa a prestação do serviço público pelo concessionário.

Todavia, para invocação da teoria da imprevisão, alguns requisitos devem se fazer presentes para que seja revista a cláusula financeira e restabelecida o equilíbrio econômico-financeiro contratual. Reportando a lição de Di Pietro¹³⁵ estes requisitos são: “1. imprevisível

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 2015, p. 106.

¹³³ *Ibidem*, op. cit., 2015, p. 664.

¹³⁴ Op. cit., *idem*, 2015, p. 107.

¹³⁵ *Idem*, p. 108.

quanto a sua ocorrência ou quanto as suas consequências; 2. estranho à vontade das partes; 3. inevitável; 4. causa um desequilíbrio muito grande no contrato”.

Ressalte-se, porém, que o fato danoso deve ser imprevisível e de consequências calculáveis e que não pode o concessionário ter concorrido para sua ocorrência e nem puder ter evitado o prejuízo, caso contrário o ônus deverá ser suportado exclusivamente pelo contratado.

Já as áleas administrativas, são os fatos praticados pelo poder concedente que, de alguma forma, interfere na execução dos contratos administrativos repercutindo especialmente no equilíbrio econômico financeiro.

É certo que a atividade administrativa deve ter como finalidade a persecução do interesse público. Sendo assim, é possível que nos contratos celebrados entre a Administração Pública e o particular, o interesse público exija a adoção de medidas que interfiram direta ou indiretamente na avença, causando alterações significativas na equação econômico-financeira do contrato, ensejando que o poder concedente restabeleça as condições inicialmente ajustadas.

As áleas administrativas abrangem a alteração unilateral do contrato, a teoria do fato do príncipe e a teoria do fato da administração.

O direito administrativo brasileiro tem como um de seus pilares a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. É fundamentado nesse pilar que a Administração Pública legitima a alteração unilateral do contrato para adequar determinada cláusula contratual às novas circunstâncias de fato supervenientes à celebração do contrato. Caso a mutabilidade contratual gere um desequilíbrio do equilíbrio econômico-financeiro, deve o poder concedente adotar medidas para restabelecer o *status quo ante*.

Quando o particular contrata com a Administração Pública já está ciente dos riscos inerente a este contrato, principalmente das prerrogativas que elevam o poder concedente a uma posição verticalizada diante do particular. Quando imperativo poderá o Poder Público invocar essas prerrogativas e, por exemplo, alterar unilateralmente as condições do contrato para se adequar à conveniência e oportunidade o que pode refletir nas condições ajustadas e tornar a continuidade da execução do serviço outorgado inviável. Quando tal fato ocorrer faz jus o concessionário a uma revisão para compensá-lo dos prejuízos advindos dessa alteração, mediante o pagamento de uma indenização.

Na existência de uma causa superveniente que requeira que o poder contratante inove o contrato para adequá-lo às novas necessidades públicas, não pode deixar a Administração Pública de fazê-la, mesmo que não haja previsão contratual a respeito¹³⁶.

Abarcada pela álea administrativa, o fato do príncipe consiste na determinação estatal que onere o contrato, dificultando sua execução.

Segundo Di Pietro¹³⁷ existem duas correntes que procuram explicar a abrangência de tal evento:

[...] para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde a essa segunda hipótese.

Di Pietro comunga do segundo posicionamento, e para tanto se justifica nos fundamentos da responsabilização estatal, em que a responsabilidade decorre do próprio contrato, no caso de alteração unilateral e trata-se de responsabilidade objetiva do Estado no caso de medidas de ordem geral que reflitam tangencialmente os contratos.

Para Mello¹³⁸:

De acordo com a teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário, quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.

Nesta linha de raciocínio, ocorrendo o fato do príncipe, deve a Administração Pública responder integralmente pelo restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, compensando integralmente o concessionário pelos prejuízos suportados. Tal medida é necessária para que se dê continuidade à execução do serviço. Contudo, caso o prosseguimento na execução do contrato seja impossível, o contrato poderá ser rescindido e o poder concedente indenizará o contratado.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Calor Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398-411.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 2015, p. 103.

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo:Malheiros, 2015, p. 763-764.

Tratado como lícito e legítimo, o fato do príncipe é uma medida de ordem abstrata que, num primeiro momento não tem relação com o contrato, mas que sobre ele produz efeitos, tornando-o demasiadamente oneroso para o concessionário, dificultando ou até mesmo impedindo sua execução.

Vale ressaltar que não existe explicitamente na Lei nº 8.987/95, previsão de aplicação da teoria do fato do príncipe, contudo por meio da interpretação do artigo 9º, parágrafo 3º, da referida lei, é possível sua aplicação, pois prevê que “ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”.

A teoria do fato do príncipe encontra respaldo também na Lei nº 8.666/93, artigo 65, inciso II, alínea d, que expressamente autoriza a revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato se tiverem sido alteradas por qualquer outra medida que seja considerada como tal.

Seguindo nas áreas administrativas, observa o fato da administração que, nas palavras de Mello¹³⁹, consiste nos “agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é de uma violação contratual.”

Di Pietro¹⁴⁰ diferencia os institutos do fato da administração fato do príncipe, preceituando que: “[...] o primeiro relaciona-se diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como parte no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato”.

Assim, o fato da Administração relaciona-se a um descumprimento contratual por parte da contratante, impossibilitando a execução do contrato ou provocando seu desequilíbrio na equação econômico-financeira.

Verificada a ocorrência de qualquer fato da Administração, o concessionário poderá pleitear a revisão contratual, sem interromper, a execução do serviço, conforme dispõe o artigo 35, parágrafo único, da Lei nº 8.897/95, *in verbis*:

Art. 35. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

¹³⁹ Ibidem, p. 665.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 2015, p. 103-104.

Parágrafo Único – Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Por fim, dentro das áleas administrativas, nota-se a alteração unilateral dos contratos, representando a mutabilidade unilateral que os contratos administrativos podem sofrer, ensejando, para o Poder Concedente, a responsabilização pelos prejuízos causados ao concessionário.

Portanto, entre as áleas administrativas encontra-se a possibilidade de a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos, sendo considerado por Justen Filho¹⁴¹ um poder-dever do Poder Público, em que:

[...] o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de organicidade interna ou sistematicidade nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de certa(s) cláusula(s) acarreta a modificação necessária de outra(s). não se modifica unilateralmente o núcleo econômico do contrato administrativo.

Ademais, com o fulcro de atender melhor o interesse público a Lei nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 65, inciso I, alíneas a e b, as possibilidades de a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos administrativos, a saber:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I- unilateralmente pela Administração:
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

A alínea “a” supracitada diz respeito às alterações qualitativas que se materializam quando há a necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

As previsões da alínea b correspondem à possibilidade de se alterar o contrato quantitativamente, pois envolve o acréscimo ou diminuição do objeto estabelecido na avença.

Altounian¹⁴² ressalta que não é permitida a alteração unilateral para corrigir grandes falhas de projeto ou especificações de serviços, pois a lei de licitações exige um projeto básico com precisão necessária e suficiente do objeto a ser licitado.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 170.

Di Pietro¹⁴³, por sua vez argumenta que:

[...] contrato de concessão de serviço público, não envolvendo execução de obra, fica difícil aplicar o limite previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, porque o dispositivo somente abrange os acréscimos ou supressões de **obras, serviços ou compras**. Não inclui a prestação de serviços públicos, que constitui objeto do contrato de concessão.

Dessa maneira, as alterações a que estão sujeitos os contratos de concessão não podem alterar substancialmente o objeto da avença, que sempre deve ser examinado sob o prisma da essência deste, ou seja, apesar de conferido à Administração Pública a prerrogativa de se alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, essas alterações não podem alterar a essência do objeto contratado de modo a interferir na essência das obrigações assumidas pelas partes. Ademais, a alteração unilateral do contrato não possui caráter absoluto, ou seja, algumas restrições são impostas à Administração ao mesmo tempo em que se pretende proteger o contratado das possíveis arbitrariedades do Poder Concedente.

2.4 ALÉAS ADMINISTRATIVAS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Como explanado, inerente a todo contrato administrativo, as cláusulas exorbitantes conferem privilégios unilaterais à Administração Pública. Dentro dessas prerrogativas, foi verificado que as áleas ordinárias são consideradas risco empresarial inerente a todo negócio econômico, e por conta disto, não gera dever de recomposição pelo Estado quando de sua ocorrência. Já quando verificada a ocorrência das áleas extraordinárias, cabe ao Poder Público restabelecer o momento *quo ante*.

Na teoria das áleas administrativas, como abordado, são espécies fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral dos contratos. Quando ocorre qualquer um eventos das

¹⁴² ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contrato, fiscalização e utilização*. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 409.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

áreas administrativas, compete ao Poder Concedente restabelecer as condições avençadas no início da relação, notadamente à cláusula econômica dos contratos.

Di Pietro¹⁴⁴ e Medauar¹⁴⁵ afirmam que o concessionário está resguardado sob dois prismas: a equação econômico-financeira dos contratos e os limites de acréscimos e supressão do objeto do contrato.

Ao lançar mão de sua prerrogativa de alterar unilateralmente as cláusulas do contrato, o poder concedente fica obrigado a proceder a revisão do contrato a fim de restabelecer as condições originais, em respeito ao direito do contratado à manutenção da equação econômico-financeira.¹⁴⁶

Aos contratos de concessão aplicavam-se os princípios de direito privado *pacta sunt servanda e lex inter partes*, ou seja, o concessionário exercia o serviço público por sua própria conta e risco, sem dispor de nenhuma prerrogativa especial apesar de estar executando um serviço público. Contudo, esse entendimento foi se modificando, até chegar aos moldes em que hoje se apresentam, a partir do entendimento de que os contratos de concessão têm como objeto atender o interesse geral, por meio da execução de um serviço público e, por assim ser, deve se mutável e flexível, de modo que assegure a prestação continuada do serviço.¹⁴⁷

Quando se fala na equação econômico-financeira e a manutenção de seu equilíbrio, cumpre destacar a elevação desse princípio à norma constitucional, conforme dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal 1988, modificação introduzida pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 1998, que prevê a garantia para os contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras e alienações.

Prevê referido dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 270.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.223.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 221.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101.

exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Após esta determinação constitucional, parte da doutrina entendeu que a relação de equilíbrio entre as obrigações recíprocas encampadas no momento da celebração contratual, denomina-se de equilíbrio econômico financeiro do contrato, considerado como a valoração econômica das contraprestações e o valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra¹⁴⁸.

Ressalta-se que os artigos que compõem a Constituição Federal, não são um fim em si mesmo, devem ser interpretados sistematicamente, de modo a adequá-los e conformá-los. Nesse sentido, além do preceito contido no artigo 37, inciso XXI, outro dispositivo garante o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, qual seja, artigo 5º, inciso XXXVI, onde estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Portanto, a equação econômico-financeira é um direito adquirido do contratado e as normas a ele sucessivas não poderão afetá-lo.

Em se tratando de contratos administrativos, a presença de uma cláusula que preveja o equilíbrio econômico-financeiro, demonstra que, apesar das prerrogativas públicas e da finalidade pública a ser alcançada com o contrato, o interesse do particular não deve ser menosprezado, preservando a natureza da equivalência intrínseca entre as prestações e a reciprocidade das obrigações, cabendo integral proteção quanto às suas aspirações econômicas que ensejaram sua participação no enredo contratual¹⁴⁹.

Di Pietro¹⁵⁰ preceitua que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato independe de previsão contratual, pois se baseia em princípios maiores como o da equidade, razoabilidade, continuidade do contrato administrativo e indisponibilidade do interesse público.

- a. o princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento de outra;
- b. o princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício;
- c. o princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato;

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado –RPGE*. Porto Alegre, 22 (50), 17-31, 1994, p. 18.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 640-641.

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101.

d. o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao referir as cláusulas exorbitantes onde a Administração Pública aparece em posição de superioridade, já que a ela são conferidas algumas prerrogativas, essas prerrogativas encontram barreira no limite financeiro do contrato, na qual assegura ao concessionário o cumprimento do que estabelecido no início do contrato.

Caso a Administração Pública, ao exercer suas prerrogativas, como por exemplo, alterar unilateralmente as condições previstas inicialmente, surge para o contratado a prerrogativa de ter mantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro avençado originalmente, mediante o pagamento de uma indenização.

A observância da equação econômico-financeira é característica inerente a todos os contratos, sejam de regime jurídico de direito público ou direito privado. O que os difere é a liberdade das partes em dispor e estabelecer os termos da equação. No caso dos contratos celebrados com a Administração Pública, esta deve zelar a correspondência entre o valor do objeto contratual e o valor da retribuição.

Essa equivalência que deve existir entre prestações e contraprestações, e como leciona Justen Filho¹⁵¹, deve preceder a celebração do contrato, ou seja, ainda no processo licitatório, utilizada como critério para selecionar a proposta vencedora, segundo as condições estabelecidas no edital, constituindo assim, o contrato apenas materializa o princípio.

Melo¹⁵², ao definir o conceito de equilíbrio econômico financeiro, faz delineando-o como a relação de igualdade formada em que de um lado estão as prerrogativas da Administração Pública contrapondo-se às garantias dadas ao particular, onde lhe cabe integral proteção nas cláusulas econômicas, consistindo assim, na parte absolutamente intangível do contrato.

Com relação ao caráter intangível do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos, destaca-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵³:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1993, p.150.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 641.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 216.018. 2ª Turma. Brasília, DF, 5/6/2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=Recurso+e+Especial+e+contrato+e+de+e+empreitada+e+corre%E7%E3o+e+monet%E1ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso 14 fev. 2016.

PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento.

Além da previsão constitucional, do restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato após sua alteração unilateral pela Administração Pública, está prevista também na Lei nº 8.666/93, artigo 65, parágrafo 6º que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

Vale ainda mencionar, os artigos 9º, parágrafo 4º, 18, inciso VII e 23, inciso V, da Lei nº 9.897/95, que prevê respectivamente:

Em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço.

Aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.

Diante do exposto, a respeito dos agravos econômicos advindos da alteração unilateral do contrato, enquanto esta constitui uma prerrogativa da Administração Pública para adequar a avença ao interesse público, tem o concessionário o direito de não suportar os referidos agravos, devendo o contratante arcar com as modificações e indenizá-lo a fim de restabelecer a equação financeira.

A Lei nº 8.987/95, ao tratar da política tarifária, no capítulo IV, artigos 9º, parágrafos 2º e 4º, 10 e 11, parágrafo único, expressamente se refere à necessidade da manutenção e garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos, prevendo mecanismos que ajudarão à perseguição desse fim, por meio do instituto de revisão

das tarifas e o dever de recomposição da equação avençada em casos de alteração unilateral que afete a parte econômica do contrato.

Dispõem os referidos dispositivos:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[...]

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nessa mesma linha, a Lei nº 9.074/95, artigo 35, garante a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecendo que:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico financeiro.

Assim, para manter o equilíbrio econômico financeiro nos casos de riscos que devem ser assumidos pelo concessionário, a Lei 8.987/95 prevê a revisão tarifária previstas no edital e no contrato de concessão.

Conclui-se, que num contrato de concessão de serviço público, não apenas o Poder Público possui vantagens, exauridas pelas cláusulas exorbitantes, mas também o interesse do particular é levado em consideração, já que se trata de uma empresa capitalista cujo objetivo maior é obtenção de lucro, fazendo, surgir assim uma reciprocidade nas obrigações assumidas. Constata-se que o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos em que o Poder Público faz parte tem a função não apenas de garantir que a empresa capitalista alcance o

lucro esperado, mas também tem função de garantir a continuidade, a qualidade e a melhoria dos serviços públicos, onde aquele princípio se contrapõe ao interesse público.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁴ explica que: “A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou intangibilidade da equação financeira, apresenta-se como o mais lúdimo dos direitos do contratado”.

É certo que todo empresário busca alguma vantagem econômica, ou seja, lucro. Justamente por conta dessa finalidade buscada, que o empresário, no caso presente chamado de concessionário, deve ser respaldado por um instrumento que lhe assegure a retribuição dos investimentos feitos e da recomposição do equilíbrio econômico financeiro quando da ocorrência de algum evento que mude o roteiro inicial.

Quando ocorre o desbalanceamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁵⁵, entendida como a variação entre as projeções estimadas pelas partes e a realidade verificada no curso da execução do contrato, a Administração Pública deve rever e adequar o contrato a situação.

Assim, entende-se que o equilíbrio econômico financeiro é um encargo de mão dupla, representando os encargos assumidos pelo concessionário e, em contrapartida, a retribuição da Administração para uma remuneração justa do objeto contratado.

Com isso encerra-se o segundo capítulo com fundamentos suficientes para abordar o tema deste trabalho, qual seja ANEEL e a crise energética de 2014. No próximo capítulo, é feita uma abordagem do desenvolvimento das agências reguladoras no direito brasileiro, a partir do tratamento constitucional da intervenção estatal na economia, bem como a possibilidade de concessão de serviços públicos por meio de uma análise do artigo 175, da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.987/95, apresentando sua definição, características e mecanismos de controle que recai sobre as agências reguladoras. A partir daí, estuda-se a ANEEL suas finalidades e missão, a crise energética de 2014 ocasionada pela Lei nº 12.783/13 e a (i) responsabilidade do órgão regulador do mercado energético no desencadeamento da crise, fechando com o tratamento dos mecanismos de controle e sua inefetividade.

¹⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.508.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 398.

3 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A CRISE ENERGÉTICA DE 2014

Como visto no capítulo anterior, ao assumir o papel de agente regulador, o Estado reconhece a importância de um órgão regulador e fiscalizador dos serviços públicos concedidos.

Tendo isso como base, neste terceiro capítulo, estuda-se o papel do órgão regulador do mercado de energia elétrica, sua finalidade e missão, para chegarmos à questão da responsabilização da ANEEL pelo colapso energético de 2014, e, por fim, discutir os mecanismos de controle e sua (in) efetividade. Contudo, é imperioso fazer um estudo sobre a teoria geral das agências reguladoras.

3.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1.1 No direito comparado: Estados Unidos da América (EUA)

A existência de órgãos autônomos administrativos encontra precedentes no plano do direito comparado. Apesar de ser mais difundido a partir de sua adoção pelos Estados Unidos da América (EUA), foi na Inglaterra, a partir de 1834, que foram criados pelo Parlamento os primeiros entes autônomos com o objetivo de concretizar medidas previstas em lei e para sanar as controvérsias resultantes desses textos, assim, a cada lei criada disciplinando um assunto, criava-se uma entidade para aplicar a lei.¹⁵⁶

Em virtude de sua organização descentralizada é que se diz que o direito administrativo nos EUA é reconhecido como o direito das Agências. Apesar de existir várias

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, v.791, p.739-756, set. 2001, p.745.

espécies de agências reguladoras, não reguladoras, executivas e independentes, por conta do corte epistemológico, serão estudadas apenas as agências reguladoras¹⁵⁷.

Explicando sobre as agências reguladoras norte-americanas, Cuellar discorre que: “[...] são entes que estabelecem regras para setores econômicos privados, condicionam os direitos e liberdade dos particulares e têm competência para resolver conflitos intersubjetivos, embora a participação da Administração não produza qualquer efeito modificativo”¹⁵⁸.

Segundo Guillermo Munõz¹⁵⁹, isso acontece porque:

[...] os Estados unidos não optaram pela política de nacionalizações. O que para nós é serviço público, lá são atividades prestadas por empresas privadas que normalmente dependem de uma habilitação estatal. São empresas econômicas dotadas de um regime especial. Esta singularidade situa-se nas exceções à regra da livre iniciativa privada.

Como já abordado, foi com base no modelo inglês que começou a ser operada as Agências Reguladoras, nos EUA, onde é possível identificar quatro fases no desenvolvimento das agências, segundo Conrado Hübner Mendes¹⁶⁰.

A primeira fase, conhecida como a Era Progressista, marcada pelas primeiras práticas regulatórias, ocorreu em 1887, com a instituição da primeira Agência Reguladora, *Interstate Commerce Commission* (ICC), com o objetivo de regulamentar os serviços de transporte ferroviário para impedir as distorções e práticas discriminatórias de mercado, principalmente com relação aos preços praticados, fazendo acompanhamento econômico, dando maior atenção aos movimentos de fusão e concentração que tinham como foco eliminar a concorrência em 1887.

No século XIX, em 1890, foi aprovado o *Sherman Act* destinado a combater os monopólios de mercado das firmas, marcando uma relação entre a defesa da concorrência e a regulação de mercados.

Os Estados Unidos, por terem uma perspectiva liberal e não estatizante, com o apoio do movimento progressista do final do século XIX, adotaram mais facilmente o modelo das agências reguladoras, pois defendiam a ideia de que a regulamentação das atividades

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.745.

¹⁵⁸ CUÉLLAR, Leila. *Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. Revista de Direito Administrativo, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

¹⁵⁹ MUNÕZ, Guillermo. *Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no direito comparado*. In: Direito Administrativo Econômico (Coord. de Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Malheiros, 2000, p.148.

¹⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.402.

econômicas pelo Estado era necessária para coibir o abuso do poder econômico. Essa concepção inspirou a *Sherman Act*, considerada a principal legislação antitruste norte-americana,¹⁶¹ sendo marcada assim a segunda fase da história das agências reguladoras, datada entre os anos de 1930-1945, após a crise econômica de 1929.

Apesar de sua gênese remontar ao início da República norte-americana, foi a partir da implementação do *New Deal* (1933-1939), com a ampla reforma administrativa federal, que se proliferou as agências reguladoras, vez que houve a consolidação do conceito de controle público e o aperfeiçoamento dos instrumentos de regulação econômica.

A intervenção econômica proposta pelo Presidente Roosevelt, como proposta para socorrer a economia norte-americana, balizava os princípios básicos do Liberalismo por meio da ampla autonomia conferida às Agências Reguladoras.

A função reguladora das agências norte-americanas só pode ser exercida após expressa delegação pelo Poder Legislativo. Em comparação com o modelo adotado pelo direito brasileiro, pode-se dizer que nos Estados Unidos as agências reguladoras têm a função de baixar normas reguladoras, ou seja, o poder regulamentar não se limita à estabelecer normas para dar fiel execução às leis, mas exercer o poder regulamentar baixando normas inovadoras na ordem jurídica¹⁶².

Imperioso é ressaltar que as relações de controle entre o Congresso Norte Americano e as agências reguladoras são bastante intensas, uma vez que o controle exercido sobre as agências é efetuado pelas comissões parlamentares assessoradas por corpo técnico especializado, concentrando todas as relações que o Congresso mantém com as agências. Ou seja, compete ao Congresso por meio de comissões supervisionar a atividade que cada agência independente exerce: assim, duas comissões supervisionam a atividade normativa e outras duas supervisionam a atividade orçamentária¹⁶³.

Nesse sentido, Gustavo Binbenbojm¹⁶⁴ resalta que:

No que diz respeito ao papel do Congresso na supervisão da atuação das agências, além das audiências em comissões especializadas, merece destaque o ressurgimento, reformado, do chamado ‘veto legislativo’, previsto no *Congressional Review Act – CRA*, de 1996. De acordo com tal lei, uma resolução conjuntadas duas Casas Legislativas, aprovada por maioria

¹⁶¹ NUNES, Edson. *O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras*. In: Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001, p.4.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 2015, p.186.

¹⁶³ MARTINEZ, Maria Salvador. *Autoridades independentes*. Barcelona: Ariel, 2002.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 270.

simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada por agência. A primeira vez que o CRA foi usado ocorreu em 2001, quando uma resolução da *Occupational Safety and Health Administration – OSHA* sobre ergonomia foi sustada.

Diante desse arcabouço sistêmico e obrigatório colocado à disposição do Poder Legislativo para controlar os atos das agências independentes, afirma-se que o Congresso está apto a controlar as atividades exercidas por elas¹⁶⁵.

A lei, além de instituir as Agências Reguladoras, sedimenta os princípios que fundamentam seu funcionamento, determina a forma e os métodos de atuação, instituídas por lei, bem como a forma de fiscalização submetida ao Congresso Nacional.

A terceira fase nesse processo de desenvolvimento das Agências Reguladoras ocorreu entre 1945 e 1965 marcado pelo advento da lei geral de procedimento administrativo, *Administrative Procedure Act*, universalizando o processo de tomada de decisões pelos entes.

Nesse período, é possível identificar um dos sustentáculos da sistemática regulatória adotada pelos Estados Unidos, segundo Di Pietro¹⁶⁶, que é sua especialização técnica que, além de garantir autonomia para justificar sua atuação em determinados setores, nos quais havia risco de ocorrência de falhas de mercado, também garantia aos seus dirigentes independência em relação ao chefe do Poder Executivo, tornando-os neutros com relação aos assuntos políticos, haja vista que só poderiam perder a independência pelos casos expressamente estabelecidos em lei.

A ideia de especialização técnica das agências começou a requerer multidisciplinariedade de conhecimento a partir do advento da *Administrative Procedure Act*, em 1946, ao passo em que se reconhecia que a Administração Pública deveria proteger os interesses públicos e não apenas interesses setoriais.

Dessa forma, a partir do reconhecimento da incapacidade do mercado em produzir resultados não-econômicos considerados como necessários para a sociedade, na terceira fase do desenvolvimento institucional das agências passou-se a adotar medidas que tornassem o processo mais transparente e que viabilizassem a compatibilização entre os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e proteção aos trabalhadores.

Foi também a Lei do Procedimento Administrativo de 1946 que definiu o conceito de “agência”. Para referida Lei, o termo agência tem sentido amplo abrangendo “qualquer

¹⁶⁵ MARTINEZ, Maria Salvador. *Autoridades independentes*, Barcelona: Ariel, 2002.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.187.

autoridade do Governo, esteja ou não sujeita ao controle de outra Agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”¹⁶⁷.

Foi nesse período que se constatou a necessidade de se reconhecer autonomia para as agências reguladoras em virtude do fenômeno da “captura”.

Captura é o nome adotado para representar a tendência apresentada pelas agências reguladoras em ceder às pressões dos agentes econômicos regulados, como o objetivo pressionar os órgãos reguladores a estabelecer uma regulação que os beneficiassem, prejudicando, assim, os consumidores. Ou seja, com o tempo as agências reguladoras acabam sendo dominadas pelo mercado regulado¹⁶⁸.

Para controlar o fenômeno da “captura”, foi necessário que o Congresso fizesse um acompanhamento mais próximo por meio de relatórios encaminhados pelas agências, cujo objetivo era ampliar o controle político.

Cumprir destacar os novos papéis assumidos pelo Poder Legislativo e Executivo sobre o desenvolvimento das atividades dos órgãos autônomos. Enquanto competia ao Poder Legislativo, a partir dos estudos realizados pelo órgão *General Accounting Office*, fiscalizar no sentido de controlar politicamente as decisões, competia ao Poder Executivo supervisionar e coordenar as ações das Agências Reguladoras principalmente através do *Office of Management and Budget – OMB*, por meio do estabelecimento de diretrizes que vão ponderar a atuação das agências, integrando os diferentes órgãos, com o objetivo de melhorar seu desempenho.

A neutralidade das agências reguladoras passou a ser questionada, ensejando a propositura de várias ações questionando a sua atuação no que concerne a transparência na formação dos processos para acusação dos agentes econômicos, julgamento, imposição de sanções e maior participação popular.

Esse fato marca a quarta fase do desenvolvimento das Agências Reguladoras, iniciada em 1985 perdurando até a contemporaneidade. Esse período busca consolidar um modelo regulatório independente, mas que sofra os controles externos necessários e adequados para garantir essa independência.

Objetivando manter a harmonia entre os poderes estatais e as agências, o Poder Judiciário impôs aos órgãos reguladores alguns critérios de atuação, a saber:

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.185.

¹⁶⁸ POSNER, Richard. *A Teoria da Regulação Econômica*. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004, p.57.

1) a imposição de penalidades pelas agências deveria ser condicionada à existência de expressa previsão legal para este fim; 2) as agências deveriam observar um processo de decisão determinado, de preferência estabelecido na legislação que as criou; 3) haveria possibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelas agências; e 4) as agências deveriam observar a correta instrução processual para propiciar o controle judicial de seus atos.¹⁶⁹

De um modelo em que se excluía da apreciação judicial os aspectos técnicos das decisões e a matéria de fato, passa-se a um modelo que amplia o controle judicial sobre o binômio razoabilidade-proporcionalidade em relação aos parâmetros estabelecidos pela Lei, aumentando, assim, a motivação e a transparência dos atos praticados pelas agências reguladoras.

Diante do que vem sendo exposto sobre as agências reguladoras no direito norte-americano, é possível concluir que são organismos típicos do estado do bem-estar, vez que se voltam a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico.

Nesse sentido Perez¹⁷⁰ corrobora que:

De fato, as *agencies* foram concebidas como organismos independentes e autônomos em relação à estrutura tripartite de poderes estatais. Para elas se delegaram funções de cunho legislativo (função reguladora), judicial (função contenciosa) e administrativo (função fiscalizadora). A idéia que presidiu a criação dessas entidades era dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que potencialmente representariam uma fonte de constantes problemas sociais

Não se pode olvidar as críticas que são feitas com relação à possível incompatibilidade entre a teoria da tripartição dos poderes com a posição das agências reguladoras independentes, principalmente se for levada em consideração as competências que lhes são atribuídas. Isso porque, compete às agências, como já explanado neste trabalho, administrar, compor conflitos entre Estado e particular e entre particulares e editar normas gerais e abstratas, podendo, inclusive inovar no ordenamento jurídico. Contudo, as entidades reguladoras participam do processo governamental e político de forma que as permite relacionar-se com os demais poderes constituídos.

¹⁶⁹ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A Gramática Política das Agências Reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília, DF: UnB, 2007. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2007, p. 125.

¹⁷⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998, p.125.

Além disso, a partir das profundas mudanças introduzidas no setor regulador norte-americano, em meados das décadas de 1970 e 1980, a maior parte das decisões das agências reguladoras submete-se ao princípio do *checks and balances*, de tal forma que o executivo nomeia os comissários, o legislativo aprova medidas relacionadas ao orçamento, nomeação e estatutos e o judiciário realiza o controle das decisões quando devidamente provocado.

No entanto, com o objetivo de sanar as críticas levantadas sobre as agências foi criado o conceito do “quase”, ou seja, as agências independentes não constituem um quarto poder. Neste sentido, Peter Strauss¹⁷¹ explica sobre a aplicação do termo quase, argumentando que:

[...] quase executivas, quase judiciais e quase-legislativas como forma de conciliá-las com o esquema da separação de poderes consagrado na Constituição. A simples qualificação como ‘*quasi*’ traz implícita a confissão de que as classificações reconhecidas não mais são aplicáveis sem problemas e ‘*quasi*’ é cobertura que damos para avaliar nossa confusão da mesma forma que poderíamos usar uma colcha cobrir uma cama desarrumada.

Esse também é o posicionamento de Di Pietro ao estabelecer que as agências norte-americanas “exercem função quase-legislativa, pois editam normas, e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses determinando o direito aplicável para solucioná-los”¹⁷².

Cumprido destacar que no que tange à função quase legislativa desempenhada pelas agências reguladoras, esta vem sendo mitigada tendo como fundamento o princípio da indelegabilidade de poder, decorrente da separação dos poderes, o que impede que o Legislativo delegue suas funções de legislar a órgãos de outros Poderes, bem como pelo fenômeno da captura o que causou descrédito das agências perante o governo e a sociedade.

Dessa forma, o que se tem é de que as agências reguladoras norte-americanas passaram por um longo processo de aperfeiçoamento até chegar nos moldes contemporâneos, marcada pela desregulação e re-regulação, com o predomínio de mudanças necessárias que interferem na regulação dos serviços que vão até a adoção de novos mecanismos de controle, assumindo um papel cada vez mais legislativo e legalista, que vai além da regulação de empresas, envolvendo a regulação de mercados.

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 233.

¹⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.186.

3.1.2 Natureza Institucional e Autonomia das Agências Reguladoras no Brasil

Como já abordado anteriormente, o surgimento das agências reguladoras no Brasil ocorreu após o processo de desestatização implementado em meados dos anos de 1990.

Conforme estabelecido no art. 5º do Decreto nº 2.594/98 que regulamentou a Lei nº 9.491/97, entende-se por desestatização a transferência para a iniciativa privada de participações societárias e da execução dos serviços públicos até então explorados pelas entidades da Administração Pública.

Aliada ao fator da desestatização apresenta-se nesse contexto de agencificação, a globalização e a urgência em se conferir credibilidade internacional ao marco regulatório que emergia no Brasil.

Aranha¹⁷³ explica que o fenômeno da globalização tende a uniformizar em âmbito internacional os diversos ordenamentos jurídicos, chegando mesmo a superar as fronteiras nacionais e a cogitar um direito global.

Quanto à questão da credibilidade internacional insere as recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que, em seu Programa de Política Regulatória, inclui três elementos essenciais: 1) as medidas; 2) os instrumentos; e 3) as instituições reguladoras,¹⁷⁴ políticas que devem sempre conformar para a máxima eficácia e efetividade da legislação e sua regulamentação.

Cumprir destacar que, apesar de o Brasil não integrar a OCDE¹⁷⁵, referida Organização por meio de seu Secretariado Geral realizou um estudo em 2005 no qual avaliaram o marco regulatório brasileiro e os impactos decorrentes dessa regulação sobre o desenvolvimento econômico e social do país.

Apesar de reconhecer o avanço significativo no sistema regulatório brasileiro, principalmente após a implementação das agências reguladoras, a OCDE apontou as deficiências de referidos órgãos e indicou medidas necessárias para o alcance de sua eficiência e efetividade.

¹⁷³ ARANHA, Márcio Iorio. *Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro*. In PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.) *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 166.

¹⁷⁴ OECD. *Organization for Economic Cooperation and Development. The OECD Report on Regulatory Reform*. OCDE, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

¹⁷⁵ OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2005*. Rio de Janeiro: OCDE/FGV, 2005, p. 146.

Além da incerteza regulatória, outras questões são apontadas no relatório: contingenciamento financeiro das atividades exercidas pelas agências; falta de capacitação adequada; diferença de tratamento entre cada agência e os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência e a mutabilidade das decisões das agências pelos tribunais de primeira instância, o que gera uma incerteza jurídica, retardando decisões empresariais.

Esse processo de criação das agências reguladoras, Bresser Ferreira¹⁷⁶ chamava atenção para a necessidade de substituir o Estado clientelista para servir, no âmbito da economia, os mais variados interesses das diversas camadas sociais.

Nesse passo, a implementação das agências reguladoras consistiu na transferência, para o setor privado, de atividades executivas antes exercidas pelo Estado sob a forma de monopólio. Ao Estado caberia, a partir de então, exercer o papel de agente regulador e normativo, cujos objetivos eram: obter maior eficiência econômica e administrativa, bem como transparência, distribuição social dos resultados alcançados, além de inibir ou induzir determinados comportamentos dos agentes econômicos, assegurando a competitividade do mercado e garantindo a prestação adequada dos serviços públicos.

No Brasil, não há uma lei específica que defina o que seja agência reguladora¹⁷⁷, bem como nem a própria Constituição o faz, referenciando apenas órgãos reguladores e não agência reguladora especificamente.

As Agências Reguladoras são criadas por lei específicas as quais atribui natureza jurídica de autarquias, com algumas características específicas.

De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 as agências reguladoras, pessoas jurídicas de Direito Público, devem ser criadas por lei específica como autarquias em regime especial e somente por lei podem ser extintas.

Para Di Pietro¹⁷⁸:

As autarquias sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que ele somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

¹⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995, p. 15.

¹⁷⁷ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.401.

Em contrapartida ao entendimento de que as Agências Reguladoras estão submetidas a regime especial, tem o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁹ que assevera as independências e autonomias concedidas às entidades reguladoras em nada difere das demais concedidas a todas as outras autarquias, podendo haver, apenas, uma maior intensidade destas características.

Contudo, neste trabalho, adotando o posicionamento encampado por Di Pietro, verifica-se que a maior autonomia outorgada às agências reguladoras altera o relacionamento destes entes com os Ministros de Estado responsáveis pelas áreas de atuação dessas entidades, apresentando uma interação com o ente superior mais ampla, configurando-se como organismos típicos do estado do bem-estar-social, com o objetivo de sopesar a intervenção estatal sobre o domínio econômico.

Vale destacar também, o posicionamento de Joaquim Barbosa¹⁸⁰, que advoga:

Agências Reguladoras, no direito brasileiro, são uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços acentuado interesse público, inserido no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central.

Nesse sentido, as agências reguladoras são autarquias que exercem atividades e serviços administrativos, com autonomia patrimonial e administrativa, permanecendo sob o controle do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização.

É imperioso destacar que a fundamentação legal de seu regime especial é amparada em algumas legislações, como por exemplo, a Lei nº 9.427/97 que em seu artigo 8º, parágrafo 2º, estabelece que “a natureza de autarquia especial conferida à Agência Reguladora, é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

Sabendo que a natureza jurídica das Agências Reguladoras é de autarquia sob regime especial e que assim o é por conta da maior independência que estes órgãos tem em relação ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, mister que se faça um estudo sobre tal característica.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2015, p. 178.

¹⁸⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.44-45.

A reforma do aparelho estatal que culminou com a desestatização e a agencificação foi possível a partir do reconhecimento e da elevação de alguns princípios que caracterizariam norteadores desse processo, quais sejam: autonomia e independência decisória, publicidade de normas, celeridade processual, melhoria na relação consumidor-investidor, procedimentos e ações, participação efetiva, por meio de audiência pública, de todos os estratos econômicos na elaboração de normas regulamentares.

As Agências Reguladoras foram criadas para atuarem no campo da técnica o que, por muitas vezes exige adoções de medidas complexas que podem contrariar tanto o setor regulado quanto à Administração Central. Levando em consideração tal desiderato, o legislador conferiu às agências reguladoras autonomia e independência para que pudessem exercer suas funções com transparência, equidade e isonomia, com o objetivo de protegê-las das ingerências e influências político-partidárias e do uso político pelos grupos de pressão.

Nesse sentido, corrobora Joaquim Barbosa Gomes¹⁸¹ que a ideia central de se criar as agências reguladoras foi em criar um ente administrativo técnico especializado, para auxiliar as decisões dos órgãos da Administração, que fosse altamente capacitado e como enfatiza o autor: “[...] impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração”.

Diante desse novo modelo e dos objetivos de implementá-lo, foram concedidas às agências reguladoras um grau mais acentuado de autonomia com relação à Administração Central, questão que merece destaque, principalmente quando formos estudar a questão da defesa da legalidade da ANEEL e as interferências, principalmente do Poder Executivo, suportadas pelo órgão.

Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes¹⁸² entendem que a autonomia das agências reguladoras como sendo:

[...] a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais.

¹⁸¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado)*, 2005, p. 39-74, p. 56.

¹⁸² WALD, Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel. *Agências Reguladoras*. Revista de Informação Legislativa, ano 36, n.141, p. 143-171, jan-mar/1999, p. 145.

Assim, as agências reguladoras fazem jus à autonomia que lhes são conferidas, pois atuando no campo técnico, devem adotar mecanismos que ajudem a alcançar uma regulação eficiente que compatibilize os interesses do Estado, dos agentes regulados e da sociedade.

Ainda, segundo Wald e Moraes¹⁸³, para perseguir seus objetivos, a autonomia das agências reguladoras é concebida em quatro dimensões: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.

A independência decisória consiste na capacidade da Agência de resistir às pressões de grupos de interesses no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada.

A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes.

A independência de instrumento é a capacidade de a agência escolher os instrumentos de regulação, tarifas, por exemplo, de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível.

A independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.

Ressalte-se, contudo, que cada independência não deve ser entendida como um fim em si mesma, mas deve-se conformá-las de maneira sistêmica para que se alcance o desempenho almejado e satisfatório das atividades por elas desempenhadas.

A primeira autonomia a se verificar é a autonomia administrativa que, segundo Di Pietro¹⁸⁴ é a mais evidente e mais fácil de ser identificada, principalmente quando se leva em consideração a garantia de estabilidade dos mandatos dos dirigentes.

A doutrina majoritária entende que o fator determinante da autonomia administrativa consiste no estabelecimento de mandato fixo para os dirigentes das agências reguladoras. Isso significa que os dirigentes só podem ser exonerados do cargo antes de acabar o prazo previsto mediante uma das previsões legais, devidamente apurados em processo administrativo ou judicial, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 146.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 437.

É requisito essencial que os dirigentes das agências reguladoras sejam administradores e não políticos, exigência que se justifica em razão de se evitar a promoção de interesses pessoais em detrimento dos interesses públicos. Além disso, mister que tenha o administrador conhecimento científico técnico e eficiência suficientes para o exercício de suas funções¹⁸⁵, de maneira que permita o seu desenvolvimento mais adequado.

Ademais, os mandatos não podem ser coincidentes entre si, principalmente coincidente com o período eleitoral.

Para tanto, a investidura no cargo de dirigente da agência reguladora se dá por meio de um processo complexo, já que passa pelas decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, compete ao Chefe do Poder Executivo indicar um nome e depois submetê-lo à aprovação pelo Senado Federal e, somente referida aprovação, poderá o Chefe do Executivo nomeá-lo.

Vale destacar ainda que a direção das agências reguladoras dar-se-á por uma direção colegiada, fator que contribui para a melhor qualidade e imparcialidade dos atos proferidos pelo órgão regulador. A adoção desse mecanismo se justifica no objetivo de se coibir a captura dos seus dirigentes pelos agentes regulados ou até mesmo pelo próprio governo¹⁸⁶. Nesse último caso, captura política, a autonomia administrativa se faz necessária para impedir que as agências cedam às pressões do governo pressionam por medidas que culminem com resultados de curto prazo favoráveis aos seus interesses políticos e que coincidem com o ciclo eleitoral.

Cumpra-se salientar que o mecanismo de inibir a captura dos órgãos reguladores pela iniciativa privada se dá por meio do instituto da “quarentena”, mecanismo impeditivo de tomadas de decisões que favoreçam um determinado agente econômico em troca de favores pessoais, notadamente a assunção de cargo na empresa após findar seu mandato junto à agência reguladora.

A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras, em seu artigo 8º, com redação alterada pela MP nº 2.049, 24 de 2000, estabelece que o período de quarentena do ex-dirigente será de quatro meses, ficando impedido de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

A título de conhecimento o STF reconheceu a constitucionalidade da impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das Agências Reguladoras, explicando que:

¹⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e poder normativo*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (org.) O Poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87.

¹⁸⁶ SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa de. (editores). *Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que ainda falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 10.

4. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão **ad nutum** pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei – ou seja, a decisão por Assembleia Legislativa -, impõe-se explicar que se suspende a eficácia do artigo 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida¹⁸⁷.

Assim, agentes públicos que são, os dirigentes das Agências Reguladoras, se submetem aos requisitos do notório saber dentro da área regulada e da experiência para o exercício do cargo conforme fixado na lei instituidora, não havendo assim nenhuma afronta ao estabelecido pelo artigo 37, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

A autonomia financeira das agências reguladoras é representada pela sua capacidade de auto-gestão financeira “assegurada pela disponibilidade de recursos dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos”¹⁸⁸.

A conferência de autonomia financeira às Agências Reguladoras possibilita o planejamento da aplicação e alocação de seus recursos para melhor atender os objetivos para os quais foram criadas.

É sabido, que as agências reguladoras foram criadas para atuar no campo da técnica de determinados setores, com o objetivo de corrigir e evitar a ocorrência de falhas de mercado. Justamente por conta disso, ou seja, desse nível de especialização técnica das Agências Reguladoras que é impossível a interposição de recurso hierárquico contra as decisões provenientes de seus dirigentes, notadamente por que o Conselho Diretor funciona como última instância administrativa na solução dos conflitos entre as partes envolvidas nesse processo de regulação.

Tal impossibilidade se dá em razão de as decisões das agências reguladoras não poderem ficar à mercê de questões político-administrativas o que se fosse possível representaria uma afronta à autonomia técnica inerente e fundamental à toda agência.

Salienta-se, contudo, que a impossibilidade de se ter um recurso hierárquico para a pessoa jurídica diferente da pessoa jurídica que delegou a função não significa que às

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Requerido: governador do Rio Grande do Sul. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIM&CODClasse=555&Ementa=2215&Processo=1949&tipo_colocação=EMENTARIO>. Acesso em: 09 fev. 2016.

¹⁸⁸ MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006, p. 88.

agências reguladoras são detentoras de poderes ilimitados. Pelo contrário, se assim o fosse, haveria afronta direta ao Princípio da Separação dos Poderes que apregoa a autonomia, mas também a interdependência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ficando assegurada a possibilidade de controle dos atos emanados dos órgãos reguladores como veremos a seguir¹⁸⁹.

Destaca-se que às agências reguladoras foram delegadas funções de cunho legislativo, judicial e administrativo, assim como no direito norte-americano, sistema utilizado como modelo para desenvolvimento institucional das Agências Reguladoras.

3.1.3 Mecanismos de Controle das Agências Reguladoras

Como já explanado, as Agências Reguladoras são autarquias em regime especial, pois a elas são conferidas algumas características que as diferenciam das autarquias comuns, a saber: autonomia administrativa, autonomia financeira e autonomia técnica.

Entretanto, apesar dessas autonomias conferidas que permitem a realização de suas funções de forma isenta, inibindo as interferências dos demais Poderes, as decisões das Agências Reguladoras não estão totalmente imunes ao controle de seus atos, pois se assim fosse, constituiriam, em verdade, um quarto Poder, afrontando diretamente os preceitos Constitucionais.

Integrantes da Administração Indireta, as Agências Reguladoras, além de se submeterem aos comandos do ente a qual estão vinculadas, em observância ao sistema de freios e contrapesos, os órgãos reguladores podem sofrer controle pelos demais Poderes, Legislativo e Judiciário, como forma de inibir os excessos e arbitrariedades da agência. Assim, as agências reguladoras terão “sua liberdade mitigada por via de controle externo, o que se justifica em nome de valores maiores como a proteção ao interesse público e aos princípios da legalidade e da eficiência, o que lhe servirá, por outro lado, como elemento legitimador de suas atividades”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2015, São Paulo: Malheiros, p. 32.

¹⁹⁰ SILVA, Eduardo Marques da. *A independência das Agências Reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei nº 3.337/2004*. Rio de Janeiro: Prêmio SEAE, 2006, p. 52.

Esse controle consubstancia-se em quatro dimensões: político, judicial, financeiro-orçamentário e social. Por controle político entende-se o controle exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Como abordado, nos EUA, da qual o Brasil importou o modelo de agencificação, competia ao Poder Executivo supervisionar e coordenar as ações das Agências Reguladoras, por meio do estabelecimento de diretrizes que vão ponderar a atuação das agências, integrando órgãos, com o objetivo de melhorar seu desempenho.

Nacionalmente falando, não existe uma defesa delineada e convergente de que exista controle por parte do Executivo em relação às agências reguladoras.

Justen Filho¹⁹¹ assevera que o controle mais intenso que recai sobre as Agências Reguladoras envolve o Poder Executivo, pois “reconhece-se ao Presidente a competência para fixar as orientações políticas gerais dos diversos departamentos governamentais, o que compreende inclusive o poder de designação das autoridades que ali têm assento.”

Conformando o que já foi discutido quanto o mandato fixo e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra os atos dos dirigentes das Agências Reguladoras, limitam sobremaneira as interferências do poder delegante sobre a atividade regulatória. Essa limitação se justifica na “tendência da parte do Executivo em tentar transformar o regulador num veículo de intervenção governamental no setor regulado”¹⁹².

Quanto ao controle pelo Poder Legislativo este deve exercê-lo quanto à produção normativa das agências reguladoras, conforme imposição das normas constitucionais contidas no artigo 49, incisos V, X e XI da Constituição Federal de 1988, que dispõe que compete ao Congresso Nacional:

Art. 49. [...]

V- Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

X - Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - Zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes.

É sabido que é conferida às Agências Reguladoras a função normativa exercida dentro de um espaço que lhe é próprio, contudo, para que o exercício dessa função não ultrapasse as

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 81.

¹⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 124.

barreiras e invada o campo da função legislativa a qual pertence ao Poder Legislativo, é imprescindível que o Poder Legislativo exerça a função de órgão controlador. Esse controle se dá *a posteriori*, quando a norma regulatória já está em vigor, por meio dos mecanismos esposados acima.

Além disso, o TCU, também desempenha função controladora com relação às normas editadas pelas agências reguladoras por meio das auditorias operacionais. No exercício dessa função pode-se citar a determinação emanada pelo TCU direcionada ao MME e à ANEEL que efetuassem a correção na regulamentação dos critérios da tarifa social, instituída pela Lei nº 10.438/2002¹⁹³.

Tal medida foi adotada, pois foi identificada pelo TCU a falta de eficácia e efetividade da referida lei para o alcance de seu objetivo qual seja, promover a equidade social, uma vez que a lei ao enquadrar automaticamente as residências com consumo de até 80 KWh como consumidores residenciais de energia elétrica integrantes do grupo da tarifa social, permitia que flats, casas de praias ou residências com poucos moradores fossem beneficiadas, sem, contudo, serem de baixa renda.

Nesse sentido, como no direito comparado, as formas de controles exercidas pelo Poder Legislativo é bem mais estruturada do que a forma exercida no Brasil, notadamente aos mecanismos de controle, as comissões parlamentares especializadas técnicas com ritos obrigatórios e sistêmicos.

Verifica-se que no país, não há uma sistematização e nem rito obrigatório do processo de controle a ser exarado pelo Congresso Nacional o que o faz ser pontual e não contínuo, permanente e sistemático.

No Brasil, vigora o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a um direito, estampado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a jurisdição é inerte e por assim ser não permite que o Poder Judiciário faça um controle abstrato da legalidade do ato normativo o que só pode ocorrer quando constatada uma lesão ou ameaça de lesão.

¹⁹³ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito*. Revista IOB de direito administrativo, São Paulo, nº 33, p. 100, outubro, 2008.

Di Pietro ressalta que as agências reguladoras não podem invocar sua independência com relação ao Poder Judiciário, haja vista exercer função reguladora e quase-judicial, já que analisa e julga administrativamente os casos de sua competência¹⁹⁴.

Diante desses levantamentos sobre o controle que pode ser exercido pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, constata-se que as Agências Reguladoras possuem uma maior independência com relação ao Poder Executivo e a autonomia que são a elas conferidas pretendem blindá-las quanto às ingerências políticas o que pode, interferir e influenciar nas suas decisões técnicas.

O controle social realizado sobre as agências reguladoras vem previsto, geralmente, na própria lei instituidora da agência, embora não fosse necessária tal previsão uma vez que já é assegurada pela própria Constituição Federal de 1988, devendo prever tão somente a forma como se dará esse controle.

Justifica-se pelo fato de a sociedade ser considerada um dos integrantes da atividade econômica regulada, enquanto usuário do serviço público prestado e, em sendo assim, deve ter suas opiniões levadas em consideração no momento do estabelecimento de diretrizes para o setor.

O controle social pode ser exercido de forma preventiva e de forma postergada. Será preventiva quando realizada ainda no ato de elaboração das normas reguladoras e posterior quando exercida na fiscalização do cumprimento dessas normas.

Os mecanismos que propiciam o controle social são as audiências públicas, as consultas, os conselhos consultivos e as ouvidorias.

Segundo Gustavo Binenbojm¹⁹⁵ as audiências públicas são realizada em sessões abertas a qualquer do povo que tenha interesse no assunto a ser discutido e queiram apresentar sugestões. Além disso, também serão discutidos projetos de lei para o órgão regulador do segmento, com o intuito de se conferir maior transparência a sua atuação.

Por meio de consulta pública, questiona-se a opinião da sociedade sobre o conteúdo das normas a serem editadas pelo órgão regulador. As opiniões esposadas pela sociedade devem ser consideradas antes da edição da norma reguladora, sendo motivada a sua adesão ou rejeição a fim de que se garanta a transparência e legitimidade do ato.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.199.

¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005, 240: I-IV; 1-463, p. 160.

Já os conselhos são órgão que permitem a participação social institucionalizada, também exaurindo opinião e sugestão a respeito da atuação do órgão regulador, bem como funciona como conselho fiscalizador dos atos das agências.

As ouvidorias, por sua vez, recebem e analisam as reclamações e sugestões formuladas pelos agentes regulados a partir do qual elaboram soluções para atender as propostas sugeridas, além de servir como elo entre a agência e a sociedade.

Com esses mecanismos de controle que recai sobre as agências reguladoras, conclui-se que não se trata de formas de mitigação de sua independência e autonomia, mas de meios de lhe conferir credibilidade já que atua na ponderação de interesses de todos os agentes envolvidos na atividade regulada, viabilizando o seu funcionamento dentro dos limites da legalidade.

3.2 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL

Como visto, o desenvolvimento e introdução das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro foi resultado do processo de retirada estatal da economia, com o objetivo de normatizar os serviços e bens públicos, de modo a equalizar a relação entre o Estado, consumidores e mercado.

Nas privatizações efetuadas pelo governo federal, substituindo o DNAEE, a ANEEL, foi a primeira autarquia sob regime especial a ser instituída com o advento da Lei nº 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, após os ensaios de reestruturação que vinham sendo feitos com as Leis nº 8.031/90, 8.631/93, 9.074/95 e pelos decretos nº 1.717/95 e 2.003/96.

Constituem objetivos da ANEEL regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, consoante as políticas e diretrizes estabelecidas pelo governo federal, para garantir a competitividade, atrair investimentos para o setor e alcançar a eficiência e prestação continuada dos serviços.

Inicialmente, o projeto era criar uma autarquia convencional sem autonomia política de sua direção. Porém, após as discussões em torno do projeto, o Congresso Nacional optou por outorgar maior autonomia e independência à ANEEL, seguindo o modelo norte-americano.

O exercício de algumas funções inerentes ao poder concedente dos serviços de energia elétrica fica a cargo da ANEEL, conforme estabelecido no artigo 3º de sua lei instituidora, com destaque para:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários [...]

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

[...]

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

[...]

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

[...]

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

[...]

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;

XII - estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica;

[...]

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado;

[...]

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores [...]

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.

Neste contexto, é possível observar, que os poderes conferidos à ANEEL são amplos, podendo, mediante delegação do MME e em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo poder concedente, outorgar concessões e permissões dos serviços de energia elétrica.

A ANEEL tem como missão proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, articulando sempre com os órgãos do Ministério da Fazenda e do Ministério da Justiça.

Organizada de acordo com o plano de desestatização, a Diretoria da ANEEL é composta por um Diretor Geral e quatro Diretores, como mandato fixo de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, conforme estabelece o artigo 52, inciso III, alínea “f”, da Constituição Federal de 1988.

Vale destacar, que é vedada a exoneração pelo chefe do executivo dos membros conselheiros e dirigentes da agência reguladora, exceto quando por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou por processo administrativo disciplinar, conforme Lei nº 9.986/00.

Sua autonomia financeira é resguardada pelos recursos advindos da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica (TFSEE) e do Tesouro Nacional. A TFSEE foi criada pela Lei nº 9.427/97, correspondendo a um percentual de 0,28% (vinte e oito por cento) da conta de luz paga pelos consumidores do serviço.

A regulação do setor elétrico brasileiro deve levar em consideração as questões pertinentes às funções de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e os três atores envolvidos nesse processo: governo, sociedade e o mercado, promovendo, assim, o controle social.

Ressalta-se que não foi previsto na lei de criação da ANEEL a possibilidade de participação das concessionárias ou consumidores, o que pode ser alcançado por meio da audiência e consulta pública introduzida pela Lei nº 9.427/96, que devem ser convocadas todas as vezes que uma decisão da ANEEL afetar os direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores do setor. A audiência pública é efetivada através dos debates promovidos pela ANEEL, após sugestões enviadas pelos interessados, e a consulta pública por meio da participação dos colaboradores por meio de relatórios. Ambos os mecanismos são tidos como meio de incorporar a participação e a representação de interesses públicos e privados, buscando dar maior efetividade às políticas públicas formuladas pelo setor¹⁹⁶.

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2013, p.467.

Como visto no estudo da independência das Agências Reguladoras, a tarifa constitui um instrumento de regulação como forma de garantir sua independência e fazer com que ela alcance seus objetivos da forma mais eficiente possível. O estudo da composição das tarifas, do cronograma e políticas de reajustes tarifários se faz necessário, como já destacado anteriormente, os principais impactos neste setor quando do estudo da Lei nº 12.783/13.

A regulação tarifária adotado no Brasil para o setor elétrico, como discutido inicialmente, baseia-se no modelo inglês de privatização, ou seja, pelo modelo *price cap*, ou seja, modelo de preço teto pelo incentivo.

Segundo dados da ANEEL, a receita de uma concessionária é composta por dois tipos de custos: os custos gerenciáveis e os custos não gerenciáveis.

Na parcela de custos gerenciáveis estão compreendidos os custos gerenciados pela concessionária, como o custo operacional, a remuneração de ativos e a remuneração dos investimentos realizados.

Os custos não gerenciáveis são compostos por vários encargos, dentro os quais se encontram os encargos setoriais (cotas de Reserva Global de Reversão, Conta de consumo de Combustíveis fósseis, ambos extintos pela Lei 12.783/13, Conta de Desenvolvimento energético-CDE, Compensação Financeira pelo Uso de Recursos Hídricos-CFRHU, TFSEE, contribuição ao NOS, ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA, Encargos de Serviços do Sistema-ESS, Pesquisa e Desenvolvimento-P&D, Eficiência energética.

Para manter equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão, a tarifa homologada pela ANEEL pode ser alterada. Essa alteração pode-se dar de três formas: Reajuste Tarifário Anual, Revisão Tarifária e a Revisão Tarifária Extraordinária.

O reajuste tarifário anual tem como objetivo ajustar os custos não gerenciáveis e repor monetariamente a inflação acumulada desde o último reajuste anual sobre os custos gerenciáveis. Esse reajuste ocorre em datas previamente estabelecidas pela ANEEL.

Já a Revisão Tarifária Periódica acontece a cada 4 (quatro) anos conforme cronograma da ANEEL, e consiste no processo de revisão tarifária com o objetivo de analisar de maneira completa toda a estrutura da concessionária para estabelecer uma nova tarifa regulatória, ou seja, os custos gerenciáveis e os não gerenciáveis são recalculados.

Com a Revisão Tarifária Periódica procura-se induzir a eficiência das concessionárias de energia e racionalizar os custos. A soma desses dois fatores resultarão na modicidade tarifária que constitui a prioridade da regulação de mercados.

As revisões tarifárias periódicas eram delimitadas temporalmente por ciclos, nos quais havia uniformidade de regras. O primeiro ciclo ocorreu entre os anos de 2003 e 2006, o segundo ciclo entre os anos de 2007 e 2010, o terceiro ciclo, que ocorreu entre os anos de 2011 e 2014 e, em 2015, iniciou-se o 4º ciclo de Revisão Tarifária Periódica.

É importante mencionar a cláusula sétima dos Contratos de Concessão de Distribuição que trata das “Tarifas Aplicáveis na Comercialização de Energia”. A referida cláusula dispõe que:

Pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica que lhe é concedido por este Contrato, a CONCESSIONÁRIA cobrará as tarifas homologadas pela ANEEL.

[...]

Subcláusula Segunda – A CONCESSIONÁRIA reconhece que as tarifas indicadas no Anexo II, em conjunto com as regras de reajuste e revisão a seguir descritas, são suficientes, nesta data, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Subcláusula Quinta - Para fins de reajuste tarifário, a receita da CONCESSIONÁRIA será dividida em duas parcelas:

Parcela A: parcela da receita correspondente aos seguintes custos: (i) compra de energia elétrica em função do “Mercado de Referência”, que inclui o montante de energia elétrica decorrente dos empreendimentos próprios de geração distribuída; (ii) conexão e uso das instalações de transmissão e distribuição de energia elétrica; e (iii) Encargos Setoriais: Reserva Global de Reversão - RGR; Conta de Consumo de Combustíveis - CCC; Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE; Contribuição ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS; Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos - CFURH para fins de geração de energia elétrica, quando aplicável; Encargo de Serviços do Sistema - ESS; Conta de Desenvolvimento Energético – CDE; Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica.

Parcela B: valor remanescente da receita da CONCESSIONÁRIA, excluído o ICMS, após a dedução da Parcela A.

Subcláusula Sétima – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta Subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia elétrica, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade tarifária. [...]

Segundo Sauer¹⁹⁷:

Os reajustes utilizam um índice de inflação, para preservação do valor real das tarifas. Os contratos de concessão estabelecem a periodicidade anual para o reajuste das tarifas, mas garantem que, eventualmente, ele poderá

¹⁹⁷SAUER, Ildo Luís. *et al. O racionamento de energia elétrica decretado em 2001: um estudo sobre as causas e as responsabilidades*. São Paulo: USP, 2001, p. 22.

ocorrer períodos inferiores a 12 meses. A revisão tarifária acontece ao fim de um período definido em contrato (tipicamente entre 4 e 7 anos) e procede à aplicação, pela agência reguladora, do fator **X**, a ser subtraído ou acrescido da fórmula de correção, equivalente aos ganhos de produtividade da empresa no período.

Cumprе salientar que não são cumuláveis os reajustes. Quando acontece um o outro reajuste fica suspenso.

E, por fim, a revisão tarifária extraordinária que não tem data preestabelecida podendo acontecer a qualquer momento, desde que apresentado motivo. Normalmente ocorre quando o equilíbrio econômico financeiro fica comprometido pelas variações que podem comprometer as operações da concessionária.

Diante do exposto, a ANEEL se insere no contexto de reforma do aparelho estatal, para exercer a função de agente regulador, atendendo, assim, às novas demandas surgidas com o processo de privatizações, devendo compatibilizar os interesses dos sujeitos econômicos: Estado, empresas e consumidores.

Destaca-se como função da ANEEL determinar as tarifas a serem praticadas pelas concessionárias. Referidas tarifas passam por um processo de revisão, cujo objetivo é manter o equilíbrio econômico financeiro estipulado no início da avença.

3.3 CONTRATOS DE CONCESSÃO NO SETOR ELÉTRICO

No setor elétrico, as principais partes contratantes com a Administração Pública, por meio da celebração de contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos ou uso de bem público, ou autorizações são: as geradoras, as transmissoras e as distribuidoras de energia elétrica. É possível falar ainda nas comercializadoras, das importadoras, das exportadoras de energia, das cooperativas de eletrificação rural e energia distribuída¹⁹⁸. Entretanto, para o presente estudo, serão tratadas apenas as três primeiras espécies, ou seja, geradoras, transmissoras e distribuidoras.

¹⁹⁸ VIVAN, Alexei Macorin. Contratos administrativos no setor elétrico, vinculação do Poder Público, término e seus efeitos. In: *Direito e Energia*. VIVAN, Alexei Macorin. SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.) São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 23-55. (29).

Os agentes geradores de energia podem atuar por meio dos regimes jurídicos da concessão, permissão, autorização, comunicação ou registro, adotado levando em consideração o potencial hidráulico.

O artigo 60, inciso I, do Decreto nº 5.163/04, dispõe a outorga das concessões, sempre a título oneroso, através do pagamento de Uso de Bem Público (UBP), podendo ser sob o regime de serviço público, produção independente ou autoprodutor de energia elétrica.

Utilizam-se os contratos de concessão de serviços públicos de geração de energia elétrica, remunerada por tarifa, para outorgar ao concessionário a prestação de serviços relacionados à geração para venda exclusivamente às distribuidoras de energia, cujos potenciais hidráulicos tenham potência superior a 1.000kW, segundo o que determina a Lei nº 9.074/95.

Ressalta-se que as concessionárias de serviços públicos de geração, não podem vender a terceiros a energia elétrica produzida ou negociar as tarifas que serão praticadas. Tal incumbência compete à ANEEL.

Por ter seu campo de atuação limitado, as geradoras, concessionárias de serviços públicos não estão sujeitas “a riscos de variação de preço, de ausência de comprador e tem o retorno de seu investimento e sua margem de lucro estabelecida contratualmente, com garantia do equilíbrio econômico-financeira inicialmente ajustada”¹⁹⁹.

Além dos geradores classificados como de serviços públicos, tem-se também os geradores classificados como produtores independentes e autoprodutores de energia.

Em síntese, visto que a abordagem não é foco do presente estudo, os produtores independentes são os geradores que, além de gerar, vendem a energia produzida, tendo a liberdade de estabelecer o preço pela qual será comercializada, bem como a escolha de seus compradores, tudo por sua conta e risco, conforme reza o artigo 11, da Lei nº 9.074/95 e observância às normas estabelecidas pelo poder concedente. O estabelecimento dessa relação dar-se-á por meio de um contrato de concessão de uso de bem público, quando os potenciais hidráulicos exceder a 1.000kW.

Já em relação aos autoprodutores de energia elétrica, o artigo 2º, do Decreto 2.003/96, dispõe que são aqueles que produzem a energia para o autoconsumo. Todavia, não é defeso que estes geradores vendam a energia gerada excedente ao seu consumo, podendo, de igual modo dos independentes, fixar o preço desejado e sua relação estabelecer-se-á mediante autorização, quando os potenciais hidráulicos forem superior a 1.000kW e igual ou inferior a

¹⁹⁹*Ibidem*, p. 23-55.

10.000kW. Se os potenciais hidráulicos forem superior a 10.000kW estes serão outorgados por meio de contrato de concessão de uso de bem público.

Caso o aproveitamento hidráulico seja inferior a 1.000kW, ficam as partes contratantes dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo, apenas, comunicar sua implementação à Administração Pública.

Quanto aos transmissores de energia elétrica, Alexei MacorinVivan²⁰⁰ discorre que:

[...] são aquelas que transportam a energia dos centros de onde ela é gerada até os bens de distribuição de energia. São as grandes linhas e estrutura de sustentação dessas linhas que cortam grandes áreas territoriais. São consideradas instalações de transmissão as que operam em tensão superior a 230kV.

As linhas e instalações dos agentes transmissores compõem juntamente com as linhas e instalações dos agentes geradores e linhas e instalações dos agentes distribuidores o Sistema Interligado Nacional.

Por meio da concessão de serviços públicos, os transmissores de energia elétrica celebram contrato de transmissão ou contratos ancilares.

Os contratos de transmissão podem de três formas: Contratos de Prestação de Serviço de Transmissão (CPSTs), celebrados entre o ONS e os agentes transmissores; Contratos de Uso de Sistema de Transmissão (CUSTs), celebrados entre os agentes transmissores, ONS e os usuários da Rede Básica, composta por agentes distribuidores de energia elétrica, agentes geradores conectados diretamente à Rede Básica ou centralmente despachados ou consumidores, importadores e exportadores de energia elétrica, também conectados à Rede Básica²⁰¹; e Contratos de Conexão, são celebrados entre os agentes transmissores e os usuários da Rede Básica, por intermédio do ONS.

Em se tratando de instalação de transmissão de interesse restrito dos aproveitamentos hidráulicos, os serviços de transmissão, por serem mais simples, poderão ser outorgados mediante autorização²⁰².

Os agentes distribuidores de energia são os que detêm e operam bens de distribuição de energia e fornecem a energia elétrica ao consumidor final.

²⁰⁰ VIVIAN, Alexei Macorin. *Contratos administrativos no setor elétrico, vinculação do Poder Público, término e seus efeitos*. In Direito e Energia. VIVAN, Alexei Macorin. SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.), 2014, p. 23-55. (30).

²⁰¹ ONS. Operador Nacional do Sistema Elétrico. Administração e Transmissão de contratos. Disponível em <http://www.ons.org.br/administração_transmissão/contratos.aspx> Acesso em 21 fev 2016.

²⁰² Op. Cit., 2014, p. 23-55.

Os contratos, que formalizam a relação entre os agentes distribuidores e o Poder Concedente, podem ser por meio de: concessão de serviço público, permissão ou autorização, sendo remunerado pela Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição, pagas pelos acessantes do sistema e quando vende a energia para os consumidores cativos, tidos como os de uma área geográfica determinada, recebem sua Tarifa de Energia, fixada após somatória de todos os componentes do processo produtivo, ou seja, o valor dos investimentos e operações realizadas pelos agentes de geração, transmissão, comercialização e encargos.

Assim, levando em consideração a atividade preponderante de cada agente de mercado de energia apresentado (geradores, transmissores e distribuidores), entende-se: que os agentes produtores ou geradores são concessionários ou autorizados que atuam na geração de energia elétrica; os agentes transmissores são concessionários do sistema de transmissão de energia elétrica com instalação na rede básica; e agentes distribuidores são concessionários ou permissionários que operam o sistema de distribuição em uma determinada área geográfica, tendo sua Tarifa de Energia fixada pela ANEEL.

3.4 CRISE ENERGÉTICA DE 2014 E A LEI Nº 12.783/13

Como já abordado, em meados de 1990 houve o início das reformas setoriais por meio do lançamento do programa de privatizações, diante da falência do modelo intervencionista estatal. Assim, surge a necessidade do Estado assumir um novo paradigma, qual seja, de um Estado logístico, sendo responsável não mais pela prestação direta dos serviços públicos, mas pelo papel de agente regulador, planejador e fiscalizador do mercado.

Nesse contexto, em 1995 foram promulgadas as Leis nº 8.987 e 9.074, que trouxeram diretrizes relacionadas às concessões e permissões para a prestação dos serviços públicos, e em 1996, foi criada a ANEEL, por meio da Lei nº 9.427/96, que também estabeleceu os objetivos e competências do órgão regulador do mercado de energia elétrica, notadamente a responsabilidade pela fixação das tarifas de energia, incluindo os prazos e períodos de revisão e reajuste tarifários com o objetivo de manter o equilíbrio econômico financeiro e sustentar os investimentos no setor, conforme já explanado.

As concessões do setor elétrico, realizadas antes de 1995, foram prorrogadas pelo prazo de 20 anos, após o advento das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95, que conformaram as

antigas concessões às normas constitucionais. As referidas concessões, geração, distribuição e transmissão, venceriam entre os anos de 2015 e 2017, cuja questão foi contemplada da Lei nº 12.783/13, como será a seguir discutido.

Em 7 de setembro de 2012, a Presidente da República Dilma Rousseff, em rede nacional, fez pronunciamento informando que as tarifas de energia elétrica seriam reduzidas, ocasionada pela busca de uma maior competitividade da indústria. Em 11 de setembro foi publicada a MP nº 579/12.

Na exposição de motivos da MP nº 579/12, convertida na Lei nº 12.783/13, foi elevado como objetivo a viabilização da redução da tarifa de energia elétrica para o consumidor final brasileiro, buscando não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil.

Com tal medida legal pretendia-se reduzir as despesas no setor elétrico em R\$ 21,7 bilhões de reais, o que implicaria num desconto de aproximadamente 20% nas tarifas. Contudo, o resultado não foi o esperado, haja vista que a redução alcançou R\$ 16,8 bilhões de reais, sendo R\$ 4,2 bilhões na função de geração, R\$ 5 bilhões na função de transmissão e R\$ 7,6 bilhões na redução de encargos tributários, perfazendo uma porcentagem de 15%.

Para conseguir alcançar a meta pretendida pelo Governo a lei possibilitou a renovação dos contratos das concessões de geração e de transmissão de energia elétrica por meio da antecipação do vencimento dessas concessões que ocorreria entre os anos de 2015 e 2017, mediante o estabelecimento de algumas condições, como por exemplo, a redução da tarifa por meio da extinção e redução de alguns encargos, a fim de se alcançar a modicidade tarifária.

Cumprir salientar que existe discussão sobre a constitucionalidade da referida lei estabelecer a prorrogação das concessões e a necessidade de se fazer licitação. Entretanto, como não é objeto do presente estudo, limitamo-nos em informar a definição para a renovação das concessões dos contratos no setor de energia elétrica e a extinção de encargos a fim de que se reduza a conta de energia elétrica.

Um dos escapes utilizados pelo Governo para conseguir alcançar a redução tarifária foi, como mencionado, foi a extinção e redução de alguns encargos setoriais. Como já abordado anteriormente, os encargos setoriais RGR e CCC, foram criados com o objetivo de financiar os investimentos no setor de energia elétrica, respectivamente. Tais encargos integram a tarifa paga pelos consumidores de energia elétrica e constituem a maior fonte pública de financiamento do setor.

Para melhor compreender a superioridade do valor dos recursos extraorçamentários (encargos setoriais) para financiamento do setor se comparado com as fontes orçamentárias, extrai do Relatório Sistemático de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica, elaborado pelo Tribunal de Contas da União²⁰³, a tabela 5, que apresenta os números alcançados:

Tabela 5 – Fontes públicas de financiamento do setor elétrico

Fonte de financiamento	Valor entre 2012 e 2015 (R\$ mil)
Recursos orçamentários	39.531.082
Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social	2.507.401
Orçamento de Investimentos das Empresas Estatais	37.023.681
Recursos extraorçamentários	130.424.799

O RGR e o CCC são os encargos que tem como objetivo fomentar a expansão e promover a universalização do setor de energia elétrica. Ao extinguir os encargos setoriais RGR e CCC que seriam direcionados aos investimentos do setor, a Lei nº 12.783/13 foi de encontro às diretrizes estabelecidas na Lei 12.593/2012, que trata do Plano Plurianual (PPA), para o período de 2012-2015 que previa no que concerne ao setor elétrico:

[...] a intensificação de investimentos em infraestrutura, com vistas a superar gargalos para o setor produtivo e melhorar as condições sociais de vida da população como, por exemplo, no caso da universalização do acesso à energia – Luz para Todos²⁰⁴.

Além disso, o responsável por gerir os encargos tarifários (CCC, RGR e CDE) é a Eletrobrás. Com o advento da Lei nº 12.783/13, o caixa da empresa tinha o valor de R\$ 19,6 bilhões. Em 2014 esse valor reduziu para R\$ 23,2 mil além de uma dívida acumulada no valor de R\$ 1,7 bilhões de reais²⁰⁵.

A extinção dos encargos setoriais não foi suficiente para conseguir a redução almejada, fazendo o Governo lançar mão do aumento do aporte do Tesouro Nacional, além de postergar para 2015 aumentos nas tarifas que deveriam ter sido repassadas já em 2013, adiou o recolhimento das cotas da CDE para cobertura da exposição involuntária das distribuidoras e do acionamento de termelétricas por segurança energética, por um período de até cinco anos.

²⁰³TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemático de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica*. Tc 013.099/2014-0. p 5.

²⁰⁴*Idem*, p 4.

²⁰⁵*Idem*, p 10.

Esse aporte do Tesouro Nacional, tratado no segundo capítulo, quando abordou sobre a autonomia financeira da Agência Nacional de Energia Elétrica, constatando que esta era resguardada pelos recursos advindos da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica e do Tesouro Nacional. (*vide item 2.4*).

Os repasses do Tesouro Nacional à CDE de R\$9,8 bilhões em 2013, saltou para 13 bilhões em 2014, revelando a dependência do setor elétrico dos aportes do Tesouro.

A principal justificativa para a adoção de tais medidas foi que o momento era propício para induzir o desenvolvimento acelerado e sustentável da indústria, por meio da redução global dos custos da energia e ampliação da competitividade do setor produtivo.

Atribuiu ainda à CCEE, por meio do Decreto nº 8.221/2014 a incumbência de financiar o novo encargo, intitulado Conta ACR, para cobrir os custos da exposição involuntária e o Custo Variável Unitário das termelétricas contratadas na modalidade por disponibilidade.

Para alcançar a redução esperada pelo Governo houve revisão extraordinária das tarifas de distribuição do setor elétrico, alcançando 21% para consumidores industriais e 18% para consumidores residenciais.

Em janeiro de 2013, a redução média das tarifas de energia elétrica para os consumidores industriais foi de 21% e, para os residenciais, de 18%. No entanto, em razão da falta de recursos hídricos e atuação plena das termelétricas, aumentaram os custos da energia, o que comprometeu a redução inicialmente prevista.

Segundo dados da ANEEL, em 2015 todo o efeito da Lei nº 12.783/13 já estava superado, pois, enquanto que em 2014 o acréscimo foi de 11% nas tarifas residenciais, em 2015 esse acréscimo subiu para 15%, alcançado o valor de R\$ 374/MWh contra R\$ 339/MWh em 2012. Já as tarifas residenciais em 2012 estavam em R\$ 265/MWh e em 2015 R\$ 276/MWh. Ou seja, as tarifas residenciais e industriais atualmente são superiores às praticadas antes do advento da lei.

Outra questão que afetou negativamente o setor elétrico após a Lei nº 12.783/13, foi a exposição involuntária das distribuidoras de energia elétrica ocasionada pela antecipação da renovação das concessões, pela sazonalização (distribuição mensal do volume contratado) de 2013 e judicialização.

No que tange às renovações das concessões a lei deixou a critério das concessionárias aderirem ou não à renovação proposta, ou seja, a antecipação das concessões era facultativa. Diante disso, houve uma adesão significativa das transmissoras, mas as geradoras de energia

elétrica recuaram, alegando desvantagem nas condições apresentadas, tanto é que apenas as geradoras integrantes do grupo Eletrobrás aderiram à renovação.

Com a descontração ocasionada pela baixa adesão das geradoras à proposta do Governo, as distribuidoras ficaram expostas, sem contratos a longo prazo e se viram obrigadas a contratarem energia do mercado de curto prazo com preços muito superior ao previsto na avença. Além disso, a ANEEL não se antecipou à falta de oferta de energia de modo a supri-la por meio da contratação do montante de energia faltante.

A ocorrência da descontração, e sua consequente não contratação do montante de energia inserida no processo, além de expor as distribuidoras também expôs os consumidores, pois estes não foram atendidos em sua totalidade. Diga-se que o modelo energético adotado a partir de 2004, pela Lei nº 10.848 prevê que todos os agentes, livres e cativos estejam 100% contratados, cabendo ao poder concedente cuidar para que a quantidade de energia elétrica contratada seja suficiente para o atendimentos de todas as necessidades do mercado nacional, conforme artigo 3º, da referida Lei. Com tal atitude, houve descumprimento também do Decreto nº 5.163/04.

A ocorrência desse fator, compra de energia a curto prazo, PLD, expõe as distribuidoras à insolvência pois esta são obrigadas a arcarem com o preço elevado do PLD sem que esse valor seja repassado de imediato aos consumidores, vez que a ANEEL só permite esse repasse para a tarifa por meio dos reajustes e revisões tarifárias, como visto acima.

É sabido, como discorrido nesse estudo, que compete à ANEEL realizar Leilões de Compra de Energia Proveniente de Empreendimentos Existentes sempre no mês de novembro de cada ano, após a apresentação, num prazo de sessenta dias antes da data prevista para a licitação, da necessidade de compra pelas distribuidoras, de acordo com a Portaria do MME nº 305/2006. Contudo, a MME por meio da portaria nº599/12 cancelou o leilão de compra de energia previsto para o ano de 2012, pois, segundo o órgão o lastro a ser alocado pelas distribuidoras era superior ao montante de reposição contratual.²⁰⁶ Todavia, esse cancelamento se deu sem que soubessem quais concessionárias de geração adeririam à renovação proposta pela MP nº 579/12.

²⁰⁶TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemico de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica*. Tc 013.099/2014-0. p 14.

Porém, o órgão foi surpreendido em dezembro de 2012, quando a adesão à renovação não foi a esperada, fazendo cair a previsão do MME da contratação que de superior passou a ser deficitário em 2.053,8 MW médios²⁰⁷.

Mesmo após a realização do leilão, em junho de 2013, para compra de energia dos agentes geradores para suprir a descontração das distribuidoras, não foi possível sanar o problema, pois as empresas geradoras não tiveram interesse em participar, mantendo a situação negativa das distribuidoras. Mais dois leilões foram realizados em 2013 e 2014, mas as distribuidoras continuam com um déficit de energia de 1.519 MW médios.

Quanto à sazonalização, este fenômeno também expôs involuntariamente as distribuidoras de energia elétrica fazendo-as suportar perdas. Por sazonalização entende-se a distribuição de um valor anual das garantias físicas em valores mensais cuja média reproduza o valor anual original.

Segundo a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE):

A garantia física de uma usina corresponde ao montante de energia que a usina pode comprometer em seus contratos de venda e/ou consumo próprio. A sazonalização da garantia física de uma determinada usina é a conversão dos valores anuais médios (MW méd), definidos em ato regulatório, em valores mensais, expressos em termos de energia visando, entre outros, os cálculos da contabilização do Mercado de Curto Prazo – MCP e das penalidades por insuficiência de lastro para comercialização de energia pelos agentes, conforme Regras de Comercialização.²⁰⁸

A conversão dos valores anuais que ocorreria em 2012 para suprimento energético em 2013, foi adiada a pedido da CCEE junto à ANEEL, para fevereiro de 2013 quando já se conhecia o valor do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, que estava elevado ao valor de R\$ 500/MWh²⁰⁹.

A permissão feita pela ANEEL para a prorrogação da sazonalização em 2012 permitiu a atuação oportunista dos agentes geradores de energia elétrica, pois agentes alocaram um volume de energia superior ao normal para o período, deslocadas da realidade, com o objetivo de aumentar o lucro das empresas, o que acabou por expor as distribuidoras

²⁰⁷ ANEEL. *Agência Nacional de Energia Elétrica*. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 24 fev 2016.

²⁰⁸ CCEE. *Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Módulo 3: Contratação de Energia e Potência*. 2012. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Subm%C3%B3dulo%203.3%20-%20Sazonaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20Revis%C3%A3o%20de%20Sazonaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Garantia%20F%C3%ADsica.pdf>. Acesso em: 25 fev 2016.

²⁰⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemático de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica*. Tc 013.099/2014-0. p 13.

que tiveram que arcar com o risco hidrológico e, conseqüentemente, repassar aos consumidores.

A ANEEL, para corrigir a falha cometida e evitar que manipulações e especulações desse tipo voltassem a acontecer, realizou uma Audiência Pública nº 18/2013, na qual introduziu mudanças significativas na sazonalização, no sentido de neutralizar os riscos causados aos agentes. Entretanto, não corrigiu a falha no sentido de reverter os efeitos causados pela permissão errônea da prorrogação da sazonalização de dezembro de 2012 para fevereiro de 2013, mantendo, dessa forma, “os ganhos obtidos por empresas que teriam concentrado em janeiro e fevereiro parte significativa do lastro de contratos dentro do Mecanismo de Realocação de Energia”²¹⁰.

A conformação desses fatores fez com que as distribuidoras ficassem na iminência de se tornarem insolventes junto aos consumidores e ao Tesouro Nacional, vez que este socorre com empréstimos a elevados custos financeiros. Em contrapartida, as geradoras que não aderiram à renovação antecipada das concessões obtiveram lucros de 700% por conta da venda de energia PLD, pois, segundo o MME o lastro a ser alocado pelas distribuidoras era superior ao montante de reposição contratual.

Assim, pode-se verificar que a medida do Governo para conseguir alcançar a redução tarifária não foi a mais acertada, pois, uma legislação elaborada às pressas, não passou por um processo de planejamento racional e estudo dos impactos (diagnósticos e prognósticos) que poderiam causar no setor elétrico, ou seja, não foi analisada, na conjuntura, os efeitos da propalada redução. Tanto é verdade que segundo relatório do TCU os principais efeitos da Lei 12.783/13 foi custos de R\$ 61 bilhões de reais com as mudanças ocasionadas; não pagamento das indenizações às concessionárias que anteciparam as renovações, aderindo à MP nº 579/12 e atrasos sistematizados nos compromissos assumidos pela CDE.

Em virtude da propalada redução, o setor energético entrou em colapso em 2014, pois, como as distribuidoras de energia elétrica não tinha caixa suficiente para suportar os preços do PDL a contabilização dos contratos da CCEE foi adiada, afetando todos os agentes do setor, vez que as distribuidoras por não pagarem suas contas aos fornecedores de energia estes também não arcam com seus compromissos, causando um ciclo vicioso, colocando a sustentabilidade do setor em risco, por conta, como já falado, da falta de oferta de energia às distribuidoras, diante da ausência de oferta nos leilões.

²¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemico de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica*. Tc 013.099/2014-0. p 16.

Diante dessas consequências geradas pelas diretrizes estabelecidas pela Lei nº12.783/13, questiona-se qual o papel da ANEEL nesse contexto, vez que, como se observou no panorama apresentado acima, o órgão regulador deixou de cumprir com seu papel institucional e evitar o colapso do setor energético em 2014.

Como visto no capítulo anterior, nas concessões dos serviços públicos as tarifas assumem um importante papel, cabendo ao ente regulador determinar as tarifas de modo a conformar os interesses dos agentes por meio da garantia da rentabilidade, dos usuários que devem ser atendidos com eficiência e modicidade tarifária, e por meio da garantia de novos investimentos para expansão e universalização dos serviços.

Nesse sentido, compete ao órgão regulador: evitar que as tarifas fiquem aquém dos custos; garantir que haja um retorno razoável de modo que se aumente a capacidade econômica dos agentes propiciando novos investimentos; evitar o excesso de lucro; viabilizar a agilidade administrativa no processo de definição das tarifas e revisão tarifária; impedir a má alocação dos recursos e a produção ineficiente e, por fim, estabelecer preços módicos e não discricionários entre os consumidores.

Como explanado, a fixação das tarifas se dá pelo preço da proposta vencedora da licitação sendo preservadas pelas regras de revisão e reajustes tarifários conforme a Lei nº 8.987/95, o edital de licitação e o contrato de concessão.

É possível observar que o Governo ao estabelecer a extinção dos encargos RGR e CCC comprometeu a expansão e universalização do setor, retardando e inibindo investimentos dos agentes econômicos atuantes no segmento energético.

Diante disso, caberia à ANEEL enquanto órgão fomentador, regulador e fiscalizador do setor elétrico atuar para que a extinção dos encargos setoriais proposta pela lei não ocorresse, principalmente em virtude das experiências vividas com a crise energética de 2001, discutida no primeiro capítulo desse estudo.

Ademais, a crise hídrica era patente ao tempo da edição da MP. Em virtude disso, a redução das tarifas causou um aumento no consumo de energia congestionando o setor energético.

Nesse contexto, deveria a ANEEL ter agido de modo a proporcionar o aumento das tarifas para reduzir o consumo energético e aumentar o caixa das empresas de modo que o valor arrecadado fosse convertido em investimento para expansão energética, principalmente por meio da adoção de outras fontes de energia, principalmente as fontes renováveis.

Como visto, após a crise energética de 2001 ficou estabelecida como uma das diretrizes a serem perseguidas pelo órgão regulador ANEEL, a criação de um ambiente

propício à retomada de investimentos o que não vem ocorrendo tendo em vista as interferências governamentais no referido órgão.

A Lei nº 12.783/13 trouxe diversas alterações que impactaram os contratos do setor elétrico. Essas alterações decorrem das cláusulas exorbitantes que colocam a Administração Pública em posição de superioridade em relação ao particular. Nesse aspecto, é interessante analisar se as alterações propostas pela Lei nº 12.783/13 são decorrência da alteração unilateral dos contratos, teoria do fato do príncipe, fato da administração ou teoria da imprevisão.

Vale abordar ainda, mesmo que já discutidas no segundo capítulo, as cláusulas exorbitantes, possibilitando uma melhor confrontação com as diretrizes trazidas pela lei e quais as consequências e repercussão nos contratos do setor elétrico.

A teoria da imprevisão permite a revisão contratual toda vez que houver a ocorrência de fato que seja inevitável e imprevisível pelas partes causando um desequilíbrio econômico financeiro no contrato. Segundo Di Pietro são quatro os requisitos para se configurar a teoria da imprevisão: imprevisível quanto a sua ocorrência ou quanto as suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável; causa um desequilíbrio muito grande no contrato.

No caso em comento, não se aplica referida teoria às alterações estabelecidas pela Lei nº 12.783/13 tendo em vista que mesmo que a concessão de distribuição de energia elétrica seja um contrato de execução sucessiva e que as condições conjunturais estabelecidas no momento de sua celebração tenham sido modificadas face à redução, falta-lhes o requisito da imprevisibilidade para uma das partes, o poder concedente, para que a redução tarifária seja justificada pela teoria da imprevisão.

Já a teoria do fato do príncipe é uma medida de ordem abstrata do Poder Público que não tem relação direta com o contrato, mas que repercute nele, produzindo efeitos. No caso em comento, vê-se que as circunstâncias que ensejaram a redução das tarifas decorreram da antecipação da renovação das concessões e da extinção e redução de alguns encargos, ou seja, questões previsíveis e que não são alheias aos contratos de concessão do setor elétrico. Diante disso, entende-se que as alterações propostas pelo poder concedente apesar de ser de caráter geral não foram coercitivas, tendo em vista que a adesão às renovações era facultativa, tanto é assim que a maior parte das concessionárias geradoras de energia elétrica não aderiram à proposta do governo, não constituindo assim a teoria do fato do príncipe.

O fundamento da teoria do fato da administração também não encontra respaldo tendo em vista que este se relaciona a um descumprimento contratual por parte da contratante

decorrente de um fato imprevisível e inevitável, impossibilitando a execução do contrato ou provocando um desequilíbrio econômico financeiro.

Feita esta análise, entende-se que não há que se falar em ação inevitável, vez que a redução das tarifas proposta pelo poder concedente poderia ter sido evitada a partir da elaboração de estudos dos impactos que essa redução causaria no setor, principalmente na sustentabilidade dessa redução ao longo dos anos, haja vista que a redução não passou de uma manipulação do governo, pois com os aumentos ocorridos em 2015 a redução proposta em 2012 já havia sido superada.

Por fim, a alteração unilateral dos contratos representa a mutabilidade unilateral que os contratos administrativos podem sofrer, ensejando para o Poder Concedente a responsabilização pelos prejuízos causados ao concessionário. Na análise que se pretende, depreende-se que as medidas adotadas pelo governo na conjuntura elétrica consistem na alteração unilateral do contrato, vez que mesmo que a adesão à antecipação dos contratos tenha sido facultativa, houve redução e extinção de encargos setoriais, além de expor involuntariamente as distribuidoras, fazendo com que estas comprassem energia no valor PLD e não repassassem a assunção dessa conta aos consumidores.

Em decorrência dessas alterações, as distribuidoras de energia elétrica, em 2014 não tinham caixa suficiente para suportar os preços do PLD, fazendo com que a contabilização dos contratos da CCEE fosse adiada e que houvesse uma “explosão” dos preços de energia com variação de mais de 36%, acumulada somente no primeiro trimestre de 2015 superando os 60% no final do mesmo ano.

É dever do órgão regulador em consonância com o que estabelece a lei de concessões e a lei de criação da ANEEL, atuar no sentido de reajustar e revisar as tarifas a fim de conformá-las com os encargos assumidos pelos agentes em decorrência de medidas adotadas pelo poder concedente. No entanto, o reequilíbrio esperado pelas distribuidoras não foi restabelecido em tempo pela ANEEL, o que só veio ter início em 2015, com a revisão tarifária e a revisão extraordinária solicitada pelas distribuidoras não sendo ainda suficiente para restabelecer a almejada equação econômico-financeira dos contratos.

Para aliviar os desequilíbrios dos caixas das distribuidoras que acumularam uma série de custo, cujo repasse para o consumidor foi postergado, a ANEEL autorizou a partir de março de 2015 a Revisão Tarifária Extraordinária.

Outro ponto em que se questiona a atuação da ANEEL, é com relação à autorização da prorrogação da sazonalização que deveria ter ocorrido no mês de novembro de 2012, mas em virtude de requerimento da CCEE e permitido pelo órgão a sazonalização foi prorrogada para

2013. Contudo, a prorrogação do fenômeno causou efeito reverso, ou seja, possibilitou a manipulação e atuação oportunista pelo mercado gerador de energia elétrica, que para obter maiores lucros alocou um volume de energia superior ao normal para o período, deslocadas da realidade, o que acabou por expor as distribuidoras que tiveram que arcar com o risco hidrológico e, conseqüentemente, repassar aos consumidores.

Também sanado nesse estudo que o papel da ANEEL é adotar medidas regulatórias que diminuam ou que eliminem as ineficiências geradas pelas falhas de mercado no setor elétrico. Contudo, este papel não foi cumprido quando houve a autorização para a prorrogação da sazonalização.

Percebe-se que o que ocorreu com a ANEEL para que não trabalhasse em prol de evitar que o colapso no setor energético ocorresse em 2014, e atuasse fora dos padrões esperados, foi sua captura pelo poder político a fim de que trabalhasse pelos interesses do governo o que, em verdade não deveria ocorrer já que para garantir a continuidade da função administrativa é dada a garantia de mandato a seus dirigentes, justamente para que não ceda às arbitrariedades dos ocupantes do governo.

Desse modo, verifica-se que a autonomia e independência da ANEEL, vem sofrendo limitações e cerceamento, desde o tempo da primeira crise energética, em 2001, quando o órgão regulador do setor elétrico não foi capaz de cumprir o seu papel de zelar pela expansão e universalização do setor elétrico, conformar a regulação diminuindo seus riscos e gerando mais segurança jurídica e atrair mais investimentos.

É nesse contexto que entra em ação os mecanismos de controle já estudados.

3.5 INFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE CONTROLE

Como já estudado, as alterações introduzidas no mercado elétrico por meio da MP nº 579/12, convertida na Lei nº 12.783/13, não alcançou resultados a longo prazo, demonstrando, em verdade as ineficiências de um modelo regulatório precário e exposto à pressões políticas.

Analisado as atribuições que a ANEEL deixou cumprir, quais sejam: corrigir as falhas de mercado, reversão dos bens ao término dos contratos de concessão, estabelecimento das tarifas de energia elétrica, bem como zelar pelo setor, garantindo os investimentos necessários para atender à 100% dos consumidores, conforme estabelecido na Lei nº 10.848/04, neste

sentido, cumpre analisar a inefetividade dos mecanismos de controle sobre os atos do órgão regulador do mercado de energia elétrica.

Como visto, às Agências Reguladoras é dada autonomia e independência, para que cumpra a função para a qual foi criada. Essas características são asseguradas, principalmente, pelo mandato fixo de seus dirigentes, o que dá mais segurança em agir com continuidade da função administrativa, isentando-se das atuações e interferências políticas que o órgão regulador pode sofrer.

A Administração Pública, como já discutido, sujeita-se aos controles internos e externos. O controle interno é exercido pelos próprios órgãos da Administração e externo por órgãos alheios à Administração, compreendendo o poder parlamentar direto, o controle exercido pelo TCU, controle jurisdicional e o controle social.

Qualquer Agência Reguladora submete a fiscalização e controle pelo poder legislativo com fundamento no artigo 49, da Constituição Federal, que pode e deve a qualquer tempo pedir explicações e justificativas a acerca das decisões tomadas por seus dirigentes, inclusive sobre decisões de caráter técnico.

Assim, como analisado, o Poder Legislativo deveria requerer junto a ANEEL explicações de seus dirigentes acerca das medidas adotadas a partir da Lei 12.783/13, isto porque, conforme visto anteriormente, a ANEEL, não zelou pelo cumprimento de suas funções instituídas em lei, e acabou impulsionando ao colapso energético de 2014.

Exemplificando, cita-se a prorrogação da sazonalização que deveria ocorrer em 2012, sendo realizada somente em 2013, gerando uma atuação oportunista dos agentes geradores de energia elétrica, fazendo com que estes obtivessem lucros exorbitantes.

Além do artigo 49, o artigo 50, da Constituição Federal de 1988 também preceitua que os Ministros de Estado e os titulares de entidades da Administração Indireta, no caso, os dirigentes das Agências Reguladoras, poderão ser convocados pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal ou a qualquer uma das suas comissões, para prestarem informações sobre determinados assuntos. O não comparecimento injustificado enseja crime de responsabilidade. No parágrafo 2º, do mesmo dispositivo constitucional, está previsto que as mesas do Congresso Nacional poderão requisitar por escrito informações sobre determinados assuntos aos Ministros de Estado ou aos dirigentes das Agências Reguladoras, também incorrendo em crime de responsabilidade o não atendimento do pedido, ou a prestação de informações falsas.

Neste contexto, entende-se que era dever do Poder Legislativo, requerer essas informações junto a ANEEL, como forma de controle repressivo, objetivando analisar futuros impactos de referida decisão técnica.

Quanto ao controle jurisdicional sobre as Agências Reguladoras, cumpre salientar que, vigora no Brasil, o princípio da jurisdição una, o que assegura a inafastabilidade do Poder Judiciário. Neste sentido é que se fundamenta a possibilidade de se apreciar as decisões emitidas pelas Agências Reguladoras, deste que provocada pelos seus interessados por meio de Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Ação de Improbidade Administrativa, ou qualquer outra Ação judicial, com o objetivo de reprimir ou prevenir atos e omissões que vão de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro²¹¹.

O Ministério Público, reconhecido como Instituição essencial para função jurisdicional do Estado, pode controlar os atos das Agências Reguladoras. No presente caso, poderia o MP ter investigado a legalidade e a legitimidade das decisões dos dirigentes da ANEEL, seja por pedido de esclarecimentos ou através de propositura de ações judiciais (Ação Civil Pública ou Ação de Improbidade Administrativa), a fim de impedir a violação do ordenamento jurídico, zelando pelo regime democrático e aos interesses individuais e indisponíveis. No caso de propor medida judicial, o MP poderia requerer como medida liminar a suspensão ou anulação do ato praticado pelo dirigente da ANEEL, fazendo cessar ou invalidar os efeitos dos atos administrativos.

No que tange ao controle social, os agentes regulados, no caso, as concessionárias de energia elétrica e os usuários, poderiam também ter realizado este controle. Diga-se, que foram realizadas audiências públicas, com os agentes regulados para conhecer a opinião acerca das mudanças que seriam introduzidas no mercado elétrico. Contudo, as concessionária reconheceram a necessidade da redução tarifária, para o aumento da competitividade industrial, mas enfatizaram que, o momento escolhido pelo governo, 2012, não era oportuno além de não se ter um planejamento a longo prazo e medidas reguladoras mais transparentes.

Quanto ao controle pelo TCU foi realizado uma auditoria TC nº 011.223/2104/6, onde participaram o MME, a ANEEL CCEE e Eletrobrás, com o objetivo de avaliar os reflexos da MP nº 579/12.

Conclui-se, portanto, que os mecanismos de controle não foram suficientes para evitar a captura política da ANEEL e evitar a crise de 2014, gerando a necessidade de revisões tarifadas extraordinárias, correspondente a valores muito superiores as revisões propostas com a medida legal de 2012. Ademais, para garantir a não captura política do órgão regulador, é estabelecido na lei instituidora da agencia, a estabilidade de seus dirigentes por meio de mandato fixo. No entanto, não basta conferir esta estabilidade para que ela seja independente

²¹¹ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177.

e atine de modo a conformar os agentes envolvidos no mercado regulado. Deve-se reconhecer o papel primordial dos mecanismos de controles, principalmente aqueles exercidos pelos Poderes Legislativo, Judiciário e pelo MP.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, analisou-se o papel desempenhado pela Agência Nacional de Energia Elétrica no mercado regulado e a sua responsabilização pela crise energética de 2014. Para o alcance desse desiderato, foi feita uma exposição do histórico da legislação e desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, após deu-se tratamento aos pressupostos do Estado Regulador, apresentando os fundamentos do novo modelo adotado para prestação dos serviços públicos, estudando as concessões e a sua formalização, por meio de contratos administrativos que são caracterizados pela presença de cláusulas exorbitantes o que colocam a Administração Pública numa posição de superioridade em relação ao particular.

Constatou-se que o setor elétrico vem passando por constantes transformações e marcos regulatório, sendo o principal deles iniciado com o processo de desestatização em 1990. Desse processo, criou-se a Agência Nacional de Energia Elétrica.

No âmbito da intervenção do Estado na economia, ficou ressaltado que é papel do Estado atuar como agente regulador, em detrimento da prestação direta de serviços públicos à sociedade. Deixa, assim, a regulação de ser uma atividade secundária passando a constituir o principal instrumento para se alcançara consecução da finalidade pública.

Essa constatação foi possível não só por conta das crises econômicas suportadas pelo Estado, mas principalmente pelo reconhecimento da falência do Estado intervencionista e clientelista, além de se reconhecer a falta de conhecimentos técnicos para atuar com excelência em determinados segmentos estratégicos da economia, reconhecendo assim, que a delegação dos serviços públicos a particulares permitiria o alcance da eficiência desses serviços.

Não é defeso ao Estado atuar diretamente no exercício de uma atividade econômica, porém, isso só pode ocorrer nos casos previstos na Constituição Federal.

Assim, demonstrou-se que o Estado enquanto agente regulador, fiscalizador e planejador das atividades econômicas também tem como objetivo concretizar os valores estabelecidos pela CF/88. No entanto, o que mudou foram os instrumentos que serão utilizados para o alcance desses objetivos.

Finalizando o segundo capítulo, abordaram-se as concessões da prestação de serviços públicos, que passa a ser regulada pelos órgãos instituídos para cada segmento econômico e a sua formalização que se dá por meio do contrato administrativo.

Diante desse aparato, foi possível estudar as agências reguladoras e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do direito comparado, na qual o Brasil utilizou o modelo norte americano, apesar de não ter sido fielmente copiado, já que algumas questões são diferidas nos dois modelos. Enquanto que nos Estados Unidos as funções das agências reguladoras são amplas, no Brasil elas se restringem a tão somente editar atos normativos e regulamentos para dar fiel execução à lei, mitigando assim, a sua independência e autonomia.

Com natureza jurídica de autarquia especial, é conferida às agências autonomia e independência administrativa e financeira, possuindo funções quase legislativas e judiciais, segundo Di Pietro.

Contudo, isso não significa dizer que as AR's estão livres de controle pelos órgãos da Administração, ou seja, essa autonomia e independência só se verificam num maior grau com relação ao Poder Executivo, não cabendo contra seus atos nem mesmo o recurso hierárquico impróprio, apesar das divergências.

Após o estudo geral das agências reguladoras, cuidou-se da ANEEL. A ANEEL, criada pela Lei nº 9.427/96 tem como objetivo regular e fiscalizar o mercado de energia elétrica e a atuação dos agentes distribuidores, transmissores e geradores, tendo como missão proporcionar condições favoráveis para o desenvolvimento do mercado de energia elétrica buscando equilibrar os interesses dos agentes econômicos e da sociedade.

Concebida como autarquia em regime especial, vinculado ao Ministério de Minas e Energia e como órgão que executa a política energética definida pelo governo, para o cumprimento de sua missão, foi conferida à ANEEL independência e autonomia administrativa e financeira, além de seus dirigentes possuírem mandato fixo, após indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal.

O reconhecimento da necessidade de se conceder autonomia e independências à ANEEL, principalmente pelo mandato fixo de seus dirigentes, permitiu concluir que o órgão dispõe das condições necessárias para cumprir e alcançar suas finalidades e missões. No entanto, não é o que vem ocorrendo, já que a ANEEL vem sofrendo captura por meio de restrições em sua atuação, em decorrência das limitações impostas quer seja de caráter legal institucional, quer seja por conta do caráter cultural.

Além disso, durante o tratamento dado no desenvolvimento do setor energético constatou-se que as medidas provisórias que incessantemente vem sendo editadas, exercem o poder de capturar as agências, limitando sua autonomia e independência.

Observou-se que desde a criação da ANEEL é possível perceber a dificuldade que ela tem tido em cumprir suas funções frente às políticas energéticas estabelecidas pelo governo,

mesmo que evidenciado o oportunismo político e usurpação de suas funções, como no caso da edição da Medida Provisória 579/12, na qual apenas procurou implementar as diretrizes estabelecidas pela medida em vez de demonstrar as consequências maléficas que seria suportado pelo setor energético e atuar com fundamento na sua independência e autonomia, no sentido de zelar pelo bom funcionamento do mercado energético.

Essa dificuldade vê-se desde a crise energética de 2001 em que se reconheceu um “vazio” institucional culminando com a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica com amplos poderes para tomada de medidas para enfrentar a crise energética e estabelecer políticas para o setor elétrico.

Ficou evidenciado que em momentos de crise, há um grande risco regulatório e um quadro de incertezas que acabam inibindo os investimentos pelo setor privado, comprometendo assim a expansão e universalização do setor elétrico.

Restou comprovado ainda que, apesar de ser assegurada à ANEEL e às agências reguladoras como um todo, quem efetivamente comanda é o governo e não o órgão regulador. Isso gera incertezas e insegurança jurídica, pois as ações regulatórias acabam por muitas das vezes, sendo assimétricas, quando na verdade deveriam fazer parte de um sistema cointegrado, simétrico.

Com o advento da MP 579/12 estabelecendo mecanismos para que se conseguisse a redução tarifária, a ANEEL não atuou a contento, mas assim não fez, porque, como dito, apesar de autônoma e independente não consegue fazer frente às políticas de governo.

Diante dessas consequências geradas pelas diretrizes estabelecidas pela Lei nº 12.783/13, questionou-se qual o papel da ANEEL nesse contexto, vez que, como se observou no panorama apresentado, o órgão regulador deixou de cumprir com seu papel institucional e evitar o colapso do setor energético em 2014.

Assim, tem-se que:

a) nas concessões dos serviços públicos as tarifas assumem um importante papel, cabendo ao ente regulador determinar as tarifas de modo a conformar os interesses dos agentes por meio da garantia da rentabilidade, dos usuários que devem ser atendidos com eficiência e modicidade tarifária e por meio da garantia de novos investimentos para expansão e universalização dos serviços. Deve assim atuar para que as tarifas não fiquem aquém dos custos;

b) o Governo determinou a extinção dos encargos RGR e CCC, deveria a ANEEL enquanto órgão fomentador, regulador e fiscalizador do setor elétrico atuar para que a

extinção dos encargos setoriais proposta pela lei não ocorressem para garantir a expansão e universalização do setor;

c) Em virtude da crise hídrica deveria a ANEEL ter agido de modo a proporcionar o aumento das tarifas;

d) as alterações introduzidas pela Lei nº 12.783/13 constituem, segundo a teoria dos contratos administrativos, alteração unilateral ensejando para o Poder Concedente a responsabilização pelos prejuízos causados ao concessionário. Cabe à ANEEL realizar o reequilíbrio econômico-financeiro. Contudo somente em 2015 foi feita uma revisão extraordinária das tarifas.

e) a ANEEL, autorizou a prorrogação da sazonalização que deveria ter ocorrido no mês de novembro de 2012 para 2013, o que possibilitou a ocorrência de falhas de mercado.

Assim, diante dessas conclusões pode-se dizer que a responsabilidade principal e direta para o colapso energético de 2014 não pode ser imputada à ANEEL, contudo, o seu silêncio, adesão às diretrizes e algumas ações de caráter técnico não acertadas, como no caso da prorrogação da sazonalização de 2012 para 2013, o que ocasionou falhas de mercados, proporcionando a manipulação pelos agentes geradores de energia, contribuíram em grande escala para a ocorrência desse evento.

Foi observado, que apesar de todo o aparato de controle que poderia ter sido exercido sobre os atos da ANEEL (Poder Legislativo, Pelo Tribunal de Contas da União, pelo Poder Judiciário e pela sociedade), pensa-se que nenhum foi eficaz, no sentido de prevenir o colapso suportado pelo setor energético. Primeiro porque o Poder Legislativo, além de não ter sustado os atos do Poder Executivo e ter convertido a MP nº 579/12 em lei, sem saber os impactos que seriam causados no mercado, não requereu junto a ANEEL, as informações sobre as medidas adotadas pelos dirigentes, para se dar a execução a lei. O TCU por sua vez, age apenas a título de recomendações, não sendo assim, efetivo o controle por ele exercido. Quanto ao Poder Judiciário, este não pode agir sem que haja provocação, e é neste contexto que surge a importância do MP, em exercer sua função, enquanto protetor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis.

Para se blindar das possíveis ingerências políticas, a ANEEL deve desenvolver seu papel cointegrado com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, Ministério Público e sociedade, fortalecendo assim sua condição de *longa manus* do Estado, cumprindo com efetividade sua finalidade e missão.

De toda maneira, este estudo não tem pretensão de definir um novo marco regulatório para o setor elétrico, mas apenas reafirmar a necessidade da adoção de medidas que garantam

a autonomia e independência da ANEEL e que esta passe a atuar proativamente e não atuar de forma reativa aos comando exarados pelo Poder Executivo.

É preciso reconhecer a eficácia das agências reguladoras e sua importância para a manutenção do equilíbrio entre os interesses regulados: concessionárias, poder concedente e usuários do serviço prestado.

Medidas pró-ativas entre os três Poderes são condição para o alcance do fortalecimento do instituto da ANEEL e o verdadeiro papel que deve exercer perante o mercado energético, a fim de que o objetivo das concessões sejam alcançadas: prestação dos serviços públicos de forma adequada.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contrato, fiscalização e utilização*. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANEEL. *Agência Nacional de Energia Elétrica*. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 28 set 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARANHA, Márcio Iorio. *Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro*. In PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.) *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

ARAÚJO, João Lizardo Rodrigues Hermes (org.). *Diálogos de energia: reflexões sobre a última década, 1994-2004*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2005.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito*. In: *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, nº 33, p. 100, outubro, 2008.

BARDELIN, Cesar Endrigo Alves. *Os efeitos do racionamento de energia elétrica ocorrido no Brasil em 2001 e 2002 com ênfase no consumo de energia elétrica*. 2004. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BCB. Banco Central do Brasil – FOCUS. Relatório de progresso nº 2. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/gci/focus/i20020228-3%20medidas%20de%20revitaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20modelo%20do%20setor%20el%C3%A9trico.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2016.

BERMANN, Célio. *Os limites dos aproveitamentos energéticos para fins elétricos: uma análise política da questão energética e de suas repercussões sócio-ambientais no Brasil*. Tese de Doutorado. FEM/UNICAMP, 1991.

BICCA, Mariana Froner. *Dos Lâmpioes à eletricidade: a iluminação pública em Porto Alegre*. In: Conselho em Revista, CREA-RS, Porto Alegre, ano VII, n.67, p. 35, mar. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. *Decreto nº 83.749*, de 19 de Julho de 1979. Ementa: Concede à Mineração Taboca S.A. o direito de lavrar cassiterita no Município de Ariquemes, Território Federal de Rondônia. Art. 1 e 3 b, f e g. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83749-19-julho-1979-433079-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 jan 2016.

_____. *Decreto nº 83.940*, de 10 de setembro de 1979. Ementa: Dispõe sobre a transferência do Conselho Interministerial de Preços (CIP) para a Secretaria de Planejamento da Presidência da República, e dá providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83940-10-setembro-1979-433484-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 jan 2016.

_____. *Lei nº 1.145/1903*. Fixa a despesa geral da Republica dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1904, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/E77C4EAA860EF16B032569FA00700CC7?Opendocument>>. Acesso em: 28 nov 2015.

_____. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 216.018*. 2ª Turma. Brasília, DF, 5/6/2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=Recurso+e+Especial+e+contrato+e+de+e+empreitada+e+corre%E7%E3o+e+monet%E1ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso 14 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0*. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIM&CODClasse=555&Ementa=2215&Processo=1949&tipo_colocacao=EMENTARIO>. Acesso em: 09 fev. 2016.

BRITO, Érico Henrique Garcia de. *Revisão tarifária e diferenças regionais: um estudo de concessões de distribuição de energia elétrica no Brasil*. Dissertação IEE – USP, São Paulo, 2009.

CABRAL, Lígia Maria Martins. *et al. Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1988.

CACHAPUZ, Paulo Brandi de Barros. *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Memória da Eletricidade no Brasil, 2006.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços público de energia elétrica: em face da constituição Federal de 1988 e o interesse público*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e poder normativo*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (org.) O Poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CCEE. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. *Módulo 3: Contratação de Energia e Potência*. 2012. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Subm%C3%B3dulo%203.3%20-%20Sazonaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20Revis%C3%A3o%20de%20Sazonaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Garantia%20F%C3%ADsica.pdf> Acesso em: 25 fev 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CHAMPAUD, Claude. *Contribution à la définition du Droit économique: II Diritto dell'economia – revista di doutrina e di giurisprudenz*, Milano, vol. 13, nº 2, 1967, p. 141/154, *apud*, FONSECA, João Bosco da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CORRÊA, Maria Letícia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e energia Elétrica*. *Política e Sociedade*, n.6, p. 262, abr. 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988 (arts. 170 a 232)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. V. 8.

CUÉLLAR, Leila. *Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Calor Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE*. Porto Alegre, 22 (50), 17-31, 1994.

DIESP. *Divisão de Estimativas e Projeções*. São Paulo: 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e E atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

GANIM, Antônio. *Setor elétrico brasileiro*. Aspectos regulamentares, tributário e contábeis. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003.

GOMES, Antônio Claret S. et. al. *O setor elétrico*. In: KALACHE FILHO, J.; SÃO PAULO, E. M. (orgs.) BNDES 50 anos: Histórias Setoriais. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1993.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAFER, Celso. *JK e o programa de metas – processo de planejamento e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

LANDES, David S. *Prometeu Desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa Ocidental, de 1750 até os dias de hoje*. 2.ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LANDI, Mônica. *Energia elétrica e políticas públicas: a experiência do setor elétrico brasileiro no período de 1934 a 2005*. São Paulo, 2006. 219 f. Tese (Doutorado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2.ed.rev. e atual, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 56.

LIMA, José Luís. *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do código de águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade: 1995.

_____. *Estado e energia elétrica no Brasil: o setor elétrico no Brasil, das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962)*. São Paulo: IPE/USP, 1984.

LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: coordenação e concorrência*. 2003. 241f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

MALAGUTI, Gustavo Abreu. *Regulação do Setor Elétrico Brasileiro: da formação da indústria de energia elétrica aos dias atuais*. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Modalidades de intervenção do Estado na economia*. II Fórum brasileiro de direito público da economia. Rio de Janeiro, 25 nov. 2004. Disponível em: <www.ana.gov.br/Institucional/ASPARA/AgênciaReguladoras/FlorianoMaqrques-ModalidadesdeIntervençãoDoEst.Pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

MARQUES NETO, Floriano. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINEZ, Maria Salvador. *Autoridades independentes*. Barcelona: Ariel, 2002.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, v.791, p.739-756, set. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

MUNÔZ, Guilherme. *Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no direito comparado*. In: *Direito Administrativo Econômico* (Coord. de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NUNES, Edson. *O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras*. In: *Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001.

OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2005*. Rio de Janeiro: OCDE/FGV, 2005.

OECD. *Organization for Economic Cooperation and Development. The OECD Report on Regulatory Reform*. OCDE, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

ONS. *Operador Nacional do Sistema Elétrico. Administração e Transmissão de contratos*. Disponível em: <http://www.ons.org.br/administração_transmissão/contratos.aspx> Acesso em 21 fev 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 23. São Paulo: Malheiros, 1998.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. *A Teoria da Regulação Econômica*. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A Gramática Política das Agências Reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília, DF: UnB, 2007. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2007.

REGO, Erik Eduardo. *Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica*. Dissertação. (Mestrado). IEE/USP. São Paulo, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSA, Márcio Fenando Elias. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALGADO, Lucia Helena. MOTTA, Ronaldo Seroa de. (editores). *Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que ainda falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos Santos. Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática. In Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SAUER, Ildo Luís. *et al. O racionamento de energia elétrica decretado em 2001: um estudo sobre as causas e as responsabilidades*. São Paulo: USP, 2001.

_____. *Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro*. Universidade de São Paulo, Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, dezembro, 2002.

SILVA, Eduardo Marques da. *A independência das Agências Reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei nº 3.337/2004*. Rio de Janeiro: Prêmio SEAE, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEOTÔNIO, Rodrigo da Cunha Rocha. *Princípio de análise da reforma do setor elétrico: um estudo comparativo*. Florianópolis, SC. 1999. Dissertação de Mestrado em Engenharia de Produção – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANNA, Sérgio Besserman; VILLELA, André. O pós-Guerra (1945-1955). In: *Economia Brasileira Contemporânea (1945-2004)*. Giambiagi, F. et al., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VIERIA, José Paulo. A energia elétrica como antimercadoria e sua metamorfose no Brasil: a reestruturação do setor e as revisões tarifárias. Tese de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2005, p.24. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/producao/2005/Teses/TESE_JOSE_PAULO_VIEIRA.pdf>. Acesso em: 25 nov 2015.

VILLELA, André. Dos “Anos Dourados” de JK à Crise Não Resolvida (1956-1963). In: GIAMBIAGI, Fábio (org.). *Economia brasileira contemporânea*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier 2005.

VINHAES, Élbina Aparecida Silva. *A reestruturação da indústria de energia elétrica brasileira: uma avaliação da possibilidade de competição através da teoria de mercados*

contestáveis. Florianópolis, SC. 1999. 120f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

VIVAN, Alexei Macorin. Contratos administrativos no setor elétrico, vinculação do Poder Público, término e seus efeitos. In *Direito e Energia*. VIVAN, Alexei Macorin. SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.) São Paulo: Quartier Latin, 2014.

WALD, Arnaldo. MORAES, Luiza Rangel. *Agências Reguladoras*. Revista de Informação Legislativa, ano 36, n.141, p. 143-171, jan-mar/1999.

White paper instituto acende brasil observatório do setor elétrico brasileiro. Tributos e encargos na conta de luz: pela transparência e eficiência. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2010_WhitePaper_02_AcendeBrasil_Rev2.pdf>. Acesso em 23 mar 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistêmico de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica*. Tc 013.099/2014-0