

**FRANCIELE BALBINOTTI**

**O REGIME JURÍDICO DAS ATIVIDADES ENVOLVIDAS NA PRESTAÇÃO DO  
SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Especialista em Direito Administrativo.**

**Orientador: Prof. Dra. Adriana da Costa  
Ricardo Schier**

**CURITIBA**

**2011**

Dedico este trabalho àqueles que construíram no decorrer dos anos de minha vida uma base ampla e sólida, repleta de valores e princípios que me sustentaram e fizeram forte para enfrentar os desafios da vida e alcançar no tempo certo aquilo que um dia era apenas uma conversa insegura sobre o futuro: pai, mãe e irmãs.

Agradeço à Professora Doutora Adriana da Costa Ricardo Schier pela dedicação e pela seriedade na minha orientação para a elaboração deste trabalho.

Ando devagar  
Porque já tive pressa  
E levo esse sorriso  
Porque já chorei demais

Hoje me sinto mais forte,  
Mais feliz, quem sabe  
Só levo a certeza  
De que muito pouco sei,  
Ou nada sei  
“Almir Sater”

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 ATIVIDADES PRESTADAS PELO ESTADO</b> .....	02
1.1 ATIVIDADE ECONÔMICA .....	06
1.2 SERVIÇO PÚBLICO .....	11
1.2.1 Formas de prestação: Concessão, permissão e autorização.....	19
<b>2 O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO</b> .....	26
2.1 ENERGIA ELÉTRICA: UMA VISÃO TRADICIONAL.....	27
2.2 NOVA ESTRUTURA DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO .....	34
2.3 O MARCO REGULATÓRIO ATUAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO.....	38
<b>3 O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA</b> .....	43
3.1 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO.....	44
3.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO: CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO.....	48
<b>4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL</b> .....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	62

## **RESUMO**

O presente trabalho trata sobre o regime jurídico das atividades que envolvem a prestação do serviço público de energia elétrica na atual perspectiva de mercado. A forma de prestação deste serviço passou por mudanças no decorrer dos anos, em especial na década de 90, quando o Estado passou a outorgar algumas atividades aos particulares, para garantir que os serviços públicos tivessem a adequada prestação. Neste trabalho se deseja discorrer especificamente sobre o Setor Elétrico, enquadrando-o no contexto da Constituição Federal. Para tanto será tratado sobre as atividades prestadas pelo Estado e a divisão do âmbito público e privado, partindo-se do geral para o caso específico aqui tratado.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta os aspectos torneadores da atual estrutura de prestação das atividades relacionadas ao serviço público de energia elétrica, considerando as alterações legislativas que influenciaram na estruturação do setor.

O ponto de partida será definir quais são as atividades prestadas pelo Estado, tendo por referência a Constituição Federal, a qual estabelece as atribuições exclusivas do Estado e o âmbito reservado aos particulares.

Decorrerá desta análise – em especial dos artigos 170 e 175 da Constituição Federal – a verificação das hipóteses em que o particular pode intervir no âmbito reservado ao Estado e em quais circunstâncias, assim como a possibilidade de o Estado atuar prestando atividade econômica, em conjunto com os particulares.

Diante desta delimitação da atuação estatal e do particular, será detalhado o enquadramento das atividades que envolvem o serviço público de energia elétrica no regime jurídico de direito público e no de direito privado, decorrente das alterações legislativas ocorridas no setor elétrico.

As mudanças observadas no decorrer dos anos na legislação do tema decorrem de uma grande preocupação do país, qual seja, o abastecimento de energia elétrica, que se mostra de inquestionável importância para o desenvolvimento social e crescimento econômico.

A regulamentação das atividades relacionadas ao serviço público de energia elétrica foi modificada no decorrer dos anos, de forma a abrir ao investimento privado a exploração de determinadas atividades, visto que o Estado por seu aparato não conseguia mais suprir toda a demanda da sociedade.

Este fato foi observado na década de 90, com o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, alterada pela Lei n° 9.941, de 09 de setembro de 1997, que estabeleceu a nova perspectiva para a prestação dos serviços públicos no Brasil, caracterizada pela alteração do papel do Estado de provedor do serviço para formulador de políticas públicas e regulador setorial.

O setor de energia elétrica acompanhou esta reformulação decorrente do PND, e passou por consideráveis alterações, desmembrando suas atividades e os agentes de mercado.

## 1 ATIVIDADES PRESTADAS PELO ESTADO

Para identificar as atividades prestadas por um Estado, bem como o regime jurídico aplicável a cada uma delas, é imperioso analisar a estrutura legal de cada nação.

É a partir deste pressuposto que será analisada a estrutura do Estado brasileiro, pelas diretrizes da Constituição Federal e outras fontes normativas, de forma a delimitar suas funções, os limites de sua atuação e o âmbito reservado aos particulares.

Neste sentido, Alexandre Santos de ARAGÃO parte da interpretação de normas da Constituição de 1988 para buscar a noção e classificação dos serviços públicos e diferenciar estes de atividades estatais, vez que a noção deve ser compatível com o ordenamento jurídico para que tenha validade. Vejamos: “É a partir desses pressupostos metodológicos que, interpretando as normas da Constituição de 1988, buscaremos conceituar e classificar os serviços públicos e diferenciá-los das outras modalidades de atividades estatais.”<sup>1</sup>

Tomar o disposto no texto constitucional como base para analisar as atividades prestadas pelo Estado é também um pressuposto adotado por outros doutrinadores, visto que é partindo das normas que regulam determinado Estado que se constroem as noções de um sistema jurídico. Assim é o pensamento de Marçal JUSTEN FILHO, que dispõe:

É necessário definir um critério de avaliação da realidade, que forneça lineamentos objetivos de decisão. A única solução adequada reside em aplicar a Constituição Federal. Só há um critério jurídico que pode (deve) ser eleito por parte do sujeito responsável pela interpretação-aplicação do sistema jurídico brasileiro para solucionar os conflitos enfocados. Esse critério reside na preponderância da Constituição Federal e dos princípios nela consagrados.<sup>2</sup>

A Constituição Federal de 1988 consagrou um sistema capitalista baseado na propriedade privada dos meios de produção, assegurado o livre exercício das atividades econômicas, com limitada intervenção do Estado no domínio econômico.

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p., 128.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17.

O Estado tem a obrigação de disciplinar o exercício da atividade econômica privada, sendo que em algumas hipóteses pode desempenhar diretamente atividades econômicas, observados determinados princípios.

Eros Roberto GRAU observa que uma das características da Constituição de 1988 é o fato de a mesma ser marcadamente principiológica e conseqüentemente programática, por não dispor apenas regras, mas também princípios<sup>3</sup>.

O autor observa que por este motivo, assumem importância no contexto constitucional os preceitos contidos nos artigos 1º, 3º e 170.

Os artigos 1º e 3º estabelecem os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, sendo aqueles: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; e estes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Já o artigo 170 dispõe sobre os princípios da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social. São eles: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, favorecimento às empresas de pequeno porte com sede e administração constituídas no país.

Após citar o disposto nos artigos acima analisados, o autor observa:

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu artigo 1º e os objetivos definidos no seu artigo 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.

Daí porque a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 129-131.



Assim sendo, é necessário analisar quais são aquelas atividades consideradas indispensáveis ao desenvolvimento social e atendimento aos preceitos definidos na Constituição para fins de apartar o que seja considerado como atribuição do Estado ou atividade passível de ser desenvolvida pelos particulares.

No Título III da Constituição Federal que trata da Organização Político-Administrativa do Estado, estão definidas as competências do Estado brasileiro, e por meio da análise dos artigos, depreende-se a existência de funções que somente o Estado pode prestar, e aquelas tarefas que podem ser realizadas, pelo setor público ou pelo segmento privado da sociedade.

Como atividades exclusivas do Estado, estão manter relações com Estados estrangeiros, declarar guerra ou celebrar a paz, emitir moeda, elaborar e executar planos de ordenação do território nacional e de desenvolvimento econômico e social, organizar e manter o poder Judiciário, o Ministério Público, dentre outras atribuições.

Estas atribuições não podem ser confundidas com serviços públicos ou atividade econômica exercida pelo Estado, por constituírem funções públicas soberanas, indelegáveis. Neste sentido, Alexandre Santos de ARAGÃO comenta:

O conceito de serviço público contempla apenas as atividades prestacionais do Estado pelas quais o Poder Público proporciona aos indivíduos a satisfação de algumas de suas necessidades, excluindo as atividades que visam imediatamente ao Estado (ou à coletividade indistintamente considerada) como segurança nacional e a diplomacia, assim como as atividades que, ao invés de concederem utilidades aos particulares, restringem o seu âmbito de atuação (poder de polícia administrativa).<sup>5</sup>

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>6</sup> discorre ser comum designar todas as atividades prestadas pelo Estado como “serviço”, mas para o direito elas são perfeitamente distintas entre si. O autor cita o exemplo da construção de uma estrada, uma ponte, um túnel, um viaduto, uma escola, um hospital ou pavimentação de uma rua que tradicionalmente podem ser considerados serviços prestados pelo Estado, mas em realidade são consideradas juridicamente como obra pública.

---

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 167.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 682.

Outra distinção apresentada pelo autor é referente ao poder de polícia, que se distingue de serviço público, por uma e outro terem sentidos, direcionamentos, antagônicos:

Enquanto o serviço público visa *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção de todos), visa a *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais.<sup>7</sup>

Ainda, a Constituição Federal descreve as tarefas que podem ser realizadas tanto pelo setor público, quanto pelos particulares. Dentre estas atividades estão reservadas aquelas atividades em que o Estado presta por si ou delega ao setor privado através de concessões. Encontramos nesta situação os serviços postais, de radiodifusão, de energia elétrica, telecomunicações, e outros.

Nesta mesma linha de pensamento, importante se faz explanar as esclarecedoras lições de Eros Roberto GRAU, que distingue serviços públicos privativos de não privativos. Entre os primeiros estão aqueles cuja prestação é privativa do Estado, entendendo-se aqui todos os entes federativos, e que admitem a prestação pelo particular somente mediante concessão, permissão ou autorização, na forma do artigo 175 da Constituição de 1988. Já os não privativos são aqueles que podem ser desenvolvidos tanto pelo Estado quanto pelo setor privado, como o caso da saúde e educação. A grande diferenciação entre os dois é explicada pelo autor: “Assim, o que torna os chamados *serviços públicos não privativos* distintos dos *privativos* é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.”<sup>8</sup>

Além destas hipóteses, o Estado pode exercer atividade econômica, sob o regime de monopólio ou juntamente com os particulares, na forma do artigo 173 da Constituição Federal.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 684-685.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 122-123.

Assim, é possível dizer que a intervenção direta do Estado no domínio econômico se dá sob duas modalidades, ou mediante o desempenho de atividade econômica ou pela prestação de serviços públicos.

Marçal JUSTEN FILHO bem analisa que esta distinção entre as modalidades de atuação estatal é fundamental sob dois ângulos:

Por um lado, propicia determinar os limites da atuação privada e da atividade pública. É que o art. 175 da CF/88 fixa que os serviços públicos competem ao Estado. Já a atividade econômica propriamente dita incumbe aos particulares (CF/88, art. 170, *caput* e parágrafo único) e o Estado a ela se dedicará apenas por exceção (CF/88, art. 173). (...) Sob outro ângulo, a CF/88 determina que a atuação caracterizadora de serviço público subordina-se ao âmbito do Direito Público. Já a atividade econômica propriamente dita se enquadra, para inúmeros efeitos, nos limites do Direito Privado.<sup>9</sup>

Desta análise decorre que a prestação de serviço público, seja diretamente pelo Estado ou por meio de particulares, ocorre pelos princípios e regras de Direito Público e a atividade econômica, mesmo quando exercida pelo Estado rege-se pelas regras de Direito Privado.

Após esta análise prévia dos dispositivos da Constituição Federal que tratam das formas de atuação estatal, é necessário analisar em separado a atividade econômica e o serviço público.

## 1.1 ATIVIDADE ECONÔMICA

A Constituição estabelece uma divisão entre as atividades econômicas, prestadas pelos particulares, previstas no artigo 170 e seguintes, e os serviços públicos, de competência do Estado; e em paralelo dispõe sobre atividades que podem ser desenvolvidas por um e pelo outro. Neste sentido, observa Celso Antônio Bandeira de MELLO: "(...) a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – *as econômicas*; e, de outro, atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas – *os serviços públicos*. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser de alçada de uns ou de outro."<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 18.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p.788.

Apesar de a Constituição dispor separadamente sobre atividade econômica e serviço público, a distinção do que seja um ou outro não pode ser apartada por absoluto, isto porque o serviço público não deixa de ser uma atividade econômica, porém em sentido restrito.

A doutrina reconhece não ser simples a diferenciação dos dois institutos, pela dificuldade em estabelecer noções que sejam o reflexo das realidades sociais de um determinado povo, dentro de um contexto histórico.

Sobre este assunto, Eros Roberto GRAU defende não existir em um primeiro momento oposição entre atividade econômica e serviço público, pelo contrário, este está submisso àquela.

Isto porque o serviço público envolve em sua prestação a utilização de bens e serviços para a satisfação de necessidades, e por este motivo não deixa de ser uma atividade econômica.

O autor então propõe a convenção de ser a atividade econômica gênero no qual estão compreendidas as espécies serviço público e a atividade econômica: “Daí a verificação de que o *gênero – atividade econômica* – compreende duas *espécies: o serviço público e a atividade econômica*. (...) A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie.”<sup>11</sup>

Disto se depreende que para o autor o serviço público é atividade econômica em sentido estrito, e, portanto, espécie do gênero atividade econômica.

Tendo por base o estabelecido em termos constitucionais, do que seja atividade econômica e serviço público, pode-se dizer que, com a ressalva dos monopólios estatais nela estabelecidos, como o petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, as atividades econômicas de atribuição dos particulares só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter excepcional. As hipóteses estão previstas no artigo 173 da Constituição, quais sejam, quando necessário por um imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público.

E o contrário também ocorre no caso dos serviços públicos, pois a titularidade de prestação é do Estado, de forma que os particulares só podem desempenhar estas atividades quando lhes forem delegadas. É o caso da

---

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. Op.cit., p. 101-102.

exploração do serviço público de energia elétrica, de titularidade do Estado, porém passível de exploração por particulares mediante concessão, permissão e autorização, conforme artigos 175 e 21, inciso XII, b.

Aqui estão ressalvadas aquelas atividades que não são de exclusividade do Estado, como a educação, saúde, assistência social e previdência social, passíveis de prestação pelos particulares independente de delegação.

Neste sentido, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello: “Inversamente, as atividades previstas como da alçada do Estado – ou seja, *os serviços públicos* – só podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las (art. 175 e art. 21, XI e XII), por ato explícito, sem prejuízo de lhes conservar a titularidade.”<sup>12</sup>

As tratativas sobre os serviços públicos serão mais detalhadas a seguir. Cabe agora analisar a questão do Estado como prestador de atividade econômica.

Como visto, o artigo 173 da Constituição Federal fala em imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. São conceitos jurídicos indeterminados que carecem de melhor interpretação para compreensão.

Sobre a segurança nacional, Marçal JUSTEN FILHO destaca que a mesma consiste no conjunto de condições necessárias e indispensáveis para a existência e manutenção da soberania nacional, e também ao funcionamento das instituições democráticas.

Aponta, ainda, que o conceito de soberania nacional é relativo, e que cada país e momento histórico determinam a sua aplicação. Sobre esta indeterminação, o autor comenta: “Segurança nacional é um conceito indeterminado, o que acarreta a já apontada característica de qualificação da realidade em três segmentos distintos. Há eventos inquestionavelmente relacionados com a segurança nacional. Há aqueles que não se relacionam com ela, e existem hipóteses em que é incerta a qualificação.”<sup>13</sup>

Quanto ao terceiro grupo citado pelo autor, é o que traz mais dificuldades, pois pode ser editada lei com a pretensão de autorizar o exercício de atividade

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 788.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 574.

econômica pelo Estado, em hipóteses que em realidade não se relacionem com a segurança nacional, mas pela incerteza continuam válidas.

Eros Roberto GRAU esclarece que segurança nacional no contexto da Constituição de 1988 é atinente à defesa nacional, e mesmo não sendo de forma absoluta prestada pelo Estado, a este é atribuída quando necessária ao atendimento de imperativos da segurança nacional. Pelo artigo 22, inciso XXVIII da Constituição, a competência para legislar sobre defesa nacional é privativa da União. Os Estados e Municípios detêm competência para legislar apenas sobre segurança local.

Quando diz respeito ao relevante interesse coletivo, a questão exige maior cautela em sua análise, para fins de delimitar qual lei poderá definir o seu entendimento. Isto porque as matérias de Direito Econômico, pelo artigo 24, I da Constituição estão atribuídas à competência legislativa concorrente da União e dos Estados membros. O autor aponta que neste caso, sem dúvida, se está em hipótese de matéria de Direito Econômico e conclui: “Daí a conclusão de que essa *lei*, que definirá *relevante interesse coletivo*, tanto poderá ser *lei federal* quanto *lei estadual*. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual.”<sup>14</sup>

Sobre a qualificação de uma atividade como de relevante interesse coletivo, este é também um conceito jurídico indeterminado. Para Marçal JUSTEN FILHO, o relevante interesse coletivo consiste na existência de uma necessidade supra-individual, comum a um número relevante de pessoas de uma atividade que possa ser suprida pelo Estado. O autor bem observa que este interesse coletivo tem que ser relevante, não bastando somente satisfazer o interesse coletivo: “Anotese que a Constituição aludiu a interesse coletivo **relevante**, qualificação que não pode ser ignorada. Em tese, qualquer atividade econômica pode satisfazer o interesse coletivo. Isso não basta, porque é indispensável um interesse coletivo significativo, importante.”<sup>15</sup>

As entidades administrativas constituídas para o exercício da atividade econômica propriamente dita são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, instituídas mediante lei, conforme disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição. Marçal JUSTEN FILHO ressalta que nem todas entidades estatais com

---

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 287.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 575.

personalidade jurídica de direito privado necessariamente exercem atividade econômica em sentido próprio, pois há aquelas que atuam no setor dos serviços públicos.<sup>16</sup>

Outro aspecto importante a esclarecer é que o regime jurídico aplicável a esta prestação pelo Estado é de direito privado, conforme dita o inciso II do § 1º do artigo 173 da Constituição. Alexandre dos Santos ARAGÃO esclarece a questão: “Vige para essas atividades o princípio da liberdade de iniciativa, que não exclui o que a doutrina espanhola chama de iniciativa econômica pública, desde que atendidos esses conceitos jurídicos indeterminados.”<sup>17</sup>

O § 2º do referido artigo estabelece ser vedada a atribuição às empresas estatais de privilégio fiscal não extensível aos particulares. Mesmo que o regime jurídico aplicado quando o Estado exerce atividade econômica seja o mesmo dos particulares, no funcionamento das empresas estatais, as mesmas se sujeitam ao regime de direito público, pois a origem dos recursos empregados na prestação da atividade é estatal. Significa dizer que têm a obrigatoriedade de licitar as contratações administrativas que não estiverem relacionadas às atividades-fim da prestação.

Neste sentido, Marçal JUSTEN FILHO assim dispõe: “É vedado atribuir às empresas estatais, no desempenho de suas atividades, algum privilégio não extensível aos particulares. Mas, no seu funcionamento, as empresas estatais estão subordinadas ao regime de direito público, justificado pela natureza funcional de sua atuação e na origem estatal dos recursos que movimentam.”<sup>18</sup>

Além destas restrições, nos demais parágrafos do artigo supracitado a Constituição determina que lei definirá o funcionamento das empresas constituídas para este fim, de forma a reprimir o abuso de poder econômico e estabelecer responsabilidade sobre atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Importante nestes casos é que a entidade estatal tenha lucratividade compatível com sua natureza funcional, ou seja, que produza benefícios para a

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 576.

<sup>17</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 177.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 577.

sociedade, no atendimento da segurança nacional e de relevantes interesses sociais.

A respeito do tema aqui tratado, adiante se verá que as mudanças legislativas em matéria do serviço público de energia elétrica incluíram atividades específicas deste setor no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, sem descaracterizar a obrigação estatal sobre a sua prestação.

## 1.2 SERVIÇO PÚBLICO

Conforme outrora já se ressaltou, o ordenamento jurídico de cada país vai definir o que é ou não serviço público refletindo as necessidades e anseios políticos, sociais e culturais da sociedade.

Assim bem observou Dinorá GROTTI em seu trabalho sobre serviço público: “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.”<sup>19</sup>

Nesta mesma linha de pensamento Carmen Lúcia Antunes ROCHA dispõe: “o que é serviço público cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas”.<sup>20</sup>

No que diz respeito à Constituição de 1988, Alexandre Santos ARAGÃO destaca a preocupação do legislador em conciliar os interesses públicos e privados, bem como as ideologias do país, para garantir a sua posterior aplicação. E não foi diferente com os serviços públicos, atividades que delimitam divisão entre as esferas pública e privada: “A constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição compromissória, no sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação.

---

<sup>19</sup> GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

<sup>20</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 507.



Não haveria como os serviços públicos escaparem a essa lógica, ainda mais sendo atividades que marcam a divisão entre a esfera pública e a esfera privada.”<sup>21</sup>

Mas a Constituição não estabeleceu de forma limitada e direcionada o que é considerado como serviço público, apenas dispôs no artigo 175 que a prestação de serviços públicos incumbe ao Estado que os prestará diretamente ou mediante concessão e permissão, e fixou o regime jurídico como de direito público.

No artigo 21 e seguintes o legislador estabeleceu as competências de cada ente federativo, mas não definiu qual atividade é ou não considerada serviço público, daí se diz que não há na Constituição uma estrita delimitação do que seja serviço público, e a sua noção decorre das normas e princípios do ordenamento jurídico em análise.

Assim como no texto constitucional não se vislumbra uma delimitação do que seja o instituto aqui trabalhado, quanto à sua titularidade e regime jurídico aplicável, a doutrina que trata dos limites e da noção do que se pode chamar de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro não é pacífica como se verá a seguir.

O entendimento inicial existente sobre os serviços públicos era de que os mesmos eram poderes estatais e não deveres. Com a Escola Francesa de serviço público este pensamento mudou, mediante a formulação de conceitos amplos<sup>22</sup>.

Enquanto DUGUIT<sup>23</sup> acolhe a noção material do que seja serviço público, de forma a atribuir ao Estado a prestação de serviços públicos aos seus cidadãos e o dever de limitar a sua ação a estas atividades, JÉZE<sup>24</sup> adota o aspecto formal do que seja serviço público, sendo o ordenamento jurídico que determina o que é ou não serviço público.

Muito embora estes pensadores tenham uma representatividade quando se fala em definir serviço público, as noções por eles apresentadas são ainda muito

---

<sup>21</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 131.

<sup>22</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 64-65.

<sup>23</sup> “Serviço público é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante”. Conceito de Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t.1, p. 61.

<sup>24</sup> “fala-se em serviço público única e exclusivamente quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público”. JÉZE, Gastón. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949, t. II-I, p.4, *apud*.

amplas e não sintetizam o entendimento de tal forma a se adequar à realidade existente no Brasil.

Celso Antônio Bandeira de MELLO comenta sobre o pensamento da Escola Francesa e o desenvolvimento de outras definições para fins de adequar à atual perspectiva:

A noção de serviço público não é simples. Pelo contrário, a locução em causa deu margem a que fosse tomada em diferentes acepções: subjetiva, objetiva e formal. É que dita noção, outrora considerada, na França, como “pedra angular do Direito Administrativo”, teve diferentes préstimos jurídicos, *inteiramente distintos dos que na atualidade cumpre*. (...) Daí que a noção de serviço público que formulamos é uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicade de outras necessidades, outros objetivos e, sobretudo, outra problemática e outro ordenamento jurídico positivo.

O autor discorre ser possível conceituar esta espécie de atividade estatal da seguinte maneira:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>25</sup>

A Constituição, ainda que indiretamente, consagrou em seu texto três elementos na configuração dos serviços públicos, que em regra estão presentes nas definições da doutrina: o subjetivo, que trata do vínculo da atividade com o poder público; o formal que além de apontar a necessidade de lei, estabelece o regime jurídico sob o qual é prestada a atividade e o material, referente à finalidade do instituto.<sup>26</sup>

Na constituição, o elemento subjetivo, também chamado de orgânico, está presente no *caput* do artigo 175 que dispõe incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão.

Odete MEDAUAR ao comentar este elemento esclarece que o vínculo do serviço público com a Administração significa que a mesma é responsável pela

---

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 670-672.

<sup>26</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75.

atividade. Vejamos: “(...) a Administração está vinculada a esta atividade, exercendo controle permanente sobre o executor do serviço público; sua intervenção, portanto, é maior que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, porque a Administração é responsável pela atividade.”<sup>27</sup>

No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ao tratar do elemento subjetivo esclarece que o serviço público é definido por lei e sempre incumbência do Estado, que assume a execução de determinada atividade pela importância que representa para a coletividade<sup>28</sup>.

O elemento formal, além de esclarecer que a criação do serviço público depende de lei, determina qual o regime jurídico aplicável a estas atividades. O entendimento sobre este elemento não é pacífico na doutrina, pois alguns autores defendem ser o regime jurídico aplicável neste caso somente o de direito público, enquanto outros autores entendem estarem presentes elementos de direito público em determinados serviços públicos.

É o caso de Odete MEDAUAR, que defende ser o regime jurídico do serviço público submetido total ou parcialmente ao direito administrativo:

*“Quanto ao regime jurídico, a atividade de prestação é submetida parcial ou totalmente ao direito administrativo; mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação; não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado.”<sup>29</sup>*  
(grifos originais)

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO admite por vezes a existência de elementos de direito privado no regime jurídico de serviço público e observa: “Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”<sup>30</sup>

Para a autora, as atividades não comerciais ou industriais submetem-se ao regime jurídico de direito público, e para os serviços comerciais ou industriais o

---

<sup>27</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 315.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 114-115.

<sup>29</sup> MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 315.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 114.

regime jurídico é o de direito comum, submetido ora mais e ora menos ao direito público. Isto porque, por exemplo, o pessoal se submete ao direito de trabalho com equiparação aos servidores públicos, e os contratos com terceiros, via de regra, se submetem ao direito comum.

É esta a razão pela qual em seu conceito a autora descreve que o regime jurídico é total ou parcialmente público, e adiante esclarece o seu entendimento: “Vale dizer, o **regime jurídico**, nesse caso, é **híbrido**, podendo prevalecer o direito público ou o privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum, tal qual aplicado às empresas privadas.”<sup>31</sup>

Por outro lado, outros doutrinadores defendem claramente que o elemento formal é caracterizador da atividade como serviço público e que o regime jurídico a que se submetem é o de direito público.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO diz ser decisiva a importância do regime jurídico administrativo na caracterização do serviço público: “O segundo elemento, *formal*, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva.”<sup>32</sup> (grifos originais)

Marçal JUSTEN FILHO, da mesma forma, explica que o serviço público “se peculiariza pela existência de um regime jurídico específico”, e que o elemento formal configura-se “pela aplicação do regime jurídico de direito público”<sup>33</sup>.

Quanto ao elemento formal, muito embora alguns doutrinadores entendam existir elementos de direito privado em determinados serviços públicos, necessário observar que um dos elementos caracterizadores de determinada atividade como serviço público é a submissão ao regime de direito público. O que pode ocorrer é a mesma atividade ser prestada pelo Estado e pelo particular, mas neste caso, aquele que presta a atividade em regime jurídico de direito privado estará exercendo atividade econômica em sentido estrito, submetida à fiscalização e controle do Estado. Esta situação ocorre no caso da energia elétrica, que será tratado adiante.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 676.

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 491.

Pelo elemento material, o serviço público é tido como atividade que visa a atender necessidades coletivas.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de MELLO, pelo traço material a prestação de serviço público consiste no “oferecimento, *aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que *o Estado assume como próprias*, por serem imputadas imprescindíveis, necessárias, ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.”<sup>34</sup>

Importante destacar aqui a noção desenvolvida por Alexandre Santos ARAGÃO, após suas reflexões sobre os aspectos torneadores da questão: “serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem estar da coletividade.”<sup>35</sup>

Para o autor, o importante para a noção de serviço público é a responsabilidade do Estado sobre a atividade, a obrigação em prestá-la, considerada a exclusão ou não da iniciativa privada na prestação de determinadas atividades.

Sobre o elemento material, Alexandre Santos de ARAGÃO ressalta que associar o interesse coletivo a ser atendido mediante a prestação de um serviço público à preservação da dignidade da pessoa humana é comum, porém nem em todos os casos apresenta direta ligação com este princípio, e por esta razão o autor prefere adotar o termo bem estar da coletividade. Vejamos:

É muito comum a associação entre o interesse coletivo a ser atendido pelos serviços públicos e a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o que, na grande maioria das vezes, realmente procede. Há, contudo, alguns serviços públicos mais ligados à infra-estrutura (ex., fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias, transporte hidroviário de minério), cujo liame com a dignidade da pessoa humana é apenas indireto, como decorrência do desenvolvimento da sociedade como um todo. Por isso preferimos adotar, no conceito proposto o termo mais genérico de “bem-estar da coletividade” ao invés de “dignidade da pessoa humana”, associável diretamente apenas às pessoas físicas.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 674-675.

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 157-161.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 163.

Daí se depreende que os serviços públicos, por atenderem à satisfação do bem estar de uma coletividade em geral, abarcam uma série de atividades que devem ser prestadas pelo Estado, senão por seu aparato, mediante delegação ao setor privado, ou em conjunto com este.

Ao contrário do pensamento deste autor, Marçal JUSTEN FILHO toma a dignidade da pessoa humana como qualificadora do serviço público: “Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República Brasileira.”<sup>37</sup>

O autor também esclarece que observando estes requisitos é possível distinguir atividade econômica em sentido estrito de serviço público.

Sobre este limite de diferenciação entre serviço público e atividade econômica, Marçal JUSTEN FILHO defende a possibilidade de uma atividade considerada serviço público ser aproveitada em ocasiões secundárias à sua satisfação pela iniciativa privada, mas neste caso a submissão é ao regime de atividade econômica em sentido estrito. Vejamos: “Mas, uma vez existindo esta estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de direito privado, submetendo-as ao regime da atividade econômica em sentido estrito.”<sup>38</sup>

O autor convencionou chamar de atividade econômica em sentido estrito, aquelas cujo desempenho cabe aos particulares, mas subordina-se à previa autorização do Poder Público, na forma do disposto no artigo 170 da Constituição de 1988, e estão elencadas nas atividades do artigo 21, que não abarca as atividades econômicas em sentido amplo.

Assim, presentes os pressupostos que justifiquem a qualificação de uma atividade como serviço público, o seu regime será o de direito público, do contrário, estaremos diante de atividade econômica em sentido estrito. No presente trabalho é o que se entende como aplicável ao instituto.

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 44.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 45-47.

Necessário ainda esclarecer brevemente outras classificações aplicáveis aos serviços públicos, quais sejam, quanto à competência federativa e quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita.

Quanto à competência, podem ser comuns ou privativos, de acordo com o que for estipulado pela Constituição quanto à diferenciação das competências federativas. Marçal JUSTEN FILHO dispõe sobre este assunto: “Os de competência comum são aqueles atribuídos a todos os entes federativos em conjunto, tal como a educação e a saúde. Já os de competência privativa são de titularidade de determinada órbita federativa. A diferenciação se faz segundo os critérios gerais de discriminação de competências federativas ou em vista de regra constitucional específica.”<sup>39</sup>

O autor trata em sua obra da classificação quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita e os divide em sociais, comerciais e culturais. Os sociais seriam aqueles cujo objeto é a satisfação de necessidades de cunho social ou assistencial, como por exemplo, a educação, a assistência e a seguridade. Os comerciais e industriais seriam aqueles relativos ao oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, como a água tratada, a energia elétrica e as telecomunicações. E por último os culturais seriam aqueles que satisfazem necessidades culturais para o desenvolvimento da capacidade artística e o lazer, como exemplo museus, cinema e teatro.

Destes aspectos apresentados até o presente momento sobre a noção de serviço público, importante ressaltar importantes características, quais sejam: são atividades prestadas para a satisfação e bem estar de uma coletividade em geral, porém as utilidades são fruíveis individualmente pelos indivíduos envolvidos, e o exercício destas está definido pela Constituição ou lei específica; são de titularidade exclusiva ou não do Estado, caracterizado por um regime de direito público e justificado pela supremacia do direito público.

Importante reflexão que decorre disso é sobre o papel do Estado e os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos na Constituição de 1988, em seus artigos 1º e 3º, já anteriormente aqui descritos.

---

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 508.

Significa dizer que para o Estado atuar em conformidade e atendimento a estes preceitos, serviço público serão todas aquelas atividades necessárias para a satisfação do bem estar de uma coletividade geral, excluídas as atividades que visam imediatamente ao Estado como a diplomacia e a segurança nacional; e o poder de polícia administrativa.

Afinal, como anteriormente já discutido, o que é serviço público cada povo dirá em seu ordenamento jurídico. E diante dos objetivos e fundamentos previstos no ordenamento brasileiro, verifica-se que os serviços públicos vão além da educação, saúde, água tratada e fornecimento de energia elétrica, mas também incluem a cultura e o lazer e outras necessidades, pois se apresentam como necessários ao bem estar coletivo.

É este aspecto que delimitará o regime jurídico de uma atividade como de direito público ou de direito privado, e a qualificação como serviço público ou atividade econômica.

Estas diferenças serão retomadas adiante, para fins de discorrer os limites do que é considerado serviço público e o que é atividade econômica na exploração do serviço de energia elétrica.

### 1.2.1 Formas de prestação: Concessão, permissão e autorização

A Constituição de 1988 disciplina no artigo 175 que a prestação dos serviços públicos é de incumbência do Estado, que os prestará diretamente ou mediante concessão e permissão. Como visto, neste artigo está prevista a hipótese de delegação do exercício de atividade considerada serviço público para a prestação pelo particular, que atua como se o Estado fosse, assumindo os riscos da atividade, mediante concessão e permissão do Poder Público.

Mesmo que o legislador não tenha feito referência à autorização neste dispositivo legal, pela Emenda Constitucional n° 8/95, foi incluída no artigo 21, incisos XI e XII a autorização como meio de delegação da prestação de determinados serviços considerados como serviço público.

A Lei n° 8.987 de 1995, denominada Lei de Concessões de Serviços Públicos, foi editada e sancionada com o objetivo de regulamentar o regime de prestação de serviços públicos do artigo 175 da Constituição Federal. No artigo 2°,



inciso II, da referida lei, está definida a concessão como a transferência da prestação de serviço público feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

No que diz respeito à noção de concessão, a doutrina não é uniforme, e basicamente há três correntes que definem o que é o termo concessão.

A primeira decorre da doutrina italiana em que o termo concessão é empregado de forma ampla, considerando atos unilaterais ou bilaterais pelos quais a administração outorga direitos ou poderes ao particular.

A segunda é uma acepção menos ampla que distingue concessão translativa da constitutiva e admite três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público. A maior parte da doutrina é adepta a esta teoria.

A autora Maria Silvia Zanella DI PIETRO explica no que consiste a concessão translativa e a constitutiva:

Em resumo, a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, essas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público.

A concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público.<sup>40</sup>

A terceira corrente atribui à concessão uma definição restrita, significando somente a delegação de poderes para prestação de serviços públicos.

A noção do que seja a concessão de serviço público é bem explicada por Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “A concessão define-se como a delegação a particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Op. cit., p. 292.

<sup>41</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181.

O autor explica que as atividades consideradas serviço público, delegadas mediante concessão a particulares, caracterizam-se por serem industriais, e por envolverem o uso de bens públicos dependem de delegação do Poder Público.

Mas mesmo que ocorra esta delegação da prestação dos serviços públicos, as atividades não perdem a sua característica de obrigação do Estado, sendo que este deve retomar a execução caso a mesma não esteja sendo satisfatória, conforme dita o artigo 35 da lei nº 8.987 de 1995.<sup>42</sup> Assim comenta o autor supracitado: “De todo o modo, as atividades repassadas não perdem a sua concepção originária de serviço público, sendo certo que se reconhece ao Poder Público concedente a prerrogativa de retomá-las quando presentes as alternativas legais de reassunção do objeto do contrato.”<sup>43</sup>

A remuneração do concessionário, feita pelos usuários, sob a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro, é elemento caracterizador desta forma de prestação. Celso Antônio Bandeira de MELLO dispõe sobre a noção de concessão de serviço público:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.<sup>44</sup>

Após apresentar esta noção, o autor explica que é indispensável que o concessionário se remunere pela exploração do próprio serviço concedido e mediante a obtenção de lucro, pois se assim não fosse, não se caracterizaria a concessão do serviço público.

Ao dizer que a remuneração ocorre “em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”, o autor teve a intenção de lembrar que nem sempre a contrapartida pelo serviço será mediante tarifa dos usuários, podendo ocorrer por outro meio, como ocorre nas concessões de rádio e

---

<sup>42</sup> “Art. 35. Extingue-se a concessão por: I – advento do termo contratual; II – encampação; III – caducidade; IV – rescisão; V – anulação; e VI – falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular no caso de empresa individual.”

<sup>43</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 181-182.

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 696.

televisão, remuneradas por divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes.

Ainda sobre a política tarifária, Eros Roberto GRAU ao distinguir empresas estatais de concessionárias de serviço público, comenta que a atividade prestada por estas últimas se distingue daquelas, pois se assegura o equilíbrio econômico-financeiro da relação. Significa dizer que as concessionárias de serviço público em sua atividade visam o lucro, diferente do caso das estatais. Vejamos:

(...) do exame do mesmo art. 175, apura-se que a concessão, tal qual a permissão, na medida em que assegurado ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro da relação – o que deflui do inciso III do seu parágrafo único –, é exercida, pelas pessoas privadas concessionárias, tendo em vista a realização de lucro. Não fora assim, de resto, e nenhuma razão conduziria empresas privadas a aderir à situação de concessionária de serviço público.<sup>45</sup>

Outro autor que apresenta outros elementos da concessão de serviço público é Marçal JUSTEN FILHO:

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.<sup>46</sup>

Outro esclarecimento é que o Estado estabelece unilateralmente as regras do serviço e fiscaliza a prestação da atividade com o objetivo de realizar o bem comum, e, portanto, atua em um desejo comum às três partes envolvidas:

A prestação de serviço adequado e satisfatório se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela sociedade civil, e pelo concessionário. A concessão é um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos. O intento de realizar o bem comum autoriza o Estado a estabelecer unilateralmente as regras acerca do serviço e a fiscalizar a atividade do concessionário.<sup>47</sup>

Desta idéia, além de outros aspectos aqui já destacados, importante ressaltar que a concessão se estabelece por meio de um contrato, que para o autor

---

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 143.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 510.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 511.

envolve três sujeitos: o ente federativo titular da competência para prestar o serviço, a sociedade e o particular na figura do concessionário.

Enquanto a concessão decorre de acordo de vontades, a permissão é considerada tradicionalmente como ato unilateral do Poder Público, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a execução de um serviço público por um contrato unilateral, mediante tarifa paga pelo usuário, com a característica da precariedade.

A lei nº 8.987 de 1995 define permissão no artigo 2º, inciso IV, como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

A maior discussão doutrinária sobre as permissões é que o legislador em um mesmo momento na lei fala em uma delegação a título precário e também se refere a contrato.

Marçal JUSTEN FILHO observa que a definição padece de inúmeros defeitos, e conceitua da seguinte maneira: “permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimentos amortizáveis em prazo mínimo de tempo.”<sup>48</sup>

Hely Lopes MEIRELLES discorre sobre os serviços permitidos e observa que o que diferencia a permissão e a autorização da concessão é que aquelas se dão por ato unilateral da Administração: “*Serviços permitidos* são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho.”<sup>49</sup>

Mesmo que discricionária e precária, a permissão admite condições e prazos para a exploração do serviço, para fins de garantir rentabilidade e assegurar o retorno do investimento feito pelo permissionário e atrair a iniciativa privada.

---

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 559.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p.388.

Sobre a precariedade e revogabilidade unilateral atribuída à permissão pelo artigo 40 da lei n° 8.987, de 1995<sup>50</sup>, Romeu Felipe BACELLAR FILHO discorre ser marcadamente inconstitucional. O autor defende que não se pode falar em ato precário e sujeito à revogabilidade no caso da permissão, pois estas características são próprias de atos informados pelos critérios da conveniência e oportunidade. Não é o que ocorre com a permissão, que depende de licitação e não pode ser desfeita discricionariamente. Assim dispõe o autor:

Repisando a argumentação já expendida quanto à precariedade da permissão, com o que, em absoluto, não se pode concordar, mostra-se também lamentável a previsão na lei da possibilidade de revogação de um contrato. Consoante já afirmado, contrato não se revoga, rescinde-se. A revogação pressupõe a prática de um ato unilateral pela Administração Pública, fundamentada esta, como dito, em critérios de conveniência e oportunidade. Considerando que a natureza jurídica da permissão – face ao texto constitucional – é eminentemente contratual, afigura-se absurdo referir-se o legislador à revogabilidade da avença.<sup>51</sup>

Com relação à autorização, deve se ter claro que esta figura somente pode ser adotada em hipóteses excepcionais. O autor supracitado dispõe que: “*Serviços autorizados* são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória.”<sup>52</sup>

Caso não estejam presentes interesses coletivos instáveis ou emergência transitória, a delegação deve ser feita por permissão ou concessão, para não fraudar o princípio constitucional da licitação.

Não se pode confundir a autorização de serviços nos casos citados com a autorização dada pelo Estado no caso do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, que faculta à lei condicionar o exercício de certas atividades estatais a uma autorização estatal prévia.

Sobre esta hipótese, Marçal JUSTEN FILHO explica:

O ato estatal destina-se a verificar o preenchimento pelo particular dos requisitos necessários. A intervenção do Estado, nesses casos, não atinge a natureza do serviço nem

---

<sup>50</sup> Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

<sup>51</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 193.

<sup>52</sup> MEIRELLES, Helly Lopes. Op. cit., p. 391.

altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve, ainda que se imponham requisitos para o desempenho das atividades e se as subordine a controle de intensidade variável.<sup>53</sup>

Neste caso não se fala em transferir ao particular o exercício de uma atividade pública, mas sim de autorizar um serviço privado.

Outra confusão que não deve ser feita é considerar a autorização apta a delegar a prestação de serviços públicos que devem ser delegados por concessão ou permissão.

A exemplo disso, Maria Silva Zanella DI PIETRO<sup>54</sup> entendia ser inexistente a autorização para prestação de serviço público. Porém, a partir da 18ª edição de seu livro, passou a defender que os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII (telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros) da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do Estado, na forma de autorização.

Ocorre que, como visto a autorização somente pode ser aplicada a propósito de serviço público em situações emergenciais e os serviços previstos no artigo 21, incisos XI e XII, não têm esta característica. A utilização da autorização para estes dispositivos decorre do fato que os mesmos podem configurar-se como serviço público ou atividade econômica, e quando estivermos diante desta última hipótese será necessário obter a autorização do Poder Público para prestar esta atividade.

Neste sentido dispõe Marçal JUSTEN FILHO, ao comentar sobre esta hipótese de autorização: “Da forma como anteriormente apurado, a utilização do vocábulo *autorização*, nesses dispositivos constitucionais, decorre da possibilidade de certas atividades configurarem-se ou como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito, a depender das circunstâncias e características.”<sup>55</sup>

Assim, a autorização de serviço público vislumbra-se nos casos de serviços emergenciais e não constantes, como, por exemplo, uma autorização dada a empresa de turismo prestar serviço de transporte à população durante uma greve dos trabalhadores.

---

<sup>53</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 562.

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Silva Zanella. Op. cit., p. 236.

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 563.

## 2 O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

A utilização da energia elétrica tornou-se essencial no mundo contemporâneo, pois quase todas as atividades humanas envolvem o seu consumo. O quão essencial é seu fornecimento, somente é percebido quando o mesmo é interrompido por alguma falha do sistema.

Mas para manter a continuidade e qualidade do fornecimento, além da necessidade de um planejamento adequado, depende da execução de grandes obras, de pessoas especializadas no assunto, além de envolver grandes capitais com longo prazo de retorno<sup>56</sup>.

A energia elétrica produzida pelas usinas localizadas em diversas localidades deve chegar aos seus consumidores finais. É por isto que existem as redes de linhas de transmissão e subestações que constituem o Sistema Interligado Nacional – SIN, para a disponibilização da energia gerada para os consumidores.

Ainda, para a entrega da energia elétrica aos consumidores finais existem as redes de distribuição compostas por subestações abaixadoras que atendem as zonas urbanas, suburbanas e rurais. Há também os consumidores que estão ligados diretamente na linha de transmissão.

Geraldo Pereira CALDAS especifica em sua obra as funções que estão relacionadas ao serviço público de energia elétrica:

Existem, assim, três funções relacionadas ao serviço público de suprimento de energia elétrica, que estão definidas nos arts. 2º a 6º e 47 do Dec. 41.019, de 26.02.1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, atendendo o que dispôs o Código de Águas (Dec. 24.643, de 10.07.1934):

- a) geração;
- b) transmissão;
- c) distribuição.

Uma quarta função, não diretamente relacionada com os fenômenos físicos, é a comercialização de energia elétrica.<sup>57</sup>

Os serviços de *transmissão* compreendem o transporte da energia elétrica dos geradores para as subestações de distribuição e também interligam dois ou mais sistemas geradores. No Brasil denomina-se Sistema Interligado Nacional – SIN a rede interligada de transmissão, que é composto pelas empresas das regiões Sul,

---

<sup>56</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 27-28.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 30.

Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte do Norte. Apenas uma pequena parte dos produtores e consumidores se encontra fora do SIN em sistemas isolados, localizados principalmente na região amazônica.

A *distribuição* de energia elétrica consiste na construção, operação e manutenção de redes de média e baixa tensão para possibilitar a disponibilização de energia elétrica aos consumidores finais.

A *geração* de energia elétrica é a transformação de qualquer outra forma de energia em energia elétrica, de tal sorte que se denominam as diferentes usinas geradoras de energia elétrica de acordo com a fonte primária de energia utilizada. Como exemplo cita-se a hidráulica, da queda de águas; a térmica, do calor gerado pela queima de combustíveis como gás, carvão, óleos, biomassa; a eólica, proveniente dos ventos; a solar, do aproveitamento do calor do sol, dentre outras formas.

A *comercialização* é a negociação de contratos de energia elétrica que é feita entre os agentes de distribuição, os geradores, os consumidores finais e os comercializadores.<sup>58</sup>

## 2.1 ENERGIA ELÉTRICA: UMA VISÃO TRADICIONAL

A primeira vez em que se utilizou da eletricidade no Brasil foi em 1879, na Estação Central de Campos no Rio de Janeiro, e este fato ocorreu no mesmo ano em que a primeira central elétrica do mundo foi instalada em São Francisco, EUA.

Conforme observam Clovis Alberto VOLPE FILHO e Maria Amália de Figueiredo Pereira ALVARENGA, em obra específica do Setor Elétrico, que a experiência somente foi realizada, pois Dom Pedro II concedeu a Thomas Edson o direito de introduzir no Brasil os processos e aparelhos para a geração de eletricidade.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> PIMENTA, André Patrus Ayres. **Serviços de Energia Elétrica Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado.** Disponível em <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus\\_Andre\\_Servicos.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf)> Acesso em 19 ago. 2011, p. 4-6.

<sup>59</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. **Setor Elétrico.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.



Em 1883, Campos se tornou a primeira cidade do país a contar com um serviço de iluminação pública; e Diamantina, localizada em Minas Gerais, foi rotulada como a primeira cidade do Brasil a utilizar a energia hidrelétrica.

Os autores supracitados, ao traçar um histórico dos acontecimentos relacionados aos primeiros investimentos de energia elétrica, também destacam o que segue: “No final do século XIX, mais precisamente em 1890, o Brasil tinha apenas duas centrais elétricas. Acontece que, no início do século XX, começou um forte investimento no setor privado para a implantação da eletricidade, tanto é verdade que, em 1910 foram implantadas 13 (treze) centrais.”<sup>60</sup>

Nesta época o Estado tinha a sua intervenção na economia limitada à defesa das atividades ligadas à exportação de produtos primários como o café, e sua atuação foi restrita no desenvolvimento da indústria da energia elétrica.

A Constituição de 1891 não tratou sobre o tema, nem tampouco efetuou distinção entre a propriedade que envolve o aproveitamento de potenciais hidráulicos, o subsolo e a queda d'água. É o que observa Geraldo Pereira CALDAS:

A Constituição de 1891 assegurava autonomia aos governos estaduais, restringindo a ação da União. Ao Congresso Nacional competia legislar apenas sobre terras e minas de propriedade da União. Não havia distinção entre a propriedade do subsolo e das quedas d'água e a propriedade das terras circundantes. Assim, a intervenção do Estado na indústria de energia elétrica durante as três primeiras décadas do século XX resumiu-se a medidas isoladas na regulamentação do setor.<sup>61</sup>

Em termos de legislação, a primeira norma que tratou do assunto foi o Decreto n° 5.407 de 1904 que estabeleceu regras para os contratos de concessão de aproveitamento hidrelétrico para transformação em energia elétrica aplicada a serviços federais.

Mas foi a partir da Revolução de 1930 com Getúlio Vargas no poder, que foi iniciada uma nova etapa no Brasil. Houve no período a queda do regime oligárquico da Primeira República, e a expansão da intervenção do Estado no domínio econômico e social<sup>62</sup>.

Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO dispõe que juntamente com os avanços e com esta alteração do papel do Estado de um regime liberal presente na Carta de

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>61</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 37.

<sup>62</sup> Ibidem, p.39.

1891, para o intervencionista, na Constituição de 1934 apareceram os primeiros dispositivos constitucionais sobre a exploração dos serviços de energia elétrica. No entanto, neste período preocupou-se somente em dispor sobre a energia hidroelétrica: “À vista da situação histórica específica, – que colocava, no centro das atenções e preocupações do recém-fortalecido governo central, a exploração do que se considerava uma “riqueza nacional”, o potencial hidráulico –, a Constituição não se preocupou em considerar a *indústria elétrica*, na sua inteireza e unidade. Cuidou, apenas, da *energia hidroelétrica*.”<sup>63</sup>

Como exemplo de dispositivo neste sentido o autor cita o artigo 5º da Constituição de 1934:

Pelo art. 5º, – sede das competências da União Federal –, restou estabelecido que cumpria à União legislar sobre “águas” e “energia hidroelétrica” (art. 5º, inc. XIX, letra “j”). Ainda pelo art. 5º, § 3º, aos Estados era reconhecida competência para editar legislação “supletiva ou complementar” acerca destes temas, pelo que havia (ainda) razoável espaço para a ação conformadora estadual e municipal (pense-se na energia térmica e na fase de rede, distribuição e transmissão, não cobertas pela disciplina constitucional).<sup>64</sup>

Neste mesmo ano foi assinado por Getúlio Vargas o Código de Águas, que desde 1907 estava em processo de aprovação. O projeto deste Código foi enviado ao Congresso pelo jurista Alfredo Valadão, e foi elaborado tendo como base a legislação européia.

Este Código contemplou as regras básicas referentes ao regime jurídico aplicável às concessões. Dentre as principais destacam-se<sup>65</sup>:

- distinção entre a propriedade do solo e a propriedade das quedas d’água e outras fontes de energia hidráulica para exploração ou aproveitamento industrial;
- incorporou ao patrimônio da União o aproveitamento de todas as fontes de energia hidráulica existentes em águas públicas de uso comum e dominicais, ficando o aproveitamento passível de concessão assinada pelo Presidente da República;
- fixou em 30 anos o prazo das concessões, podendo chegar a 50 no caso de investimentos vultosos em obras e instalações;

---

<sup>63</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p.66

<sup>64</sup> Ibidem, p. 66-67.

<sup>65</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 40-41.

- determinou que findo o prazo da concessão os aproveitamentos seriam revertidos ao Estado, com ou sem indenização;
- estipulou que as concessões e autorizações seriam dadas exclusivamente para brasileiros ou empresas organizadas no Brasil, ressalvados os direitos adquiridos das empresas estrangeiras já estabelecidas no país;
- deu ao Poder Público a possibilidade de exercer controle sobre as concessionárias de energia elétrica para assegurar serviço adequado, tarifas razoáveis e estabilidade financeira das empresas;
- estabeleceu que as tarifas seriam fixadas sob a forma de serviço pelo custo, levando em conta despesas para operação, reservas para depreciação e reversão, e a justa remuneração do investimento.

Três anos depois foi promulgada a Carta de 1937 que não trouxe muitas novidades com relação à anterior, mas proibia qualquer novo aproveitamento hidráulico por empresas estrangeiras, e as concessões somente seriam atribuídas a brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, no lugar de empresas somente organizadas no Brasil, como preceituava a Constituição anterior<sup>66</sup>.

Em 1939 foi criado o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE, e iniciou-se a unificação e regulamentação do setor. Os autores da obra Setor Elétrico comentam sobre este momento do setor:

Em 1939, o Decreto 1.699 criou o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), visando oferecer uma maior segurança no desenvolvimento da eletricidade. O CNAEE realizou, juntamente com a Divisão de Águas, do Departamento Nacional da Produção Mineral do Ministério da Agricultura, um trabalho de uniformização e fiscalização dentro do setor elétrico.<sup>67</sup>

A Constituição de 1946 trouxe mudanças significativas no tema, em especial sobre dois aspectos.

Primeiro, deu competência à União para instituir tributo setorial. Foi criado o Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE), utilizado para financiar parcela significativa dos investimentos públicos em energia elétrica, em um momento que a indústria estava progressivamente em um processo de estatização.

---

<sup>66</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Op. cit., p. 71-73.

<sup>67</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p.

E o outro aspecto foi a alteração da idéia de energia hidroelétrica para um termo geral energia elétrica no artigo 5º, inciso XV, item 1<sup>68</sup>. Neste sentido comenta Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO:

Ainda que se tenha mantido na senda aberta pela Constituição de 1934 – de regular o tema a partir de competência normativa e de outorga de títulos para exploração do potencial hidráulico –, a Constituição de 1946 aprofundou definitivamente a centralização, ao substituir as expressões restritivas “energia hidroelétrica” ou “hídrica” pelo termo genérico “energia elétrica”. Não chegou à generalidade do atual art. 22, inc. IV, mas resolveu a questão para a *energia elétrica* (...).<sup>69</sup>

Na década de 40, com o crescimento da população e dos processos de industrialização, bem como com o desenvolvimento da sociedade como um todo, o consumo de energia elétrica aumentou. A ocorrência de falta de energia também passou a ser maior, pois a produção de energia elétrica já não acompanhava mais a demanda, e no início dos anos 50 ocorreu o primeiro período de racionamento.<sup>70</sup>

Com isso foi necessário criar um aparato legal maior que o existente, e a partir de então foram promulgados o Decreto-lei nº 4.295, de 1942 para melhorar o aproveitamento e aumentar as disponibilidades de energia elétrica no país e o Decreto-lei nº 8.031, de 1945 que criou a Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF, sociedade de economia mista ligada ao Ministério da Agricultura.

Neste momento o Estado brasileiro passou a assumir o controle do setor, visto que este serviço passou a ser visto como essencial e que era necessário o monopólio estatal para que fosse garantido o abastecimento da população. Assim observam Clovis Alberto VOLPE FILHO e Maria Amália de Figueiredo Pereira ALVARENGA: “A demanda crescente por eletricidade e o crescimento dos sentimentos nacionalistas no país fizeram com que o Estado brasileiro assumisse o controle efetivo do setor, sob a argumentação de tratar-se de um monopólio natural e por ser um serviço público essencial à sociedade e ao desenvolvimento econômico nacional.”<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Art. 5º - Compete à União:

XV – legislar sobre:

1) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca.

<sup>69</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher, Op. cit., p. 74-75.

<sup>70</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p.

<sup>71</sup> Idem.

Geraldo Pereira CALDAS explica que para suprir esta escassez de energia elétrica foram constituídas as primeiras empresas na forma de sociedade de economia mista, como, por exemplo, a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE no Rio Grande do Sul, a Centrais Elétricas de Minas Gerais – Cemig em Minas Gerais e Furnas Centrais Elétricas – Furnas: “Para fazer face à escassez de energia, os governos federal e estaduais começaram a constituir suas próprias empresas sob a forma de sociedade de economia mista.”<sup>72</sup>

Neste período o Decreto n° 41.019 de 1957 foi um importante documento que consolidou a legislação vigente sobre os serviços de energia elétrica, em atendimento à determinação do Código de Águas, e estabeleceu as regras da fiscalização da administração<sup>73</sup>.

Com o monopólio do Estado sobre a exploração do serviço, e assumindo o papel de produtor de energia elétrica, foi criada a Eletrobrás em 1962, uma empresa idealizada por Getúlio Vargas em seu segundo mandato, mas aprovada somente no mandato do presidente João Goulart.<sup>74</sup>

A Eletrobrás alterou a estrutura do setor de energia elétrica, com expansão de sua capacidade instalada que foi executada pela própria Eletrobrás e pelas empresas estaduais instaladas no Brasil. Exemplo de empresas criadas de 1966 a 1975 são a Centrais Elétricas de São Paulo – CESP, Centrais Elétricas do Sul do Brasil – Eletrosul, Centrais Elétricas do Norte do Brasil – Eletronorte, e a Itaipu Binacional<sup>75</sup>.

Em 1965 foi organizado o DNAE – Departamento Nacional de Águas e Energia que substituiu a Divisão de Águas do Departamento de Produção Mineral, e no final de 1968 este órgão assumiu as funções do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, e passou a denominar-se DNAEE – Departamento Nacional de Energia Elétrica. Suas funções eram basicamente planejar, coordenar e executar os estudos hidrológicos, bem como a responsabilidade pela supervisão, fiscalização,

---

<sup>72</sup> CALDAS, Geraldo Pereira, Op. cit., p. 44.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 43-44.

concessão e controle dos aproveitamentos das águas e dos serviços de eletricidade.<sup>76</sup>

Com relação à Constituição de 1967, o artigo 8º, inciso XV<sup>77</sup>, alínea b, incluiu pela primeira vez a energia elétrica no rol de competências materiais da União Federal.

Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO comenta sobre este texto constitucional:

A Constituição outorgada, ainda que tenha mantido, na essência, as disposições anteriores, acrescentou-lhes uma fundamental inovação que tornou complexa a exegese constitucional das normas do setor elétrico e trouxe para o âmbito do Poder Público ainda mais competências.

É que, pela primeira vez em nossa história constitucional, a energia elétrica passou a fazer parte do rol de competências materiais da Constituição Federal.<sup>78</sup>

De 1967 a 1973 houve o aumento das tarifas acima da inflação e os recursos setoriais passaram a ser preponderantes para financiar a expansão do sistema elétrico. Os recursos eram compostos basicamente pelo Imposto Único sobre Energia Elétrica, as tarifas e empréstimo compulsório. Fora do setor também foram utilizados recursos de aportes dos governos federal, estadual e municipal e financiamento no país e no exterior em vista da grande liquidez do mercado financeiro internacional. Em 1971 foi criada a Reserva Global de Reversão – RGR, que além de compor fonte de recursos setoriais, foram utilizados para os casos de reversão e encampação dos serviços de energia elétrica.<sup>79</sup>

A década de 70 foi marcada pela crise do petróleo que era responsável por aproximadamente 43% da matriz energética brasileira. Mesmo com isso, o país investiu pesado em obras de infra-estrutura nos setores de energia e de transporte.<sup>80</sup> Foi nesta época a instalação da energia nuclear, quando o Governo Federal foi buscar parceria com a Alemanha para construção de Angra I e outras usinas.

---

<sup>76</sup> MARTINS, Lígia Maria Cabral *et alli* **Panorama do setor de energia elétrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro da memória da electricidade no Brasil, 1988. p. 199-200.

<sup>77</sup> Art. 8º Compete à União: (...)

XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: (...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;

<sup>78</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro. Op. cit., p.75-76.

<sup>79</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 47

<sup>80</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p. 40-41.

Com a expansão cresceu a dívida do setor e os recursos destinados a investimentos passaram a ser destinados ao pagamento do serviço da dívida o que resultou em dificuldades para manter o ritmo de expansão do sistema.

No ano de 1979 ocorreu mais uma crise do petróleo e a década de 80 começou com os reflexos da elevada inflação e de uma série de planos econômicos fracassados. Com isso o setor elétrico e suas regulamentações não progrediram, e apareceram os primeiros sinais da crise.

As empresas ficaram inadimplentes, pois não injetavam recursos estatais para novos investimentos, pela contenção tarifária utilizada como medida fracassada para a contenção da inflação.

Sobre o assunto, Geraldo Pereira CALDAS destaca que foram buscados recursos do exterior com o fim de equilibrar os pagamentos: “A partir de 1981, agrava-se a crise econômica no país. Neste contexto, o setor elétrico passa a ser ainda mais utilizado como instrumento de política econômica para conter a inflação, via contenção das tarifas, e para captar recursos no exterior visando o equilíbrio da balança dos pagamentos.”<sup>81</sup>

Com a busca de recursos no exterior, muitos projetos que não eram prioritários foram favorecidos, como no caso da energia nuclear. O sistema começou a quebrar, e por este motivo um novo modelo teve de ser pensado até alcançar a estrutura atual do setor elétrico<sup>82</sup>.

O modelo adotado até este momento foi de empresas que atuavam de forma verticalizada, nas atividades de transmissão, distribuição e geração, com monopólio em sua área de concessão e forte atuação estatal.

No âmbito federal, as empresas concessionárias eram responsáveis pela transmissão e geração e as empresas estatais cuidavam da distribuição e em alguns casos de geração e transmissão.

## 2.2 NOVA ESTRUTURA DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

O processo de estatização dos serviços essenciais começa a chegar ao seu fim depois das décadas de 70 e 80. Após este período, a onda neoliberal iniciada na

---

<sup>81</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 48

<sup>82</sup> Idem.

Inglaterra e nos Estados Unidos fez com que o processo de estatização revertesse.<sup>83</sup>

A Constituição de 1988 de certa forma reproduz esta mudança de estruturação, pois no Título da Ordem Econômica e Financeira estabeleceu o princípio da livre iniciativa, reservando ao Estado o papel normatizador, fiscalizador e regulador da atividade econômica.

Outra mudança ocorrida foi a substituição do IUEE pelo Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS de competência dos estados-membros.

O texto específico sobre o setor elétrico está disposto no artigo 21, inciso XII, alínea “b”, conforme segue:

Art. 21. Compete à União: (...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

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

Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO comenta que de todos os textos já inseridos nas constituições brasileiras, este foi o que tratou de forma mais ampla e profunda do tema da energia elétrica:

Dentre todos, esse é o dispositivo que mais ampla e profundamente cuidou das atividades ligadas à produção e oferecimento da utilidade energia. Com efeito, enquanto os demais cuidam de aspectos específicos (questões relacionadas à exploração do potencial hidráulico, aspectos tributários e econômicos, etc.) ou que ultrapassam a indústria *elétrica*, este a alcança em toda a sua extensão: “serviços e instalações de energia elétrica”, além de “aproveitamento energético dos cursos d’água”.<sup>84</sup>

A década de 90 representou uma nova perspectiva para a prestação dos serviços públicos no Brasil, caracterizada pela alteração do papel do Estado de provedor do serviço para formulador de políticas públicas e regulador setorial.

O Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990 foi implementado pelo governo Collor e acelerado no governo de Fernando Henrique Cardoso. A referida lei foi alterada pela Lei n° 9.941, de 09 de setembro de 1997, que dentre outros temas, estabeleceu as diretrizes da reordenação do papel do Estado na economia, com a transferência da execução de

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>84</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Op. cit., p. 81-82.



atividades indevidamente exploradas pelo Poder Público para a iniciativa privada. Com isso a Administração Pública passou a concentrar seus esforços nas atividades em que a presença do Estado é imprescindível, de forma a permitir a consecução das prioridades nacionais.

Sobre o assunto Clovis Alberto VOLPE FILHO e Maria Amália de Figueiredo Pereira ALVARENGA comentam em sua obra: “O Brasil começou a navegar em mar liberal no começo da década de 90. Neste período foi criado o Programa Nacional de Desestatização, que certamente é um dos marcos na história do país, em face desse novo período do setor elétrico.”<sup>85</sup>

No setor elétrico o PND incluiu na privatização as empresas de geração e distribuição de eletricidade controladas pela Eletrobrás. Exemplo disso foi a cisão da Eletrosul, tendo privatizado seu parque gerador, e assumido somente a transmissão até 2004, quando foi novamente autorizada a exploração de geração pela empresa passou a ser denominada Tractebel. No estado de São Paulo, a CESP foi cindida em três empresas de geração e uma de transmissão. Destas, a Tietê e a Paranapanema, de geração, foram privatizadas e permaneceram públicas a CTEEP de transmissão e uma com nome de CESP de geração.<sup>86</sup>

Basicamente no setor elétrico a reestruturação consistiu na privatização dos ativos de geração, tendo o Estado assumido o papel de regulador e formulador de políticas, de forma a permitir a entrada de capital privado para fins de expandir o sistema. Neste sentido, destaca Geraldo Pereira CALDAS:

Desta forma, no Brasil, o que vinha direcionando a reestruturação do modelo do setor elétrico eram as decisões políticas do governo federal no sentido da saída do Estado da posição de principal empresário do setor, a privatização dos ativos de geração e distribuição federais e a indução à adoção da política de privatização pelos estados com relação às suas respectivas empresas de energia elétrica. Com o modelo institucional então proposto, o governo optou por ser formulador de políticas e regulador setorial, transferindo para os agentes econômicos privados os próprios ativos atuais, assim como a responsabilidade pela expansão do sistema.<sup>87</sup>

Neste contexto, o setor elétrico foi reestruturado, e no plano legal esta modificação começou com a promulgação da Lei n° 8.987 de 1995 que trata das

---

<sup>85</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p. 45.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 52.

concessões de uma forma geral e a Lei n° 9.074 de 1995 que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos e em seu capítulo II trata especificamente dos serviços de energia elétrica.

As principais alterações trazidas com estas leis foram: a desverticalização das empresas, a competição na geração e na comercialização; licitação dos novos empreendimentos; a criação da figura do Produtor Independente de Energia; o livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão e a liberdade de determinados consumidores escolherem seus fornecedores de energia.

O autor supracitado<sup>88</sup> observa que além da privatização, uma reformulação institucional vinha sendo parcialmente implementada, com o objetivo de promover a competição em um setor em que antes as tarifas eram fiscalizadas pelo governo.

Com isso, a produção de energia elétrica deixou de funcionar em regime monopolista, e nas atividades em que o monopólio permaneceu, esperava-se promover a eficiência das companhias mediante uma fiscalização rigorosa.

Clovis Alberto VOLPE FILHO e Maria Amália de Figueiredo Pereira ALVARENGA ao discorrer sobre o assunto resumem no que consistiram as ações do governo no setor elétrico: “Em outras palavras o modelo foi baseado em: desverticalização da indústria, distinguindo-se segmentos monopolistas (transmissão e distribuição) e não-monopolistas (geração e comercialização). Era o primeiro segmento totalmente regulado e o segundo, independente, variando conforme as regras e condições do mercado.”<sup>89</sup>

Toda a reforma realizada foi subsidiada pela pesquisa da consultoria britânica *Coopers e Lybrand* que possuía o seguinte *slogan*: “*competição onde possível, regulação onde necessário*”.<sup>90</sup>

Diante desta nova configuração foi editada a Lei n° 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – que absorveu as funções do DNAEE –, constituída como autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com o papel de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Dentro da proposta da reestruturação da atuação do Estado, a ANEEL atua

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 53-54

<sup>89</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto e ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p.46.

<sup>90</sup> Idem.

como representante do Poder Público e exerce a função reguladora e fiscalizadora, por meio da edição de resoluções e outras normas que devem ser observadas pelos agentes de mercado.

Como a energia elétrica passou a ser considerada como uma mercadoria vislumbrou-se a necessidade da criação, além de uma agência reguladora, de um operador nacional e de um controlador deste mercado aberto<sup>91</sup>, foi o que fez a Lei n° 9.648, de 27 de maio de 1998, que alterou dispositivos das Leis n° 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, e determinou a reestruturação da Eletrobrás e de suas subsidiárias, criou o Operador Nacional do Sistema – ONS e o Mercado Atacadista de Energia – MAE, substituído posteriormente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Cabe citar também a Lei n° 8.666 de 1993 que é aplicável para os procedimentos licitatórios a serem observados nas concessões e permissões de serviços públicos. Especificamente o artigo 2° da Lei n° 8.987 de 1995 prevê que concessões e permissões serão necessariamente precedidas de licitação, e o inciso II deste mesmo artigo dispõe que a licitação no caso da concessão se dará na modalidade concorrência.

Assim como a indústria da energia elétrica, as telecomunicações, a água e o gás apresentam algumas características em comum. Além de serem serviços públicos estes serviços dependem de uma rede monopolista, para chegar até os consumidores finais.<sup>92</sup>

Este modelo construído durante o governo FHC foi alvo de inúmeras críticas, depois de ocorrido o racionamento e alguns blecautes não explicados. Foi considerado privatista e deixou como herança altas tarifas para os consumidores e um serviço de distribuição que não atendia às necessidades dos consumidores.<sup>93</sup>

### 2.3 O MARCO REGULATÓRIO ATUAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Ocorrida a crise e o racionamento que afetou o sistema elétrico em 2001, vislumbrou-se a necessidade de revisão do Modelo anteriormente proposto.

---

<sup>91</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>92</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 55-56.

<sup>93</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit., p.

Quando assumiu o poder, Luiz Inácio Lula da Silva passou a tomar as medidas necessárias para a reestruturação do setor elétrico. Clovis Alberto VOLPE FILHO e Maria Amália Figueiredo Pereira ALVARENGA destacam os trabalhos realizados à época:

Desta forma, em fevereiro de 2003, o Ministério de Minas e Energia (MME) criou um grupo de trabalho visando elaborar uma proposta de reformulação das regras vigentes. Daí resultou a “Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico”, divulgada pelo MME para debate público.

Após ampla discussão e algumas alterações, os instrumentos legais foram encaminhados para o Presidente da República, que editou duas Medidas Provisórias (144 e 145), as quais foram convertidas em leis posteriormente (Leis 10.848/04 e 10.847/04).<sup>94</sup>

Com a Lei n° 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, esta nova orientação foi seguida e a principal diferença com a lei anterior é considerar a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica como etapas integradas da prestação de um serviço público, conforme determina a Constituição Federal, de forma a atribuir tratamento à energia elétrica como outro bem de consumo oferecido no mercado.

O novo modelo proposto pela Lei n° 10.848 de 2004 teve por objetivo criar os incentivos necessários ao investimento na expansão do setor de energia elétrica e a garantia de tarifas módicas.

Foi baseado no aprimoramento do modelo construído entre 1995 e 1998, com a desverticalização da indústria em um segmento monopolista, totalmente regulado pelo Estado, contemplando a exploração dos serviços de transmissão e distribuição; e o não monopolista, que varia de acordo com as regras e condições do mercado, com a prestação dos serviços de comercialização e geração<sup>95</sup>.

Com as alterações legais foram incluídos dois novos ambientes para a comercialização ou a contratação de energia elétrica, o Ambiente de Contratação Regulada – ACR e o Ambiente de Contratação Livre – ACL.

Basicamente, no novo panorama do mercado os agentes que fazem parte do setor são as que seguem<sup>96</sup>:

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>95</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 57-58.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 62-79.

1. a agência reguladora, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, dentre outras funções;
2. o Operador Nacional do Sistema – ONS, que atua na coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, mediante autorização da ANEEL;
3. a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que é responsável por viabilizar a comercialização de energia entre os agentes de mercado. É uma associação civil, sem fins lucrativos que atua sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela ANEEL;
4. a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, vinculada a Ministério de Minas e Energia, com a incumbência de desenvolver os estudos para que o Ministério possa realizar o planejamento energético;
5. o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletro energético em todo o território nacional;
6. as empresas de geração, que são as concessionárias, produtores independentes e autoprodutores;
7. as concessionárias de transmissão;
8. as concessionárias de distribuição;
9. os comercializadores, importadores/exportadores; e
10. os consumidores de energia elétrica, podendo ser consumidores livres que compram energia elétrica no ACL – Ambiente de Contratação Livre ou cativos que compram energia elétrica no ACR – Ambiente de Contratação Regulada.

As concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN estão submetidas ao Ambiente de Contratação Regulada – ACR, conforme estabelece o artigo 2º da Lei nº 10.848 de 2004, sendo que a contratação deve ser de forma regulada mediante licitação pelos leilões de compra, salvo exceções, como no caso de permissionárias que comercializam menos de 500GWh ao ano. As contratações são formalizadas mediante a celebração de contratos bilaterais denominados de Contrato de Comercialização de Energia no Mercado Regulado – CCEAR.

Sobre esta mudança, Geraldo Pereira CALDAS comenta que as distribuidoras foram obrigadas a contratar a totalidade de sua carga no ambiente regulado, ficando os geradores, comercializadores e importadores autorizados a atuar nos dois ambientes:

Com a reformulação, a comercialização de energia elétrica passou a dar-se nos ambientes de comercialização regulada e livre e as concessionárias de distribuição a obrigatoriamente contratar 100% de suas necessidades no mercado regulado. Os agentes geradores, comercializadores e importadores passaram a poder atuar tanto no mercado regulado como no mercado livre.<sup>97</sup>

De outro lado, há a possibilidade da livre contratação de energia elétrica, restrita ao Ambiente de Contratação Livre – ACL, entre os agentes concessionários e autorizados de geração, os comercializadores e importadores de energia elétrica e os denominados consumidores livres.<sup>98</sup>

O consumidor livre que é aquele que tem a opção de escolher seus fornecedores de energia elétrica entre produtores independentes, autoprodutores com venda de excedente, concessionárias com geração ou distribuidora local. Os artigos 15 e 16 da lei 9.074 de 1995 tratam das opções de compra de energia elétrica por parte dos consumidores.

No ano da entrada em vigor da lei, desde que respeitados os contratos existentes, os consumidores atendidos em tensão maior ou igual a 69 kV, com demanda maior ou igual a 10 MW, podiam optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica, conforme *caput* do artigo 15 da lei 9.074 de 1995. Três anos depois, a opção destes consumidores foi estendida a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado, de acordo com o disposto no § 1º do mesmo artigo.

A partir de 07 de julho de 2000, o limite de demanda para a livre escolha do fornecedor baixou para maior ou igual a 3 MW com o limite de tensão de 69 kV, por força do disposto no § 2º do artigo 15 da lei 9.074 de 1995.

O artigo 16 da lei 9.074 de 1995, estabeleceu a livre escolha do fornecedor de energia elétrica aos novos consumidores; assim entendidos aqueles que

---

<sup>97</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>98</sup> Os artigos 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 07/07/1995 estabelecem os requisitos para o consumidor adquirir energia elétrica no ACL.

iniciaram as suas atividades após a entrada em vigor da lei, com carga superior a 3 MW, atendidos em qualquer tensão.

O Decreto n° 5.163 de 30 de julho de 2004 regulamentou a comercialização de energia elétrica nos mercados regulado e livre e o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração, comercialização e importação de energia elétrica.

As alterações na legislação infraconstitucional fizeram com que houvesse alterações significativas no regime de prestação de determinados serviços públicos. Este fato fez com que surgissem diversas discussões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o assunto. Neste sentido Carlos Ari SUNFELD discorre:

Não há dúvida de que o regime jurídico de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova compostura diante das inovações trazidas pelas leis infraconstitucionais, que, indubitavelmente, estão acarretando muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em especial diante da possibilidade ou não da compatibilidade das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro.<sup>99</sup>

O autor observa que no caso da energia elétrica, ter um ambiente competitivo torna-se complexo, pois o parque gerador do país é constituído por cerca de 90% de usinas hidrelétricas que exigem operação coordenada para otimização dos recursos hídricos, o que não aconteceria se a produção fosse predominantemente térmica. Passa então a ressaltar o papel fiscalizador do Estado: “Vê-se, portanto, que a presença do Estado é necessária neste ambiente, se não como agente econômico, seguramente com maior intensidade como agente regulador e fiscalizador do que o fazia no modelo anterior a 1995, sob pena de graves danos para o interesse coletivo.”<sup>100</sup>

O novo modelo do Setor Elétrico incluiu novas figuras e também inovou na configuração jurídica dos agentes que atuam neste mercado. A divisão do mercado em um segmento monopolista e um não monopolista incluiu a atuação do particular em determinados segmentos do mercado e este fato causou grandes discussões jurisprudenciais, conforme será adiante exposto.

---

<sup>99</sup> SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71.

<sup>100</sup> CALDAS. Geraldo Pereira. Op. cit., p. 56.

### 3 O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

A Constituição Federal fala especificamente do serviço de energia elétrica no artigo 21, inciso XII, b, ao estabelecer que compete à União explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

É neste sentido que a doutrina insere os serviços de energia elétrica como serviços públicos por determinação constitucional, vez que a Constituição Federal ao definir as competências dos entes federados, atribuiu à União a titularidade de explorar os serviços de energia elétrica.

Veja-se o que dispõe Hely Lopes MEIRELLES:

1.4.1 *Competência da União – A competência da União em matéria de serviço público abrange os que lhe são *privativos*, enumerados no art. 21, e os que são *comuns*, relacionados no art. 23, que permitem a atuação paralela dos Estados-membros e Municípios. Dentre os primeiros cabe destacar a defesa nacional (inc. III); a polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inc. XXII); a emissão de moeda (inc. VII); o serviço postal (inc. X); os serviços de telecomunicações em geral (incs. XI e XII); **de energia elétrica (inc. XII, “b”); (...).**<sup>101</sup>*

Assim também prevê Celso Antônio Bandeira de MELLO:

A Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público Federal, Serão, pois, *obrigatoriamente serviços públicos* (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas.

No que concerne à esfera federal, é o que se passa com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, da Constituição), com os serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora – isto, é, rádio – e de sons e imagens – ou seja, televisão, **serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água, (...).**<sup>102</sup>

Por fim, cumpre ainda dispor o posicionamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “Na constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos **exclusivos**, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, x), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, **energia elétrica**, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º).”<sup>103</sup>

<sup>101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 332.

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 686.

<sup>103</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p. 124.



No caso do serviço público de energia elétrica, não há dúvidas de que a atividade necessita da intervenção estatal para garantir o interesse público. Não por menos que a Constituição Federal no artigo 21 estabelece como serviço público os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água.

Muito embora não haja dúvidas quanto à caracterização do serviço de energia elétrica como serviço público, a nova estrutura do Setor Elétrico tem admitido que determinadas atividades relacionadas à energia elétrica sejam exploradas sob a configuração de atividade econômica em sentido estrito, conforme se verá a seguir.

### 3.1 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

Neste último capítulo optou-se por desenvolver o tratamento da energia elétrica como serviço público e atividade econômica em sentido estrito em um mesmo tópico para facilitar o entendimento do que se pretende expor.

A energia elétrica foi considerada ao longo do século XX como modelo de excelência de serviço público. Era caracterizada como monopólio natural e ofertada por um preço inferior uma vez que existia apenas um fornecedor. Mas a atividade envolvia aplicação intensiva de capital e somente havia viabilidade econômica em situações de economia de escala<sup>104</sup>. Mas a realidade mudou, devido ao progresso científico ocorrido nas últimas décadas, considerando também as alterações legislativas já citadas neste trabalho:

O modelo econômico de oferta da utilidade “energia elétrica” foi construído a partir da idéia de ciclo completo, em que uma única e mesma empresa dominava todas as atividades pertinentes (desde a geração até a comercialização de energia). Mas o progresso científico, ao longo das últimas duas décadas, propiciou alteração radical. Novas tecnologias permitem a geração de energia por processos muito mais baratos e com elevadíssima eficácia. Há plena possibilidade de competição no plano da geração de energia.<sup>105</sup>

Conforme já detalhado aqui neste trabalho, quando se analisa o regime jurídico em que as atividades são prestadas no modelo institucional do setor de energia elétrica, pode se dizer que as funções de comercialização e geração são em

---

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p.17

<sup>105</sup> Idem.

parte desenvolvidas e prestadas sob o regime jurídico de direito privado, em um ambiente competitivo, e as funções de transmissão e distribuição são submetidas ao regime de direito público, monopólio estatal, com tarifas reguladas pelo Estado.

Neste sentido observa Geraldo Pereira CALDAS, sobre o regime jurídico da prestação do serviço público de energia elétrica:

No caso da energia elétrica, conforme o modelo institucional do setor, nas funções de geração e comercialização, há um forte componente de direito privado, ensejando a competição no oferecimento ao mercado do bem energia. Já nas funções de transmissão e distribuição, essencialmente prestação de serviços, é preponderante o regime de direito público, com tarifas reguladas pelo Poder Público. Em qualquer destas funções, entretanto, deve estar presente o regime de serviço público.<sup>106</sup>

Ainda sobre esta questão, na atual perspectiva do setor elétrico a infraestrutura do sistema caracteriza-se como monopólio natural, ou seja, os sistemas de transmissão e distribuição são explorados pelo Estado, com tarifas reguladas, como já se observou. Mas Marçal Justen FILHO assevera que embora haja este monopólio, deve-se assegurar a opção da competição devendo o Estado permitir o acesso ao sistema de sua titularidade, conforme segue: “O monopólio acerca da infra-estrutura não afasta a possibilidade de competição, impondo-se ao particular dessa infra-estrutura um dever de permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) de competidores a esse conjunto de bens.”<sup>107</sup>

É também o que dispõe o artigo 2º do Decreto nº 2.655 de 1998<sup>108</sup>, que prevê que as atividades de geração e comercialização deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados, livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição desde que paguem os encargos correspondentes e atendam as condições gerais estabelecidas pela ANEEL.

Sobre este assunto, Carlos Ari SUNFELD discorre que cada atividade do setor de energia elétrica pode ser realizada por prestadores diferentes. No caso da geração, observa que pode exercer a atividade tanto o concessionário de serviço público de energia elétrica quanto o produtor independente. O autor entende que a

---

<sup>106</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 86.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 33.

<sup>108</sup> Art 2º As atividades de geração e de comercialização de energia elétrica, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e nas condições gerais estabelecidas pela ANEEL.

Lei nº 9.074 de 1995 em seu artigo 11<sup>109</sup> reconhece a existência de dois regimes jurídicos distintos na prestação do referido serviço. Veja-se: “Um é serviço público, prestado por meio de concessão e, conseqüentemente com todas as obrigações que deste regime se originam; o outro é atividade privada, submetida ao princípio da livre iniciativa, exigindo apenas uma concessão de uso de bem público para aproveitamento do potencial hidrelétrico, a partir do qual produzirá energia elétrica.”<sup>110</sup>

Esclareça-se que aqui não se fala em serviço público de energia elétrica prestado em regime jurídico de direito privado, mas sim em atividades que são prestadas em um regime de direito público e, portanto, submetido a todas as restrições deste regime e outras que são prestadas sob o regime de direito privado, pois atuam em um mercado competitivo e visam ao lucro, atendendo às normas de mercado e sob fiscalização do Estado.

Sobre esta questão, Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO deixa bem claro este limite, ao tratar da dicotomia entre a expressão serviço público e atividade econômica em sentido estrito no caso da energia elétrica:

(...) por força da dicção do art. 21, inc. XII, “b”, *não é possível* entender-se haver serviços de energia de livre iniciativa; uma vez delimitado o âmbito dos serviços e instalações de energia elétrica, o que for aí incluído é competência estatal federal. Essas tarefas foram reservadas à União com exclusividade, como *competências públicas* (monopólio jurídico, com execução delegável). Por outro lado, *não é necessário* considerá-las, só por isso, como serviços públicos, submetidas a um pronto e acabado regime jurídico substancialmente impermeável à competição e ao regime de direito privado. Respeitado o mínimo jurídico que decorre do fato de serem competências pública, o legislador tem ampla margem de conformação da atividade, atendendo às suas peculiaridades técnicas e econômicas, podendo ou não, inclusive, considerá-las como serviço público.<sup>111</sup>

Importante retomar fato já exposto neste trabalho sobre a noção de serviço público. Marçal Justen FILHO assevera esta varia de acordo com as características

---

<sup>109</sup> Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão.

<sup>110</sup> SUNFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 70.

<sup>111</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Op. cit., p. 111-112.

de um determinado ordenamento jurídico em um determinado momento histórico e por este motivo não é possível formular um conceito genérico com validade universal<sup>112</sup>. Isto atribui uma relatividade à noção de serviço público.

Ao discorrer sobre o requisito para que uma atividade indicada na Constituição seja considerada como serviço público, Marçal JUSTEN FILHO utiliza a energia elétrica como exemplo.

Primeiramente o autor defende que uma atividade é submetida ao regime de serviço público somente quando houver oferta de utilidades destinadas à satisfação de necessidades direta e imediatamente ligadas à dignidade da pessoa humana ou a finalidades políticas essenciais.

Passa então a descrever que pelo atual estágio histórico e cultural, a ligação de cada residência à rede de energia elétrica reputa-se como indispensável à dignidade da pessoa humana para assegurar o acesso a utilidades fundamentais.

Assim como no caso das telecomunicações, água e gás, a energia elétrica depende de uma rede para alcançar os consumidores finais, com características monopolistas no oferecimento de produtos na forma competitiva.

Mesmo que a infra-estrutura necessária para o atendimento desta prestação configure serviço público, o autor defende que não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração de energia elétrica será caracterizada como serviço público.

É o caso anteriormente citado do autoprodutor e do produtor independente de energia elétrica, em que o produtor tem a possibilidade de comercializar a energia elétrica gerada. O autor defende então que neste caso, a atividade passa a ser configurada como atividade econômica em sentido restrito. Veja-se:

“Seria ou não possível que o produtor de energia elétrica pretendesse “comercializar” a energia por ele próprio produzida? A resposta se afigura como positiva, na medida em que se mantenha a tese de que essa atividade será configurada como atividade econômica em sentido restrito se não estiverem presentes os pressupostos da existência de serviço público. (...) Voltando ao caso da energia elétrica, as considerações acima conduzem a reconhecer a impossibilidade de o Estado omitir a estruturação de um sistema de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Mas, uma vez existindo essa estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de direito privado, submetendo-as ao regime da atividade econômica em sentido restrito”.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 17.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

Assim sendo, com base na análise da legislação e de posicionamentos doutrinários que já se mostram favoráveis a esta idéia, é possível afirmar que por mais que exista uma estrutura monopolista para assegurar o transporte da “mercadoria” energia elétrica, a atividade de geração já se vislumbra como passível de desenvolvimento sob o regime da atividade econômica em determinados casos. Esta prestação se dá de forma competitiva, com preços determinados pelo mercado e não mediante tarifas reguladas. Esta prática se mostra aceitável pela legislação atual do mercado e dentro da linha do objetivo da expansão dos potenciais energéticos do país com a inserção do capital privado e a garantia de tarifas módicas.

Após estas reflexões sobre o tema, necessário se faz analisar os institutos da concessão, permissão e autorização de energia elétrica para definir o enquadramento de cada atividade (distribuição, transmissão, geração e comercialização) no regime jurídico de direito público ou de direito privado.

### 3.2 FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA: CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO

Tendo visto que pelo artigo 21, inciso XII, b da Constituição Federal o serviço público de energia elétrica é de titularidade da União, e que é permitida a delegação destas prestações mediante concessão, permissão e autorização, passa-se a analisar o regime jurídico de cada uma delas.

Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO destaca que os serviços aqui referidos são realizados originariamente pela União, que pode transferir a terceiros apenas o exercício da atividade e explica:

Por se tratar de delegações de competência pública, há um núcleo publicístico mínimo presente tanto na concessão, quanto na permissão e na autorização.

Esse núcleo não se confunde com o *regime do serviço público*. Se a autorização, a concessão e a permissão são delegações, não o são, obrigatoriamente, *de serviços públicos*; não o será de certo a autorização e não devem sê-lo, sempre, a concessão e a permissão. O serviço público é sempre uma atividade que compete ao Estado realizar, mas o que o marca especificamente é a *disciplina jurídica* que essa atividade toma, a qual lhe é imputada pelo legislador originário.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Op. cit., p. 156.

Não se pode afirmar que o Estado deixou de ser titular, nem responsável por prestar e oferecer os serviços de energia elétrica, pois no caso de a prestação pelo delegado não estiver sendo satisfatória, o mesmo pode rever para si o dever de prestar a atividade. Assim defende o autor: “Com isso, também lhe assegurou a possibilidade de retomar o serviço quando, por opção política devidamente incorporada no direito positivo, assim o entender (o que não seria possível, fosse a atividade apenas “regulada”).”<sup>115</sup>

Na prestação do serviço público de energia elétrica, se visualiza a concessão de serviço público para as prestadoras do serviço de transmissão e distribuição de energia elétrica, que após processo licitatório possuem sua área de concessão definida em contrato administrativo com prazo determinado, na forma do artigo 4º, § 2º e §4º da lei nº 9074 de 1995.

Neste caso a prestação de serviço é remunerada mediante tarifas pagas pelos próprios usuários do serviço de acordo com os valores determinados pelo Estado, representado neste caso pela ANEEL. É claro nesta hipótese que o interesse público se encontra presente, e que a atividade é puramente submetida ao regime jurídico de direito público.

Esta hipótese é a de delegação a um particular da execução de um serviço público na forma do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, conforme anteriormente visto. Os autores do livro Setor Elétrico tratam desta questão: “Esta execução pode tomar a forma de concessão quando o Estado delega ao particular a execução de um serviço, mediante um “*contrato de ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, cumulativo e realizado intuitu personae*”, assumindo o particular todas as contas e riscos, tendo como remuneração as tarifas pagas pelos usuários.”<sup>116</sup>

Pode-se dizer que estas atividades são consideradas como serviço público, e, portanto, submetidas ao regime jurídico de direito público.

Marcos Juruena Villela de SOUTO esclarece que os serviços de energia elétrica correspondem às etapas de geração, transmissão e distribuição, e que estes

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>116</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. Op. cit, p. 71.

dois últimos por utilizarem os sistemas e redes públicas, e envolverem o consumidor, inicialmente seriam considerados serviços públicos: “Os serviços de energia elétrica compreendem três etapas, a saber, a geração, a transmissão e a distribuição; somente a segunda e a terceira etapas, que utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem o consumidor é que, inicialmente, seriam considerados serviços públicos.”<sup>117</sup>

Além das concessões outorgadas para desenvolver as atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, é importante explorar as concessões para geração de energia elétrica que apresentam características e um regime jurídico diferenciado.

As concessões para geração de energia elétrica têm o prazo necessário para a amortização dos investimentos e podem vigorar por até trinta e cinco anos, de acordo com o disposto no § 2º e § 9º do artigo 4º da Lei nº 9074 de 1995, sendo que para as outorgadas antes de 11 de dezembro de 2003, o prazo pode ser prorrogado por até 20 (vinte) anos a critério do Poder Concedente.<sup>118</sup>

No caso da transmissão e distribuição, o § 3º do artigo 4º estabelece que o prazo estabelecido para as concessões outorgadas após a Lei nº 9074 de 1995 também é o necessário para amortizar os investimentos e limitado a trinta anos, podendo ser prorrogado por no máximo o mesmo período, desde que seja requerido pelo concessionário até trinta e seis meses antes da data final de vigência do contrato.<sup>119</sup> Para as concessões outorgadas anteriores às leis nº 8.987/1995 e 9.074/1995, a renovação é por vinte anos.

No que diz respeito a atividade de geração, Marcos Juruena Vilela SOUTO assim dispõe: “A geração (produção) de energia pode ser feita tanto pelo

---

<sup>117</sup> SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 109-110.

<sup>118</sup> Art. 4º (...)

§ 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos. (...)

§ 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória no 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.

<sup>119</sup> § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.

concessionário de serviço público como pelo produtor independente e pelo autoprodutor de energia elétrica, os quais recebem uma concessão de uso de bem público, com fundamento no art. 20, VII, c/c 176, § 1º, e não no art. 175, CF”.<sup>120</sup>

Comenta ainda o autor que o produtor independente tem na energia elétrica a sua mercadoria, e o consumidor pode ser tanto o concessionário de serviço público como o consumidor final, e o autoprodutor tem a energia elétrica como insumo de sua atividade (caso não comercialize seus excedentes). Conclui o autor que sendo a produção de energia uma atividade econômica, e tendo em vista o princípio da livre iniciativa e em consequência os princípios da subsidiariedade e da abstenção, a execução dos serviços pelo setor público deve apenas ser feita em caráter complementar ao da iniciativa privada em atendimento ao artigo 173 da Constituição Federal<sup>121</sup>.

Pela Lei nº 9.074, de 1995, artigo 5º, são objeto de concessões, mediante licitação, os aproveitamentos de potenciais hidráulicos:

I – de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superiores a 5.000 kW, destinados à execução de serviço público;

II – de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;

III – de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo do autoprodutor, neste caso concessão de uso de bem público.

A lei nº 9.047 de 1995 em seu artigo 11 define o produtor independente como “a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco”.

O produtor independente pode comercializar a energia produzida sob a submissão às regras de comercialização livre ou regulada. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 9074 de 1995, alterada pela Lei nº 10.848 de 2004.

O Decreto nº 2.003 de 1996 define em seu artigo 2º o autoprodutor de energia elétrica como: “a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em

---

<sup>120</sup> SOUTO, Juruena Villela. Op. cit., p. 109-110.

<sup>121</sup> Idem.



consórcio que recebem concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo”.

Importante ressaltar que o autoprodutor pode comercializar o excedente de sua geração que não for utilizado, mediante obtenção de autorização de venda de excedente junto à ANEEL.

O produtor independente desenvolve a produção de energia elétrica para comercialização, que poderá ser feita para um concessionário de serviço público, um comercializador ou o próprio consumidor final.

Já a concessão dada ao concessionário de serviço público é para que o mesmo desenvolva a atividade de geração para o atendimento dos seus consumidores finais, localizados em sua área de concessão.

Diante destes conceitos verifica-se que a destinação da geração de energia elétrica no caso do autoprodutor e do produtor independente que não comercializa no ambiente de contratação regulado, não é diretamente para o atendimento do interesse público, diferente do caso do concessionário que exerce a atividade para atendimento direto aos seus usuários mediante a cobrança de tarifas reguladas.

O concessionário de serviço público que explora a atividade de geração de energia elétrica é remunerado diretamente pelos usuários do serviço público pelas tarifas reguladas pelo Estado, o que caracteriza a submissão desta atividade, neste caso, ao regime de direito público.

Neste sentido, Geraldo Pereira CALDAS bem descreve: “A usina é considerada de serviço público quando sua produção se destina a suprir o mercado de consumidores cativos, sob o regime de serviço público, com tarifas reguladas pelo Poder Público.”<sup>122</sup>

Sobre esta questão Marcos Juruena Vilela SOUTO conclui que a geração pelos concessionários de serviço público remunerados mediante tarifa deve ser feita apenas em caráter complementar ao da iniciativa privada, em atendimento ao artigo 173 da Constituição Federal, e sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos do § 1º do referido artigo. Isso porque no novo modelo proposto, a geração de energia elétrica passou a ser uma atividade econômica.

---

<sup>122</sup> CALDAS, Geraldo Pereira. Op. cit., p. 166.

Já o autoprodutor que vende os seus excedentes de geração e o produtor independente que comercializa a energia elétrica gerada não estão submetidos às tarifas reguladas pelo Poder Público, motivo pelo qual podem livremente estabelecer preços de venda da energia elétrica gerada. Por este fato, pode-se dizer que estes agentes estão submetidos ao regime jurídico de direito privado.

No caso do Setor Elétrico não se vislumbra espaço para a permissão no caso de exploração de potenciais hidráulicos ou de usinas termelétricas. Neste sentido, Geraldo Pereira CALDAS dispõe: “Considerando que os empreendimentos do setor elétrico, como a construção de usinas geradoras e de linhas de transmissão, sempre envolverão recursos vultosos, pode-se concluir que, nestes casos, não há espaço para a permissão.”<sup>123</sup>

O autor dispõe que a Lei 9.074/95 só contempla, ao tratar das diversas classes de empreendimentos do setor elétrico, a adoção da concessão ou da autorização, mas há uma exceção no caso de permissão para distribuição, quando se trata das cooperativas rurais.

A respeito das autorizações, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO defende em sua obra que embora haja outros doutrinadores que não aceitem a autorização para a prestação de serviço público, este instituto passou a ser utilizado, em particular no setor de energia elétrica.<sup>124</sup>

Porém esta questão deve ser analisada com cautela. É o que faz Marçal JUSTEN FILHO, ao observar que a expressão autorização é incompatível com a existência de um serviço público e se fala em autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, vejamos:

Insista-se em que não se confundem com os serviços públicos as atividades econômicas (em sentido estrito) sujeitas a autorização. São atividades cujo desempenho cabe aos particulares, subordinado a prévia autorização governamental, tal como previsto no art. 170, parágrafo único, da CF/88. Nesses casos, existem características especiais na atividade econômica, do que resulta um controle estatal mais intenso. A autorização não transforma a natureza da atividade, que continua a ser privada, submetida ao regime correspondente.<sup>125</sup>

No caso da energia elétrica a Lei nº 9.074 de 1995 dispõe especificamente sobre quais as atividades são objeto de autorização, em seu artigo 7º. São elas:

---

<sup>123</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 45-48.

I – a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinadas ao uso exclusivo do autoprodutor;

II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW destinados ao uso exclusivo do autoprodutor.

Há ainda a possibilidade de aproveitamentos de potenciais hidráulicos com potência igual ou inferior a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW exercerem a geração de energia elétrica, dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo somente serem comunicados ao poder concedente.<sup>126</sup> Esta possibilidade decorre do dispositivo constitucional do artigo 176, § 4º que dispõe não depender de autorização ou concessão o aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

A atividade de comercialização de energia elétrica também é exercida mediante autorização e regulamentada pela Resolução nº 265, de 13 de agosto de 1998.

O artigo 26 da Lei nº 9.427, de 1996 dispõe que cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar a compra e venda de energia elétrica por agente comercializador. Referido artigo prevê também que a importação e a exportação de energia elétrica dependem de autorização do Poder Concedente, e que a atividade inclui a implantação dos sistemas de transmissão associados pelo importador e/ou exportador.

Os comercializadores são pessoas jurídicas criadas com este fim exclusivo para exercício de suas atividades no mercado de livre negociação. Estes agentes podem comprar, importar, exportar e vender energia elétrica a outros comercializadores, ou a consumidores que tenham a livre escolha de seu fornecedor.

A autorização da ANEEL para estes fins vigora pelo prazo de vinte anos, e pode ser revogada por solicitação do agente ou por infringência às normas do setor elétrico.

---

<sup>126</sup> Lei 9.074 de 1995, Art 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.

#### 4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Para fins de regulamentar o novo modelo do setor elétrico, foi editada a Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, objeto de grande questionamento quanto à sua constitucionalidade, posteriormente convertida na Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004.

Foram impetradas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a referida Medida Provisória, que ainda encontram-se pendentes de julgamento, a ADI nº 3.090, pelo Partido Social da Democracia Brasileira – PSDB e a ADI nº 3.100, pelo Partido da Frente Liberal – PFL.

Desde 21 de janeiro de 2009 ocorreu a substituição da relatoria do processo para a Ministra Ellen Gracie, em cumprimento ao artigo 38 do Regimento Interno do STF, e os processos não tiveram mais nenhum andamento após esta data.

O PSDB procurou demonstrar que a Medida Provisória com os termos do novo modelo do setor elétrico teria sido editada para dar eficácia às modificações advindas da Emenda Constitucional nº 6 de 1995, que alterou o § 1º do artigo 176 e o artigo 246 da Constituição Federal, e por este motivo seria inconstitucional.

Basicamente, a alteração do §1º do artigo 176<sup>127</sup> foi para substituir a expressão “empresa brasileira de capital nacional” por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país” e o artigo 246<sup>128</sup> foi incluído para impedir a adoção de medida provisória para regulamentação de artigo da Constituição alterado por meio de emenda posterior ao ano de 1995.

O argumento utilizado foi que a Medida Provisória nº 144 estaria sendo utilizada para abertura ao capital privado no aproveitamento dos potenciais hidrelétricos, bem como afrontaria a norma do artigo 246 da Constituição Federal, por regulamentar o disposto no § 1º do artigo 176, do mesmo diploma.

---

<sup>127</sup> Art. 176 ...

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

<sup>128</sup> Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

Na ADI nº 3.100, ajuizada pelo PFL, foi questionada da mesma forma a integralidade da MP 144/2003, em especial nos dispositivos em que promove alterações na disciplina do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), extingue o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), e impõe o uso da arbitragem para a solução de conflitos.

No julgamento da medida cautelar requerida pelos autores, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, por maioria de votos, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, e justificou:

Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6/95 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão “empresa brasileira de capital nacional” pela expressão “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”, incluída no § 1º do art. 176 da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>129</sup>, relator do processo, em seu voto defendeu que a Emenda Constitucional nº 6 teria estabelecido uma alteração na estrutura do setor elétrico brasileiro, de um sistema com ampla intervenção estatal para uma nova estrutura, aberta ao investimento privado, passando o Estado a assumir outro papel, especialmente de agente regulador.

Corroborou do mesmo entendimento o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou no sentido de ter ocorrido uma alteração no modelo de exploração do serviço público de energia elétrica com a alteração dos termos do § 1º do artigo 176 da Constituição Federal:

Não tenho como me afastar do voto proferido pelo relator, ministro Gilmar Mendes. Houve, sem sombra de dúvidas, a disciplina de um novo modelo de exploração decorrente da alteração introduzida no texto da Carta, mais precisamente no artigo 176, § 1º, pela Emenda Constitucional nº 6, a qual não só modificou o dispositivo constitucional como também vedou a disciplina mediante medida provisória nos limites anunciados – repito – por Sua Excelência.

---

<sup>129</sup> Excerto do voto do Ministro: “Houve, com a Emenda Constitucional nº 6, uma alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro. De um sistema baseado na ampla intervenção estatal passamos a um novo paradigma, voltado ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador. E na tarefa de concretizar a nova decisão constituinte foram editadas inúmeras normas, que acabaram por conformar um ambiente legislativo inconfundível com o anterior. É evidente, nessa evolução constitucional e legislativa, uma correlação necessária e inafastável entre as normas legais do setor elétrico e a inovação da Emenda nº 6.”

Ocorre que as disposições da Medida Provisória nº 144/2003 vão além da regulamentação do aproveitamento dos potenciais hidrelétricos do artigo 176, § 1º da Constituição Federal, e a redação anterior do dispositivo não vedava a participação da iniciativa privada no setor elétrico.

A intenção do legislador constituinte foi apenas alterar a expressão “empresa brasileira de capital nacional” pela expressão “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”, em função da revogação do artigo 171 da Constituição Federal.

A redação anterior não vedava a participação da iniciativa privada nas atividades do serviço público de energia elétrica, apenas impedia que empresas de capital internacional realizassem o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos. Com alteração, esta possibilidade foi aberta, desde que a empresa estrangeira seja constituída sob as leis brasileiras e tenha sua sede e administração em nosso País.

Por este motivo, os eminentes Ministros do STF, em sua maioria, entenderam que a Medida Provisória em questão versa sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico e, portanto, é atinente ao artigo 175, da Constituição Federal.

Neste sentido o voto do Ministro Eros Grau:

3. Não entendo assim, *permissa venia* de S. Excia. A EC 6/95 limitou-se a, em razão da revogação do artigo 171 da Constituição, substituir a expressão "empresa brasileira de capital nacional" pela expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" nesse § 1º do artigo 176.

4. Mera alteração de redação, nada mais. Não consigo visualizar nessa modificação de redação "alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro". Da modificação redacional efetivamente não decorre a passagem "[d]e um sistema baseado na ampla intervenção estatal a um novo paradigma, voltado – na dicção do Ministro GILMAR MENDES – ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador". Essa alteração de redação – "empresa brasileira de capital nacional" por "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" – evidenciadamente não restringe a atuação estatal, nem a substitui pelo investimento privado sob as regras do mercado.

5. De outra banda, entendo que a medida provisória não se volta a dar eficácia a inovação introduzida pela EC 6/95, o que seria vedado pelo artigo 246 da Constituição. Lembro o voto do Ministro OCTÁVIO GALLOTT na ADI 1.518: o sentido e a finalidade lógica do preceito estaria na exclusão, do campo de atuação das medidas provisórias, de regulamentação a dar eficácia àquelas inovações.

6. A medida provisória disso não cuida. Versa sobre a matéria de que trata o artigo 175 da Constituição, regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico, como se verifica da leitura de seus preceitos.

Mas, mesmo tendo adotado este posicionamento, o ministro não entendeu que, da mesma forma que a pesquisa e lavra de recursos minerais, o aproveitamento de potenciais de energia elétrica também pode ser explorado na forma de atividade econômica em sentido estrito, conforme discutido neste trabalho. Veja-se:

10. O aproveitamento de potenciais de energia elétrica é serviço público que, nos termos do que define o artigo 175 da Constituição, pode ser prestado diretamente pelo poder público ou sob o regime de concessão ou permissão.

11. O § 1º do artigo 176 da Constituição do Brasil diz quem pode empreender a atividade econômica em sentido estrito (pesquisa e lavra de recursos minerais) e quem pode prestar o serviço público (aproveitamento de potenciais de energia elétrica). Em ambos os casos, brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

A ministra Ellen Gracie acompanhou o entendimento de que a Medida Provisória nº 144/2003 é norma que disciplina os comandos constitucionais do artigo 175 da Constituição Federal, e da mesma forma não considerou a possibilidade do aproveitamento de potenciais hidrelétricos mediante exploração de atividade econômica em sentido estrito:

Ora, conforme demonstrado pelo eminente Ministro Eros Grau, a exigência contida no art. 176, § 1º "habilita o agente econômico a empreender atividade econômica em sentido estrito", mas a regulamentação propriamente dita da atividade de prestação do serviço público mediante o referido aproveitamento tem como matriz constitucional o art. 175 e, como veículo, a lei mencionada neste mesmo comando, hoje consubstanciada num conjunto normativo formado, dentre outras, pelas Leis 8.987/95, 9.074/95, 9.427/96 e 9.648/98.

Muito embora os ministros do STF não tenham considerado a possibilidade da exploração de potenciais hidráulicos mediante atividade econômica em sentido estrito, observa-se que com a entrada em vigor da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, este paradigma mudou, e o que se vê no mercado hoje é a entrada do capital privado na exploração da geração de energia elétrica, seja hidráulica ou de outras fontes.

Além disso, o Mercado Livre incluiu mais agentes que atuam na iniciativa privada, como é o caso dos comercializadores, não prestando um serviço público, mas explorando a atividade de energia elétrica mediante uma atividade econômica em sentido estrito, regulada pelo Estado.

Esta medida possibilitou a entrada do capital privado no mercado e ampliou as possibilidades de suprimento deste serviço, que não perdeu sua característica de serviço público, dada a sua essencialidade e relevância.



## CONCLUSÃO

O Setor Elétrico brasileiro passou por alterações significativas devido à necessidade do Estado de manter a continuidade e qualidade na prestação do serviço público de energia elétrica, haja vista sua essencialidade.

Para tanto, as reformulações do antigo modelo de prestação do serviço público de energia elétrica incluíram a atuação do particular na exploração da atividade, pois o aparato Estatal mostrou-se insuficiente para suprir a demanda de energia elétrica decorrente dos avanços na economia.

No presente trabalho buscou-se diferenciar os regimes jurídicos em que cada atividade que envolve a prestação do serviço público – transmissão, distribuição, geração, comercialização – é desenvolvida na atual configuração do mercado.

Tendo adotado como ponto de partida os dispositivos constitucionais sobre o tema, verificou-se que a Constituição Federal do Brasil estabelece uma divisão das atividades que são de alçada do Estado, e, portanto, consideradas serviço público, na forma do artigo 175, e as que são qualificadas como atividade econômica, conforme artigo 170.

Daí se verificou que a prestação do serviço de energia elétrica é considerada como um serviço público pelo artigo 21, inciso XII, b da Constituição Federal, podendo ser prestado mediante concessão, permissão ou autorização.

Destes regimes de prestação da atividade observou-se que no caso das concessões e permissões o regime de prestação é o de direito público, nas concessões para a transmissão e distribuição de energia elétrica, nas permissões às cooperativas rurais para a atividade de distribuição, e na geração quando prestada em caráter complementar à iniciativa privada pelo concessionário. Nestes casos o regime de prestação do serviço é o de direito público, visto que o particular atua como se o Estado fosse, por sua conta e risco, podendo ter a outorga cancelada em caso de ineficiência no desenvolvimento da atividade.

Mas por outro lado, algumas atividades são prestadas em regime jurídico de direito privado, como se observa no caso do produtor independente, do autoprodutor e do comercializador de energia elétrica. Nesta hipótese, o legislador permitiu a exploração da atividade pelo particular, porém sob o regime jurídico de direito

privado, ou seja, o gerador e o comercializador exercem atividade econômica em sentido estrito, e o Estado atua com função normativa e de controle.

O Estado intervém e controla a atuação de cada agente do mercado de energia elétrica mediante a atuação da Agência Reguladora (ANEEL), do Operador Nacional do Sistema (ONS), e da Câmara de Comercialização (CCEE).

Muito embora a jurisprudência ainda não reconheça a atual estruturação do Setor Elétrico brasileiro e a participação da iniciativa privada na prestação da atividade de geração e comercialização de energia elétrica, alguns doutrinadores já aceitam que esta mudança ocorreu.

Assim, buscou-se no presente trabalho demonstrar que a configuração do Setor Elétrico brasileiro passou por alterações no decorrer dos anos, para fins de acompanhar o desenvolvimento econômico do país com o suprimento de energia elétrica, e que mesmo se tratando de um serviço público, dada a sua essencialidade, as alterações legislativas permitiram a inserção da iniciativa privada na prestação da atividade, seja no desenvolvimento de um serviço público pela outorga recebida, ou na exploração de atividade econômica nas situações permitidas em lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**, São Paulo: Malheiros, 2003.

JÈZE, Gastón. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MARTINS, Ligia Maria Cabral *et alli* **Panorama do setor de energia elétrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro da memória da electricidade no Brasil, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

PIMENTA, André Patrus Ayres. **Serviços de Energia Elétrica Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado.** Disponível em <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus\\_Andre\\_Servicos.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf)> Acesso em 19 ago. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maria Amália Figueiredo Pereira. **Setor Elétrico.** Curitiba: Juruá, 2008.