

SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA EXPLORADOS EM REGIME JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO

André Patrus Ayres Pimenta

RESUMO

Os serviços de energia elétrica têm sido tradicionalmente considerados como típicos serviços públicos. Nada obstante, a exemplo do que se verifica em outros setores da infra-estrutura, a legislação setorial tem submetido determinadas atividades relacionadas à indústria da energia elétrica à prestação sob regime de direito privado.

Pretende-se apresentar as pré-compreensões que fundamentam o pensamento da doutrina jurídica tradicional, com vistas à sua superação, na medida em que é sugerida nova interpretação do texto e do contexto constitucional no que toca à questão dos serviços de energia elétrica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DESENVOLVIMENTO	3
2.1. O "NOVISSÍMO MODELO" DA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA.....	3
2.2. SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA EM REGIME PRIVADO.....	10
2.3. REVISÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	15
2.4. POSIÇÃO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	22
2.5. NOVA CONCEPÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA – A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE KAERCHER LOUREIRO	28
3. CONCLUSÕES	34
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

PALAVRAS-CHAVE

Competências econômicas públicas prestacionais. Serviços e instalações de energia elétrica. Regime jurídico.

1. INTRODUÇÃO

A década de 90 ficou marcada por profundas alterações na estrutura administrativa do Estado brasileiro, sendo que uma de suas facetas mais marcantes foi o movimento de privatização. Conquanto haja debate doutrinário quanto ao adequado uso e alcance do termo privatização, o certo é que o movimento envolveu diferentes formas de diminuição do tamanho do Estado, seja mediante a venda de ativos de empresas

estatais, seja mediante a entrega da execução de atividades econômicas de competência pública a particulares, mediante a utilização da técnica concessória.

Nesse contexto insere-se a indústria da energia elétrica. Poucas outras atividades econômicas¹ foram alvo de tantas e tamanhas modificações em sua forma de organização e disciplina quanto o setor de energia elétrica.

Desde a edição da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a estrutura do setor de energia elétrica foi sendo paulatinamente transformada mediante a introdução de novos agentes e organizações setoriais, bem como mediante a própria redefinição do papel da iniciativa privada em relação às atividades da indústria da energia elétrica. Tais transformações introduziram questões quanto à própria concepção ou caracterização dos "*serviços e instalações de energia elétrica*" e do "*aproveitamento energético dos cursos de água*" (art. 21, XII, "b" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88).

Dentre tais questões destaca-se a possibilidade de que determinados serviços e instalações de energia elétrica possam ser desenvolvidos mediante a utilização de instrumentos de direito privado e não necessariamente sob o influxo do regime do serviço público (direito público). Tais questões encontram-se atualmente submetidas inclusive ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

As reformas substituíram paulatinamente e de forma bastante assistemática o antigo modelo de **monopólio público verticalmente integrado** (com remuneração garantida calculada pelo custo do serviço e tarifas homogêneas em todo o território nacional) por um novo modelo competitivo de **mercado atacadista**², no qual os serviços de energia elétrica podem ser delegados e desenvolvidos por empresas privadas em regime de competição (pelo mercado e também no mercado) e inclusive mediante preços livremente pactuados.

A exemplo do que se verifica em outros setores da infra-estrutura, a legislação setorial tem submetido determinadas atividades (serviços e funções)

¹ Outra exceção a ser destacada é o setor das telecomunicações, também amplamente reformulado a partir da edição da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterando a redação do art. 21, XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, eliminou a exclusividade de prestação dos serviços de telecomunicação por empresas sob controle acionário estatal, bem como suprimiu o qualificativo "serviço público" do texto constitucional.

² Como todo "modelo" são aqui propositalmente abstraídas as especificidades encontradas na realidade.

relacionadas à indústria da energia elétrica à exploração ou prestação sob regime de direito privado.

Nada obstante as alterações legislativas, os serviços de energia elétrica permanecem sendo tradicional e integralmente considerados e classificados como típicos serviços públicos pela doutrina do Direito Administrativo brasileiro. A doutrina tradicional, insistindo em classificações ontológicas e essencialistas, impõe a pecha da inconstitucionalidade sobre as inovações legislativas introduzidas pelo recente marco regulatório do setor de energia elétrica.

As repercussões desta tradicional forma de compreensão da indústria da energia elétrica transbordam os aspectos estritamente acadêmicos. Encontram-se pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.090-6/DF e, ainda, a ADI nº 3.100/DF, nas quais é questionada a íntegra da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, convertida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que introduziu o assim conhecido "Novíssimo Modelo" do setor de energia elétrica.

Pretende-se neste artigo apresentar as pré-compreensões que fundamentam o pensamento da doutrina jurídica tradicional, com vistas à sua superação, na medida em que também é apresentada nova interpretação do texto e do contexto constitucional no que toca à indústria da energia elétrica.

Sustenta-se a possibilidade de que determinados serviços de energia elétrica (o foco será a atividade de geração), sem prejuízo de sua caracterização como competências prestacionais públicas em matéria econômica (art. 21, XII, "b" c/c art. 173 da CRFB/88), possam ser desenvolvidos ou explorados mediante utilização do instrumental jurídico fornecido preponderantemente pelo direito privado, de forma concomitante ou não com sua exploração sob regime jurídico de direito público (serviço público).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O "NOVISSÍMO MODELO" DA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA

Antes de se passar a uma breve e tópica revisão das principais características (jurídicas) do atual modelo competitivo introduzido, faz-se necessário

destacar que a base normativa (marco regulatório) do setor de energia elétrica é extensa e pouco orgânica, o que dificulta sobremaneira o trabalho de sistematização do intérprete.

Nesse sentido, assim se expressa Loureiro (2007, p. 1):

É opinião comum de tantos quantos se ocupam do setor elétrico brasileiro – entes institucionais, agentes econômicos, consumidores e estudiosos – que sua base normativa é extensa e pouco orgânica. Mesmo no plano da legislação ordinária encontram-se leis e atos equivalentes editados em épocas muito diversas, sob pressupostos constitucionais, sociais e econômicos diferentes, por vezes bastante extensos e carentes seja de ordem interna, seja de uma clara coordenação de conjunto.

Em face dessa situação que prejudica uma compreensão segura do marco jurídico do setor elétrico, desnecessariamente nascem disputas, retraem-se investimentos, torna-se complexo o exercício de competências públicas e não se logra obter o pleno entendimento, por parte dos consumidores, de seus direitos e deveres. Em síntese: perdem o Estado e a Sociedade.

Tais problemas podem ser divididos em dois grupos. Um primeiro, de incerteza relativa aos diplomas normativos (“Problemas relativos às Leis”). Um segundo, atinente aos textos desses diplomas (“Problemas de Textos”).

Apresentada a advertência acima, cumpre também preliminarmente relacionar, ainda que de forma brevíssima, as principais características (não jurídicas) da cadeia produtiva da energia elétrica, ou seja, das atividades elementares relacionadas à indústria da energia elétrica, a saber: as atividades de (i) geração, (ii) transmissão, (iii) distribuição e (iv) comercialização³ de energia elétrica.

A atividade de **geração** consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for sua origem ou fonte, haja vista que a energia elétrica não se encontra disponível para aproveitamento na natureza. Dessa forma, as empresas geradoras de energia elétrica basicamente realizam a transformação de diferentes formas de energia (cinética, química, solar, eólica) em energia elétrica. A tradição setorial é denominar as diferentes usinas geradoras de energia elétrica levando-se em consideração a fonte primária de energia utilizada. Dessa forma, fala-se em usina térmica (gás, carvão, óleos combustíveis etc.), hidráulica (água), nuclear (tipo especial de usina térmica) e renovável (eólica, solar etc.)

³ A atividade de comercialização foi autonomizada pelo atual modelo competitivo do setor de energia elétrica. Nesse sentido, confira-se o art. 1º do Decreto nº 2.655/98: "Art 1º A exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, as quais serão desenvolvidas na conformidade da legislação específica e do disposto neste regulamento."

De outro lado, a atividade de **transmissão** consiste no transporte da energia elétrica gerada pelo sistema produtor às subestações distribuidoras, bem como na interligação de dois ou mais sistemas geradores. Analisando o fenômeno físico da eletricidade, pode-se afirmar que as empresas transmissoras obrigam-se a, basicamente, construir, operar e manter a infra-estrutura (redes de alta tensão) necessária ao escoamento da energia elétrica entre os pontos de geração e distribuição. A rede interligada de transmissão é conhecida como Sistema Interligado Nacional – SIN⁴.

Já o serviço de **distribuição** consiste, basicamente, na construção, operação e manutenção da infra-estrutura (redes de média e baixa tensão) necessária à disponibilização da energia elétrica aos consumidores finais.

Por fim, cabe tecer breves considerações quanto a atividade de **comercialização**. No atual marco regulatório do setor, a comercialização de energia elétrica pode ser realizada de forma conjugada⁵ (com outros serviços de energia elétrica) ou autônoma.

Com efeito, tanto os agentes geradores quanto os distribuidores podem realizar a comercialização de energia elétrica. Os geradores a podem comercializar com as distribuidoras (no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada – ACR, conforme se verá adiante), com outros geradores, com agentes de comercialização e com consumidores livres, nestes últimos casos mediante condições livremente pactuadas. Por outro lado, as distribuidoras podem comercializar energia elétrica somente com os consumidores cativos⁶, mediante condições reguladas.

Nada obstante, é também possível o desenvolvimento da atividade de comercialização de forma autônoma mediante a obtenção de autorização⁷. Nessa modalidade a comercialização não envolve a construção de instalações (de produção ou redes) de energia elétrica, caracterizando-se como atividade isolada dirigida especificamente à viabilização comercial (portanto, indireta) da obtenção de energia

⁴ Há que se considerar que existem localidades que, haja vista a grande dimensão territorial do Estado brasileiro, ainda não se encontram interligadas ao Sistema Interligado Nacional – SIN, sendo, portanto, tais localidades denominadas Sistemas Elétricos Isolados.

⁵ Vide Decreto nº 2.655/98: "Art 10. As concessões, permissões ou autorizações para geração, distribuição, importação e exportação de energia elétrica compreendem a comercialização correspondente. Parágrafo único. A comercialização de energia elétrica será feita em bases livremente ajustadas entre as partes, ou, quando for o caso, mediante tarifas homologadas pela ANEEL."

⁶ Note-se que os consumidores potencialmente livres também podem ser atendidos pelas distribuidoras, conquanto somente mediante as mesmas condições reguladas aplicáveis aos consumidores cativos.

⁷ Vide Lei nº 9.427/96, art. 26, II e Decreto nº 2.655/98, art. 9º.

elétrica pelos consumidores (livres) que assim desejarem, mediante condições e preços livremente pactuados.

Com a edição da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, foram introduzidas relevantes inovações no modelo competitivo setorial, cuja implantação remonta à edição da Medida Provisória nº 890, de 13 de fevereiro de 1995, convertida na já citada Lei nº 9.074/95.

Dentre as mencionadas inovações introduzidas pela Lei nº 10.848/2004 considera-se relevante destacar as seguintes:

- a) introdução de dois novos e coexistentes ambientes para a comercialização ou contratação de energia elétrica, o Ambiente de Contratação Regulada – ACR e o Ambiente de Contratação Livre – ACL (vide art. 1º, § 1º);
- b) a submissão das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica (atuantes no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN) ao Ambiente de Contratação Regulada – ACR, mediante contratação regulada (licitações na modalidade leilões de compra), salvo poucas exceções (vide art. 1º, § 2º c/c art. 2º, § 8º, II e § 10);
- c) a "repotenciação" do Poder Concedente e a "retomada" pelo Ministério de Minas e Energia – MME de diversas competências antes atribuídas pela legislação diretamente à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (vide arts. 3º e 9º);
- d) a determinação da realização da desverticalização societária das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica atuantes no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, mediante a proibição do desenvolvimento das atividades de (i) geração, (ii) transmissão, (iii) comercialização com consumidores livres, (iv) participação em outras sociedades de forma direta ou indireta e, finalmente, (v) quaisquer outras atividades estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão (vide arts. 8º e 20);
- e) introdução de novos agentes institucionais do setor de energia elétrica, bem como a reestruturação dos papéis institucionais (competências) de diversos deles, cabendo destacar a criação do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE (em sucessão ao extinto Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE), a reestruturação do

Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, das competências do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, do Ministério de Minas e Energia – MME e da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (vide arts. 4º, 9º, 10, 11 e 14).

O Ambiente de Contratação Regulada – ACR foi idealizado como forma de substituir a livre contratação do suprimento de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição, antes possível nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998⁸.

A Lei nº 10.848/2004, em seu art. 2º, estabeleceu que as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, a ser formalizada mediante contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição (o "*pool*").

⁸ Nos termos da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, as quantidades e os preços da contratação de energia elétrica pelas concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica não poderiam ser livremente pactuadas conforme as regras de mercado, sendo, ao contrário, submetidas a decisões de gabinete e a tarifas reguladas. Visando implementar a reestruturação do setor elétrico brasileiro, o que ficou conhecido como Projeto RESEB, foi publicada a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que alterando dispositivos de diversas leis introduziu, em seu art. 10, a possibilidade da ampla e livre negociação da compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados. Para tanto, foram estabelecidas regras de transição, consistentes, basicamente, em contratos de suprimento com montantes fixados para atendimento do mercado entre os anos de 1998 e 2006, haja vista a previsão de redução gradual à razão de 25% (vinte e cinco por cento) ao ano a partir do ano de 2002. Os contratos estabelecidos para o referido período de transição ficaram conhecidos como Contratos Iniciais. Como visto, a partir do ano de 2003, com a gradual descontração à razão de 25% ao ano, os requisitos de energia e demanda das concessionárias do serviço público de distribuição poderiam ser contratados mediante a formalização de contratos livremente pactuados, conhecidos pela designação de Contratos Bilaterais. Tais contratos poderiam ser formalizados entre os concessionários, permissionários e autorizados, inclusive aqueles pertencentes ao mesmo grupo econômico ("self-dealing"). A Lei nº 9.648/98 estabelecia (vide art. 10, § 2º), ainda, que, sem prejuízo da possibilidade da livre contratação, a ANEEL deveria estabelecer critérios que limitassem os eventuais repasses do custo da compra de energia elétrica entre concessionários e autorizados para as tarifas de fornecimento aplicáveis aos consumidores cativos, com vistas a garantir sua modicidade. Dessa forma, foi estabelecido o Valor Normativo – VN, que passou a ser utilizado como limitador do repasse do custo de aquisição às tarifas de energia elétrica das concessionárias do serviço público de distribuição. Interessante observar que, considerando que a redução dos montantes dos Contratos Iniciais foi estabelecida de forma gradual, à razão de 25% ao ano, somente a partir do ano de 2007 os referidos Contratos Iniciais deixaram de existir por completo. Com a edição da Medida Provisória nº 64, de 26/08/2002 (convertida na Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002), foram implementadas diversas alterações nas regras de contratação de energia pelas concessionárias do serviço público de distribuição, visando garantir maiores e mais eficientes investimentos na geração de energia elétrica. Com efeito, o art. 2º da referida lei estabeleceu que a partir de 1º de janeiro de 2003, as distribuidoras somente poderiam estabelecer contratos de compra de energia elétrica por meio de licitação, na modalidade de leilão, ou por meio dos leilões públicos promovidos pelas concessionárias geradoras de serviço público sob controle federal, então previstos no art. 27 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Acresce-se, ainda, que a Lei nº 10.604/2002, alterando a redação do § 7º do art. 27 da Lei nº 10.438/2002, autorizou que as distribuidoras aditassem seus Contratos Iniciais ou equivalentes que estivessem em vigor, alterando, assim, os montantes de energia e potência então contratos, excepcionando, neste caso, a aplicação da redução gradual de 25% ao ano, prevista no inciso II do art. 10 da Lei nº 9.648/98. Portanto, da regra de ampla liberdade de contratação, passou-se com a Lei nº 10.604/2002 a uma situação na qual a liberdade foi reduzida, mediante a obrigatoriedade de compra somente mediante leilões de compra. Entretanto, permanecia válida a liberdade para o estabelecimento dos montantes e preços iniciais.

O "Novíssimo Modelo", como foi denominado, introduzido pelo governo Lula em dezembro de 2003, diferia conceitualmente do anterior principalmente por deixar de acreditar que a livre concorrência na aquisição de contratos de suprimento de energia pelas concessionárias de distribuição seria suficiente para criar os incentivos necessários ao investimento na expansão do setor de energia elétrica e garantir tarifas módicas.

O modelo teve por objetivos declarados a garantia do suprimento e a modicidade tarifária, a serem obtidos mediante a submissão das aquisições de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição aos leilões do Ambiente de Contratação Regulada – ACR. Dessa forma, os contratos bilaterais que substituíram os Contratos Iniciais, foram suplantados, no "Novíssimo Modelo", pelos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, nos quais os diversos geradores vendem sua energia para o conjunto de concessionárias de distribuição (o "pool").

É relevante observar que, conquanto a Lei nº 10.848/2004 tenha preservado os contratos bilaterais existentes, seu art. 21 estabeleceu que tais contratos não poderão ser objeto de aditamento para prorrogação de prazo ou aumento das quantidades ou preços contratados. A idéia subjacente é conduzir as concessionárias de distribuição a progressivamente, na medida em que os referidos contratos bilaterais forem se extinguindo, realizarem a totalidade da respectiva contratação do suprimento de energia elétrica via Ambiente de Contratação Regulada – ACR.

De outro lado, o atual modelo institucional do setor de energia elétrica mantém a possibilidade da livre contratação de energia elétrica, agora restrita ao assim denominado Ambiente de Contratação Livre – ACL, entre determinados agentes setoriais (os agentes concessionários e autorizados de geração, os comercializadores e importadores de energia elétrica) e os denominados consumidores livres.

Neste ponto, relevante destacar que a disciplina das opções de compra de energia elétrica por parte dos consumidores encontra-se estabelecida nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, sendo que tal disciplina não sofreu alterações de relevo pelo "Novíssimo Modelo".

São atualmente considerados consumidores livres aqueles novos consumidores cuja carga seja maior ou igual a 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, bem como os consumidores existentes com carga maior ou igual a 3.000 kW, atendidos em tensão maior ou igual a 69 kV. Tais consumidores podem realizar a aquisição de energia elétrica de qualquer agente concessionário ou autorizado de geração⁹ no Ambiente de Contratação Livre – ACL, nos termos do art. 1º, § 3º da Lei nº 10.848/2004.

Nada obstante, para efeitos do presente artigo, é relevante apenas observar que as regras introduzidas pelo "Novíssimo Modelo" não eliminaram a possibilidade do desenvolvimento de determinados serviços de energia elétrica mediante a utilização do regime jurídico de direito privado.

Apesar da intenção inicial de submeter o segmento de geração prioritariamente ao regime jurídico do serviço público¹⁰, o fato é que os serviços e instalações de geração de energia elétrica permaneceram passíveis de exploração ou desenvolvimento tanto em regime de direito público (serviço público) quanto em regime de direito privado, sendo este último o regime efetiva e amplamente (portanto prioritariamente) utilizado nos leilões de energia nova já realizados desde a entrada em vigor do "Novíssimo Modelo".

Com efeito, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências no contexto do "Novíssimo Modelo" institucional do setor de energia elétrica, assim dispõe:

Art. 60. Atendidas as disposições legais, aos vencedores das licitações que oferecerem energia proveniente de novos empreendimentos de geração, conforme definido em edital, serão outorgadas:

- I - concessões, sempre a título oneroso, para geração de energia elétrica sob regime:
- a) de serviço público; ou
 - b) de uso de bem público, no caso de autoprodução ou produção independente; ou
- II - autorizações.

Parágrafo único. Em se tratando de importação de energia elétrica, as autorizações deverão incluir, quando necessário, a implantação dos sistemas de transmissão

⁹ O art. 4º, § 5º, III (incluído pela Lei nº 10.848/2004), vedou às concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN o desenvolvimento da atividade de venda (comercialização livre) de energia aos consumidores livres.

¹⁰ Em BRASIL, 2003, p. 9, consta a "prevalência do conceito de serviço público" como um dos princípios básicos do modelo então proposto. A idéia é assim apresentada: "Um princípio básico do arranjo institucional que se propõe é que a produção de energia deve ser realizada, prioritariamente, por concessionário de serviço público, principalmente aquela destinada aos consumidores cativos."

associados e prever o livre acesso a esses sistemas, nos limites da sua disponibilidade técnica, mediante pagamento de encargo, a ser aprovado pela ANEEL.

Verifica-se, portanto, que "*conforme definido em edital*" poderão ser delegadas tanto concessões de serviço público quanto concessões de uso de bem público (nos casos de autoprodução ou produção independente) ou, ainda, autorizações¹¹. O dispositivo indica que a União, no exercício de sua competência constitucional para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica poderá se valer tanto de instrumentos de direito público (a concessão de serviço público) quanto de mecanismos de direito privado (notadamente o regime de produção independente de energia elétrica, titulado por concessão de uso de bem público ou autorização).

2.2. SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA EM REGIME PRIVADO

Como visto no tópico anterior, a legislação de regência do setor elétrico admite atualmente que a atividade de geração de energia elétrica seja desenvolvida, concomitantemente, por agentes submetidos ao regime jurídico de direito público (serviço público) e agentes submetidos a regime jurídico de direito privado (aqui a figura do Produtor Independente de Energia), sendo que as regras introduzidas pelo "Novíssimo Modelo" não alteraram essa situação.

A Tabela 1 abaixo apresenta, de forma sintética, os diversos títulos de delegação passíveis de serem conferidos aos agentes setoriais que se mobilizam no sentido do desenvolvimento da atividade de geração de energia elétrica. Cabe notar que, nos termos da legislação em vigor, a titulação jurídica (concessão, autorização ou mera comunicação) será dependente da fonte energética, da capacidade da respectiva usina e, finalmente, da destinação da energia produzida.

A Lei nº 9.074/95, introduziu no setor elétrico brasileiro a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica – PIE, caracterizando-o da seguinte forma:

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder

¹¹ O dispositivo não deixa claro, mas mediante interpretação sistêmica, considerando os demais dispositivos da legislação regente da matéria (apresentados na Tabela 1 abaixo), pode-se concluir que será (ou deverá ser) outorgada concessão de uso de bem público, no caso de autoprodução ou produção independente, sempre que a produção de energia elétrica se der mediante a utilização de um bem público, mas especificamente o potencial hidráulico (art. 176). Por exclusão, não havendo aproveitamento de potencial hidráulico, possível a utilização do instrumento da autorização.

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. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

TABELA 1
Atividade de Geração – Regimes Jurídicos no Setor Elétrico Brasileiro

Regime	Fonte / Capacidade		Titulação	Fund. Legal
	Hídrica	Térmica (não nuclear)		
Serviço Público	> 1MW		Concessão SP	Lei 9.074/95, art. 5º, I
		> 5MW	Concessão SP	Lei 9.074/95, art. 5º, I
Produção Independente (Art. 11 da Lei 9.074/95)	> 1MW/não PCH		Concessão UBP	Lei 9.074/95, art. 5º, II e art. 13 Decreto 2.003/96, art. 3º
	> 1MW ≤ 30 MW / PCH		Autorização UBP	Lei 9.427/96, art. 26, I
	≤ 1 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
		> 5MW	Autorização	Lei 9.074/95, art. 6º Decreto 2.003/96, art. 4º, I
		≤ 5 MW	Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
Autoprodução	> 10MW / não PCH		Concessão UBP	Lei 9074/95, art. 5º, III
	> 1 MW ≤ 10 MW / não PCH		Autorização UBP	Lei 9.074/95, art. 7º, II Decreto 2.003/96, art. 4º, II
	> 1 MW ≤ 30 MW / PCH		Autorização UBP	Lei 9.427/96, art. 26, I
	≤ 1 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
		> 5 MW	Autorização (uso exclusivo)	Lei 9.074/95, art. 7º, I Decreto 2.003/96, art. 4º, I
		≤ 5 MW	Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º

Fonte: Elaboração própria.

No mesmo sentido do desenvolvimento das atividades de geração e comercialização de energia elétrica em regime competitivo, tem-se o art. 2º do Decreto nº 2.655/98, que dispõe que tais atividades *"deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição"*.

Da mesma forma que a geração, também se admite no atual modelo setorial o desenvolvimento da atividade de comercialização mediante o emprego de instrumentos de direito privado.

A Tabela 2 abaixo apresenta, de forma sintética, os diversos títulos de delegação passíveis de serem conferidos aos agentes setoriais que se mobilizam no sentido do desenvolvimento da atividade de comercialização de energia elétrica.

Verifica-se, portanto, no atual marco regulatório a tentativa de caracterizar os serviços de geração de energia elétrica, bem como aqueles de comercialização, como

“atividades competitivas” sobre as quais incidiriam sobretudo as regras de mercado, havendo, portanto maior liberdade de atuação dos respectivos agentes setoriais.

TABELA 2
Atividade de Comercialização – Regimes Jurídicos no Setor Elétrico Brasileiro

Atividade	Observações	Titulação	Fund. Legal
Importação / Exportação	-	Autorização	Lei 9.427/96, art. 26, III
Comercialização	Atividade Autônoma	Autorização	Lei 9.427/96, art. 26, II Decreto 2.655/98, art. 9º
	Prod. Independente	Concessão / Autorização	Lei 9.427/98, art. 25
	Excedente de Autoprodutor	Autorização	Lei 9.427/96, art 26, IV

Fonte: Elaboração própria.

Tais agentes não se encontrariam submetidos à carga regulatória incidente sobre os concessionários de serviço público, não havendo, em relação a eles, que se falar em serviço adequado, política tarifária ou tarifa (mas sim preços livremente pactuados), manutenção de equilíbrio econômico-financeiro mediante revisões e reajustes periódicos, deveres de expansão/universalização ou responsabilidade civil objetiva, apenas para citar alguns dos elementos característicos do regime jurídico do serviço público.

A FIG. 1 abaixo, disponível em MME (2003, p. 32), ilustra o atual modelo de contratação de energia elétrica, indicando a coexistência dos dois ambientes de contratação (regulada ou livre) e a caracterização da geração como atividade competitiva.

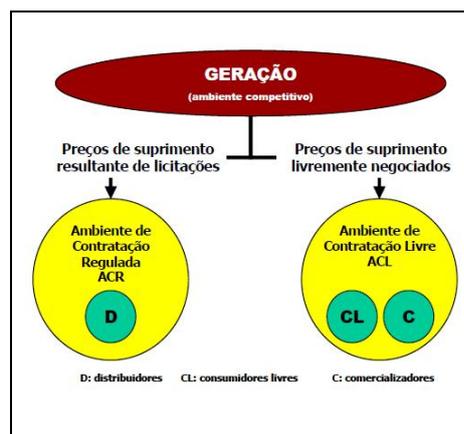


Figura 1 - Modelo de Contratação de Energia Elétrica
Fonte: BRASIL, 2003, p. 32

Neste ponto, é imperativo para os propósitos deste trabalho frisar uma relevante peculiaridade econômica da indústria de energia elétrica: o setor de energia elétrica é caracterizado como uma "indústria de rede".

São caracterizadas pela literatura econômica como indústrias de rede todas as atividades econômicas cuja consecução seja dependente da colaboração ou utilização de elementos componentes ou integrados em rede. No âmbito da sociedade moderna organizada, é o caso das indústrias de energia elétrica, telecomunicações, água e esgoto, rede ferroviária, correios, etc.

A indústria da energia elétrica utiliza (tem que utilizar) um meio físico (a rede, de transmissão e distribuição) para fazer chegar o produto (energia elétrica) ao consumidor final. Uma vez construída a rede, sua duplicação, mediante a construção de estruturas paralelas, tem-se mostrado economicamente inviável. Fala-se, portanto, em "monopólio natural".

Nesse sentido, confira-se a lição de Stiglitz e Walsh (2003, p. 204):

Um monopólio natural ocorre sempre que o custo médio de produção para uma única firma é declinante até o níveis de produção que vão além daqueles com probabilidade de surgir no mercado. Quando o custo médio de produção cai à medida que aumenta a escala de produção, dizemos que há economias de escala, um conceito apresentado no Capítulo 7.

(...)

Um monopolista natural está protegido por saber que pode ganhar uma guerra de preços com seus rivais caso eles entrem no mercado. Como os que estão entrando num mercado normalmente ainda são pequenos, e os custos médios declinam com o tamanho, o custo médio deles é mais alto. Assim, o monopolista se sente mais ou menos imune à ameaça de entrada de concorrentes.

Diante de uma situação de monopólio natural os mecanismos de mercado não são aptos ou suficientes para produzirem o ótimo social¹². Eventual imposição de uma multiplicidade de firmas atuando na atividade monopolística implicaria em preços necessariamente acima do ótimo social. Da mesma forma, a entrega do mercado ao agente monopolista pode implicar (e normalmente implica) na obtenção de rendas de monopólio¹³, o que também não é socialmente desejável.

Dessa forma, os serviços relacionados à rede elétrica, ou seja, os serviços de transmissão e distribuição, são considerados monopólios naturais. Nesse caso, é preferível, sob o ponto de vista econômico (em termos de eficiência produtiva e alocativa) que a atividade monopolística seja desenvolvida por um único agente, não

¹² Nesse sentido, STIGLITZ e WALSH (2003, p. 189): "*Competição imperfeita, informação imperfeita, externalidades e bens públicos são todos casos em que o mercado não funciona em seu papel de trazer eficiência econômica. Os economistas se referem a esses problemas como falhas de mercado, e as examinam de perto.*" (grifos no original)

¹³ STIGLITZ e WALSH (2003, p. 203).

havendo, portanto, que se falar em competição (no mercado) ou em utilização de mecanismos de mercado.

A resposta tradicionalmente oferecida pela ciência econômica para o equacionamento dos problemas decorrentes de situações de monopólio natural são: (i) propriedade pública ou (ii) regulação setorial (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 226).

Note-se que, como se verá com maiores detalhes adiante, a recomendação de propriedade pública refere-se à propriedade da empresa exploradora da atividade monopolística e não necessariamente a submissão da própria atividade à propriedade pública (*publicatio*) e muito menos que a exploração da atividade seja desenvolvida mediante regime jurídico de direito público (serviço público) (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 19/20).

Ocorre que na tradição do Direito Administrativo brasileiro, fortemente vinculado à Escola do Serviço Público francesa, a resposta para situações de monopólio tem sido a submissão da atividade monopolística à competência pública (*publicatio*) a ser desenvolvida mediante inerente utilização do regime jurídico do serviço público.

Nada obstante, e aqui encontra-se o ponto relevante, estudos econômicos tem demonstrado a existência de atividades ou serviços relacionados às indústrias de rede que, conquanto se encontrem material e finalisticamente integrados, não são diretamente relacionados à rede e, portanto, não apresentam as mesmas características econômicas. Seria, portanto, possível para tais serviços criar uma estrutura de mercado competitivo que levaria a maior eficiência (produtiva e alocativa), bem como a menores preços. Atualmente, assim são considerados os serviços de geração e comercialização de energia elétrica¹⁴.

Identificadas as etapas ou partes da indústria da energia elétrica em que a concorrência poderia realmente funcionar de forma eficaz, bem como aquelas em que não haveria tal possibilidade, se faz, conseqüentemente, necessário dotar os respectivos agentes setoriais dos instrumentos jurídicos mais adequados a sua atuação, seja em

¹⁴ Conquanto os avanços tecnológicos não sejam tão relevantes no setor elétrico quanto o são, por exemplo, no setor das telecomunicações, não se pode olvidar o desenvolvimento de novas tecnologias de geração (turbinas a gás e bulbo), bem como o próprio desenvolvimento de novas técnicas de comercialização de energia (leilões), de despacho e modelagem da operação do sistema.

ambiente de mercado ou concorrencial (caso dos serviços de geração e comercialização) seja em ambiente de monopólio (caso dos serviços de transmissão e distribuição).

Parece ter sido exatamente isso o que fez, ainda que se forma "*pouco orgânica*", a atual legislação de regência da indústria da energia elétrica. A legislação submeteu a exploração das partes monopolísticas da indústria ao regime jurídico do serviço público (direito público) enquanto que as demais partes competitivas (ou passíveis de competição) ficaram habilitadas a serem exploradas mediante emprego de instrumentos de direito privado, mas apto a lidar com a dinâmica da exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial.

Ocorre que a doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro, aferrada à tradição da escola francesa do serviço público, não vem considerando válidas as inovações legislativas introduzidas no setor de energia elétrica, taxando-as de inconstitucionais. Isso será analisado no próximo tópico.

2.3. REVISÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os serviços de energia elétrica têm sido indistinta e tradicionalmente caracterizados como serviços públicos. A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro insere os serviços de energia elétrica dentre os assim denominados "serviços públicos por determinação constitucional". A orientação doutrinária predominante tem sido no sentido de que a Constituição Federal, ao repartir as competências dos entes federados, classificou os serviços de energia elétrica como serviço público de titularidade da União (art. 21, XII, "b").

Nesse sentido, confira-se a posição de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 332):

1.4.1 Competência da União – A competência da União em matéria de serviços públicos abrange os que lhe são privativos, enumerados no art. 21, e os que lhe são comuns, relacionados no art. 23, que permitem 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'); de navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura portuária (inc. XII, 'c'); os de transporte interestadual e internacional (inc. XII, 'd' e 'e'); de instalação e produção de energia nuclear (inc. XXIII); e a defesa contra calamidades públicas (inc. XVIII).

Não é diferente a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 124).

Confira-se:

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 art. 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º).

Por fim, ainda no mesmo sentido, cabe destacar o pensamento do eminente mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 634/5):

IV. Serviços públicos por determinação constitucional

17. 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**, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, letras 'a' a 'f'), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205 e 208).

Os estudiosos do Direito aplicável ao setor elétrico têm seguido a orientação dominante da doutrina. Clever M. Campos (2001, p. 35) é taxativo ao afirmar que "*A energia elétrica tem qualidade de serviço público atribuída pelo artigo 21, inciso XII, 'b' da Constituição Federal.*" Geraldo Pereira Caldas (2001, p. 77), a par de considerar a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica como uma prestação de serviço indissolúvel e integrada, entende que "*a própria Constituição Federal define os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água como serviços públicos.*" Clovis Alberto Volpe Filho e Maria Amália F. Pereira Alvarenga (2004, p. 19) afirmam que "*tanto os serviços de produção, como os serviços de distribuição, são considerados públicos, que não estão sob a égide da livre-iniciativa.*"

Cabe, ainda, destacar o pensamento de Maria João C. Pereira Rolim (2002, p. 155) que, em dissertação de mestrado, após longa explanação sobre o conceito de serviço público, regime jurídico e princípios a ele aplicáveis, conclui "*pelo enquadramento do serviço de energia elétrica na categoria do serviço público*". A autora entende que "*a 'indústria elétrica' insere-se no campo das atividades (em sentido amplo) eminentemente públicas em decorrência de seu aspecto social, essencial e*

estratégico para a consecução dos objetivos expressos em nosso ordenamento jurídico." A autora defende a adoção de uma "*interpretação ampla*" do art. 21, XII, "b", da Constituição Federal, sustentando que caracterizam-se como serviço público todas as atividades necessárias à exploração (geração), à transmissão e à distribuição de energia elétrica (ROLIM, 2002, p. 157).

Dessa forma, a caracterização dos serviços de energia elétrica como serviços públicos (por determinação constitucional) tem gerado na doutrina dominantes perplexidades em face da legislação infraconstitucional de regência do setor elétrico. A figura do Produtor Independente de Energia Elétrica, titular de autorização para a produção de energia elétrica, sob regime de direito privado, nos termos da Lei nº 9.074/95, ou ainda da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, tem sido considerada inconstitucional pela doutrina¹⁵. É que, no entendimento da doutrina dominante, a geração de energia elétrica deveria encontrar-se submetida ao regime de serviço público, nos termos do art. 175 da CRFB/88.

A adequada compreensão e subsequente superação do entendimento apresentado pela doutrina tradicional no sentido da inconstitucionalidade da exploração de serviços de energia elétrica por meio de agentes setoriais sujeitos a regime jurídico de direito privado passa pela **explicitação das pré-compreensões** que se encontram subjacentes a tal concepção.

Para tanto, é relevante registrar que na tradição jurídica brasileira, a noção de utilidade ou interesse público tem implicado na subtração da respectiva atividade econômica do domínio privado, mediante a criação de competências públicas (*publicatio*) a serem inerentemente desempenhadas mediante o regime jurídico do serviço público.

Calixto Salomão Filho (2001, p. 17/8) mostra como a Escola do Interesse Público, de resto identificável à Escola do Serviço Público – que fundamenta a linha dominante no Direito Administrativo brasileiro – tem conduzido ao entendimento de que a preocupação com o interesse público conduz (infelizmente) à submissão de uma dada atividade econômica ao regime jurídico do serviço público. Sempre que a teoria jurídica tradicional depara-se com utilidades consideradas básicas, essenciais ou

¹⁵ CALDAS, 2001, p. 66, 88, 103 e 171; CAMPOS, 2001, p. 42; VOLPE FILHO; ALVARENGA, 2004, p. 84.

fundamentais à sociedade, cuja produção implica em externalidades, economias de escala e escopo (monopólios naturais), necessidade de investimentos elevados, de lenta ou pouco provável recuperação, recomenda a criação de monopólios estatais (*publicatio*) e, como que por inerência, a submissão da atividade ao regime jurídico de serviço público.

A permanência de tais concepções – que realizam a identificação do monopólio natural com monopólio público (competência prestacional pública realizada inerentemente mediante o regime jurídico do serviço público) – acabou por consolidar entendimentos que guardam equívocos de origem, ao se confundir os efeitos da submissão dos ativos à propriedade pública com a própria submissão da atividade econômica ao regime jurídico de serviço público.

A leitura tradicional fundamenta-se em duas ordens de idéias:

- a) a tradicional dicotomia das atividades econômicas, a saber: o gênero das atividades econômicas *lato sensu* dividir-se-ia entre os serviços públicos e as atividades econômicas *stritu senso*, ainda que admitida a ação (intervenção) estatal nesta última, e
- b) um fetichismo jurídico em torno dos termos "concessão", "permissão" e "autorização".

Quanto à tradicional dicotomia das atividades econômicas, basta, por todos, remeter o leitor à conhecida formulação de Eros Roberto Grau (2002, p. 139/41) que divide a atividade econômica do Estado (em sentido amplo) em serviço público, privativo e não privativo, e atividade econômica (em sentido estrito), admitindo a ação estatal sobre esta última, inclusive mediante a absorção de determinada atividade econômica (monopólio). É argumentado que a própria Constituição teria consagrado tal dicotomia em seus arts. 175 (que trata do serviço público) e 173 (que trata da intervenção estatal no domínio econômico).

A distinção, entre serviço público e atividade econômica (em sentido estrito) monopolizada pelo Estado encontra-se fundada na natureza do interesse público envolvido. Os serviços públicos visariam atender "*à realização e ao desenvolvimento da coesão e interdependência social*" (GRAU, 2002, p. 164), enquanto que os monopólios públicos responderiam a razões de ordem estratégica e de interesse coletivo.

A distinção produz como consequência a identificação automática da atribuição de competências prestacionais públicas em campo econômico com a criação de serviço público (ou seja, a submissão do desempenho da atividade ao regime jurídico público do serviço público), na medida em que o trecho inicial do art. 173 da CRFB/88 é reservado às atividades econômicas em sentido estrito (monopólios) (GRAU, 2002, p. 156/7).

Luis Gustavo Kaercher Loureiro (2009, p. 60 e 128/9) demonstra que a distinção, de caráter essencialista, é de difícil operacionalização prática ao buscar "*opacas diferenças dentro do interesse público*", sendo, portanto, motivadora de forte insegurança jurídica. Observa ainda, com acuidade, que se no passado fazia sentido a distinção entre "serviços públicos" (atividades que visam atender ao interesse público) e "monopólios fiscais" (atividades que o Estado perseguia a título de lucro), atualmente "*qualquer atuação econômica estatal há de atender a interesses públicos*", não havendo mais espaço para os denominados "monopólios fiscais". Da mesma forma, demonstra o artificialismo da dicotomia apontando o tratamento dispensado pela Constituição ao gás, ora um "serviço público" (art. 25, § 2º) ora uma "atividade econômica monopolizada" (art. 177).

Já quanto ao fetichismo jurídico em relação ao termo "concessão" é relevante observar que a doutrina tradicional e majoritária, quando diante de competências prestacionais do Estado em matéria econômica, realiza automática ligação do termo concessão com o regime jurídico do serviço público. Nada obstante, a doutrina tradicional conhece o fato de que a concessão "*é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém*" (MELLO, 2004, p. 401) o que implicaria, portanto, reconhecer a possibilidade de múltiplas espécies ou regimes jurídicos.

Também o termo "permissão" é alvo do fetiche jurídico, que além de insistir em negar-lhe caráter contratual (a despeito da expressa dicção do art. 175 da CRFB/88) também automaticamente a identifica, diante de competências prestacionais econômicas estatais, com o regime jurídico do serviço público, porém agora de forma precária.

Mais relevante ainda é o que ocorre com o termo "autorização". A doutrina tradicional, contaminada pela dicotomia (equivocada como visto acima) entre serviço

público e atividade econômica *stritu senso*, ora atribui à autorização o papel de "resolver emergencialmente" uma situação de serviço público (MELLO, 2004, p. 639), ora aprisiona o termo em suas origens tradicionais no poder de polícia administrativa¹⁶, voltado à compatibilização do exercício dos direitos e liberdades individuais (inclusive econômicas) com os imperativos de ordem pública. Por todos, confira-se a posição de Marçal Justen Filho (2003, p. 45):

Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. (...) Logo e como o art. 21, incs. X a XII, da Constituição refere-se expressamente tanto à concessão como à autorização a propósito de certas atividades, tem de concluir-se que elas comportam exploração sob ambas as modalidades jurídicas. Dito de outro modo, as referidas atividades configurarão, em alguns casos, serviço público. Mas isso não elimina a possibilidade de sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito. Outra tese hermenêutica conduziria à inutilidade da expressão autorização, explicitamente consagrada na redação constitucional.

No mesmo sentido, prossegue Marçal Justen Filho (2003, p. 130):

Enfim, concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados. Obviamente, são distintos entre si os regimes jurídicos de autorização, permissão e concessão. Os poderes, direito e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são inconfundíveis entre si. É impossível substituição de concessão e permissão por autorização. Não são três institutos fungíveis entre si, cuja adoção dependeria de mera opção da Administração Pública.

(...)

Alguns poderiam combater a construção ora exposta com o argumento de a Constituição aludir à autorização, em inúmeras hipóteses, quando prevê a possibilidade de serviços públicos serem delegados por via de concessão ou permissão. É o que ocorre no art. 21, inc. XII, por exemplo. Pode-se contrapor que isso não significa que autorização seja instituto "fungível" em face de concessão e permissão.

Tal como anteriormente apontado, a referência à autorização, encontrada na redação constitucional, decorre da possibilidade de certas atividades configurarem-se como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito, a depender das circunstâncias e características. Sobre o tema já se discorreu acima. Renova-se a afirmação de que o distinto regime jurídico depende do vínculo entre a atividade desempenhada e a satisfação de necessidades referidas, modo direto ou indireto, ao princípio da dignidade da pessoa humana ou políticas essenciais.

Mais uma vez é Luis Gustavo Kaercher Loureiro (2009, p. 60 e 128/9) quem demonstra que os termos "concessão", "permissão" e "autorização" foram utilizados em diversos dispositivos e em diferentes contextos pela CRFB/88.

¹⁶ Este era o caso do autor deste trabalho que, após contato com a obra de Loureiro (2009) reviu sua posição.

Analisando os variados usos dos termos pelo texto constitucional, observa que a concessão¹⁷ pode ser caracterizada como "*ato constitutivo de direito em favor de terceiro, o qual deriva de uma prévia competência ou poder administrativo, cujo exercício lhe é transferido*" (LOUREIRO, 2009, p. 137) e, apoiado na obra *A Concessão de Serviços Públicos* de Pedro Gonçalves (Coimbra: Almedina, 1999), demonstra a desnecessidade ou impropriedade de automática identificação da concessão administrativa com a concessão de serviço público (sendo esta apenas uma de suas diversas modalidades).

Da mesma forma, demonstra que o termo autorização conquanto tenha sido efetivamente utilizado pela Constituição em sua feição clássica de polícia administrativa (nesse sentido o art. 170 da CRFB/88) assim não pode ser considerado quando empregado em contexto que envolve serviços e bens reservados ao Poder Público. Confira-se:

Como quer que seja, fato está que a autorização, nesses contextos não parece ser aquela "clássica", de polícia (art. 170, par. único), mas aponta para a criação de um vínculo ex novo e originário entre o poder público e o privado, que tem por objeto a constituição, em favor do segundo, de uma posição jurídica nova, antes não integrada em seu patrimônio, e derivada de um poder ou competência estatais prévios. A autorização dos arts. 21, incs. XI e XII; e 176 envolvem tarefas e bens reservados ao Estado e não atividades privadas livres, ainda que condicionadas.

Especificamente com relação ao art. 21, incs. XI e XII, se não é necessário relacionar a autorização – ou a concessão ou a permissão – com o serviço público, parece, sim, imprescindível tê-la por ato de delegação de uma competência material que toca à União realizar. O núcleo significativo do dispositivo é "compete à União explorar" (aquilo que se entender por "serviços e instalações de energia elétrica") o que é bastante diferente de uma eventual competência para autorizar, como é o caso dos arts. 170 e 209, vistos acima. Não lhe compete, apenas emitir o ato (autorizar) mas executar a tarefa, direta ou indiretamente, neste último caso, mediante – dentre outros títulos – autorização. Nesses casos entende-se que o texto constitucional impede a manutenção do sentido tradicional, o qual só vingaria aqui às custas do texto. (LOUREIRO, 2009, p. 148)

As ponderações de Luis Gustavo Kaercher Loureiro explicitam e indicam os equívocos de origem subjacentes às pré- compreensões da doutrina tradicional.

Nada obstante, a análise de recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal indica que o tribunal constitucional também permanece realizando uma leitura demasiadamente tradicional do texto constitucional. A isso se dedica a próxima seção.

¹⁷ O mesmo raciocínio se aplica à permissão.

2.4. POSIÇÃO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já anotado, encontram-se pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.090-6/DF e, ainda, a ADI nº 3.100/DF, nas quais é questionada a íntegra da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, convertida na Lei nº 10.848/2004, que introduziu o assim conhecido "Novíssimo Modelo" do setor de energia elétrica.

Na ADI nº 3.090/DF, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB é sustentada a relação entre o marco regulatório do setor de energia elétrica e o quadro constitucional existente antes e após a edição da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do § 1º do art. 176 da CRFB/88 substituindo a expressão "*empresa brasileira de capital nacional*" por "*empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*" para efeitos de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.

Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do relatório do Ministro Gilmar Mendes:

A idéia básica, defendida pelos autores, é a de que o atual arcabouço normativo do setor elétrico nacional constitui uma decorrência da Emenda Constitucional nº 6, que teria viabilizado "o novo ambiente institucional e regulatório do setor elétrico brasileiro, baseado no investimento privado" (fls. 11).

A partir de tal argumentação, conclui o autor da ADI que qualquer alteração normativa na referida legislação configuraria regulamentação da matéria, objeto do § 1º do art. 176 da Constituição, conforme teria assentado esta Corte na ADI 2.005. A reforçar tal conclusão, aponta o seguinte excerto do voto do Ministro Pertence na ADI 2.005, *verbis*:

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

Tal conclusão serve ao argumento seguinte, em que o autor aponta a incidência do art. 246 da Constituição, a restringir a regulamentação da matéria via medida provisória.

(...)

Em seguida, a inicial ocupa-se com uma impugnação específica dos dispositivos da Medida Provisória 144.

A par da alegada violação ao art. 246, há impugnações específicas quanto à violação ao princípio federativo, ao princípio da defesa do consumidor, ao princípio do ato jurídico perfeito, e ao princípio da reserva legal.

Já na ADI nº 3.100/DF, ajuizada pelo antigo Partido da Frente Liberal – PFL (hoje Democratas), que também questiona a integralidade da Medida Provisória nº 144/2003, são apresentadas alegações similares às relacionadas na ADI nº 3.090/DF, sendo, ainda, sustentado a inconstitucionalidade da medida provisória ao (i) promover alterações na estrutura do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, (ii) extinguir o Mercado Atacadista de Energia – MAE e (iii) autorizar a utilização da arbitragem para a solução de conflitos entre os agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Superada questão preliminar relativa à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei¹⁸, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencidos os Ministros Gilmar Mendes¹⁹ e Marco Aurélio, indeferiu a medida cautelar requerida pelos autores, por considerar que:

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.

No mérito, entende-se como correta a decisão do STF haja vista que, conforme visto acima, os aspectos da indústria da energia elétrica disciplinados pela Lei nº 10.848/2004 transcendem em muito a regulamentação do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º da CRFB/88).

¹⁸ O STF entendeu, por maioria de votos, que a promulgação da lei de conversão não convalida vícios formais porventura existentes na medida provisória, e, portanto, não prejudica a análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade.

¹⁹ Confira-se o seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes: "Nesse exame de cautelar, não me parece cabível, portanto, uma interpretação tão restritiva como aquela da ADI 2005. Tenho como aplicável ao caso, todavia, o precedente da ADI 2473, uma vez que o considero mais consentâneo com a regra do art. 176, § 1º, da Constituição, na redação da Emenda nº 6, em sua conjugação com o art. 246. 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. Lembre-se, sobretudo, que a regra do art. 246 surge justamente na Emenda nº 6, tendo sido reproduzida na Emenda nº 7, também de 1995. [§] Assim, considerando os precedentes firmados pela Corte nas ADI's 2005 e 2473, e considerando que o art. 176, § 1º, da Constituição, foi objeto de substantiva alteração pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, tenho como aplicável ao caso a restrição do art. 246. [§] Todavia, na linha do referido precedente da ADI 2473, tendo em vista a possibilidade de aplicação de preceitos da Medida Provisória às fontes outras de produção de energia, considero adequada a adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia."

Não há como caracterizar a disciplina da comercialização de energia elétrica como regulamentação do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º), haja vista que a energia elétrica comercializada pode ser tanto de fonte hidráulica, quanto térmica, solar, eólica etc.

Da mesma forma, entende-se que a antiga redação do art. 176, § 1º, não vedava a participação da iniciativa privada nas atividades do setor elétrico nacional. A expressão "*empresa brasileira de capital nacional*" impedia apenas que empresas estrangeiras (de capital internacional) realizassem o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, refletindo a tradicional postura nacionalista de tratamento do tema²⁰. Nada impedia que empresas privadas (desde que de capital nacional, nos termos do já revogado art. 171) obtivessem a concessão ou autorização para o referido aproveitamento.

Ocorre que, e este o aspecto relevante a ser destacado, os eminentes Ministros do STF entenderam, em sua maioria, que a Medida Provisória nº 144/2003 (e conseqüentemente a Lei nº 10.848/2004) "*versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico.*"

Nesse sentido, confira-se os seguintes excertos do voto-vista apresentado pelo Ministro Eros Grau, que inaugurou a divergência:

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

²⁰ LOUREIRO, 2008.

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.

(...)

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.

12. A pesquisa e lavra de recursos minerais em geral é objeto de regulação pelo Código de Mineração. A prestação do serviço público implementado mediante o aproveitamento de potenciais de energia elétrica é objeto de regulação pela lei mencionada no artigo 175 da Constituição.

13. A lei que em geral regula a matéria de concessões é a Lei n. 8.987/95, com aplicação, tão logo sancionada, à prestação de serviços públicos do setor elétrico. Após advieram medidas provisórias – duas delas anteriores à EC 6/95, as outras, onze, posteriores à emenda constitucional – regulando-a, isto é regulando a prestação de serviços públicos no âmbito do setor elétrico. Todas elas – note-se bem – consubstanciando norma especial em relação à Lei n. 8.987/95.

14. Daí porque se conclui que a regulamentação do setor elétrico, inclusive a implementação pela medida provisória convertida na Lei n. 10.848, de 15 de março de 2.004, encontra sua matriz constitucional não no § 1º do artigo 176, mas sim no artigo 175 da Constituição do Brasil.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

Sr. Presidente, os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa convergem, no que toca à inaplicabilidade do artigo 246 da Constituição Federal, sob o fundamento de que a Emenda nº 6 não introduziu novidades materiais no setor de energia elétrica. Eu até acrescentaria: nem mesmo uma qualificação desse setor de energia elétrica enquanto serviço público, porque isso já constava da redação originária da Constituição, no artigo 21, inciso XII, letra 'b'. Esse setor de energia elétrica, tanto quanto a atividade de aproveitamento dos potenciais hidráulicos, tudo já constava da Constituição como atividade configuradora de serviço público, porém passíveis de transpasse à iniciativa privada, no plano da prestação material, mediante concessão ou permissão. Está dito isso, também, no artigo 21, inciso XII, letra 'b' da Constituição, redação originária. A titularidade dos dois serviços era pública, mas o exercício, não. O exercício já estava aberta à iniciativa privada mediante concessão ou permissão, na linguagem do art. 175 da Carta Magna brasileira.

(...)

E o caráter de serviço público quanto ao aproveitamento dos potenciais permaneceu, a titularidade continuou estatal, apenas o exercício da atividade é que foi ampliado de sorte a alcançar empresas estrangeiras, desde que constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração em nosso País.

O voto-vista da Ministra Ellen Gracie também entendeu que a Lei nº 10.848/2004 caracteriza-se como disciplina dos comandos constitucionais do art. 175 (serviço público) da CRFB/88. Confira-se:

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.

A leitura atenta dos trechos acima reproduzidos revela que os Ministros do STF permanecem presos às tradicionais pré-compreensões que conduzem tanto à dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas *stritu senso* quanto ao fetichismo jurídico em torno dos termos "concessão", "permissão" e "autorização".

Com efeito, o Ministro Eros Grau utiliza, no item 11 de seu voto, a dicotomia para justificar a submissão do aproveitamento dos potenciais hidráulicos ao regime jurídico do serviço público.

Já o Ministro Carlos Ayres Britto sustenta que a "*competência econômica pública prestacional*"²¹ constante do art. 21, XII, "b", implicaria na "*qualificação desse setor de energia elétrica enquanto serviço público*". Sustenta sua posição afirmando que "*isso já constava da redação originária da Constituição*", sendo, portanto, o caso de se perguntar maieuticamente: Onde na Constituição consta a qualificação dos serviços e instalações de energia elétrica como serviços públicos? Tal qualificação consta "da" Constituição ou de uma determinada "leitura" da Constituição?

Com o devido respeito, a situação parece ser exatamente aquela contrária à apontada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. É que na literalidade do art. 21, XII, "b", os serviços e instalações de energia elétrica nunca foram expressamente qualificados como serviços públicos, ao contrário do que se verificava em relação aos serviços de telecomunicações, haja vista que o art. 21 XI, em sua redação original²² expressamente

²¹ LOUREIRO, 2009, p. 59.

²² O Art. 21, XI em sua redação original dizia competir à União: "XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União." A EC nº 8/95, além de possibilitar a delegação dos serviços de telecomunicações a empresas privadas também eliminou a qualificação da atividade como serviço público, mantendo, entretanto, a figura da concessão (agora acompanhada da permissão e autorização). O fato

os qualificava como serviços públicos, qualificação esta suprimida pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Por fim, o trecho do voto-vista da Ministra Ellen Gracie acima transcrito demonstra, também com o devido respeito, a artificialidade e os efeitos deletérios da dicotomia entre serviço público e atividades econômicas *stritu senso*. É que, e isso também ocorre nos demais votos, a oposição fundamental entre os arts. 173 e 175 da Constituição retira dos Ministros a possibilidade da exploração das potencialidades normativas do próprio art. 21, XII, "b", sede constitucional da competência da União em matéria de serviços e instalações de energia elétrica. Toda a análise da matéria é feita mediante consideração direta do art. 175, ou seja, do regime de serviço público.

Os argumentos apresentados pelos Ministros dão razão àqueles que defendem a inconstitucionalidade da exploração de serviços e instalações de energia elétrica mediante utilização do regime jurídico de direito privado. O raciocínio é simples: se os serviços e instalações de energia elétrica caracterizam-se como serviços públicos devem, nos termos do art. 175 da CRFB/88, observar o respectivo regime jurídico.

Dessa forma, caso os Ministros mantenham o entendimento apresentado acima por ocasião do julgamento do mérito, o fato poderá implicar na declaração da inconstitucionalidade de diversos dispositivos do atual marco regulatório do setor de energia elétrica, notadamente da figura do Produtor Independente de Energia Elétrica – PIE, figura que tem sido fundamental para a atração dos investimentos privados necessários à expansão da capacidade instalada do parque de geração do setor de energia elétrica.

Por fim, uma advertência. A análise acima apresentada evidentemente desconsidera, por não serem relevantes aos objetivos deste trabalho, outros aspectos importantes do acórdão tais como (i) a possibilidade da delegação de competências normativas do Poder Legislativo ao Poder Executivo e a qualidade da prévia definição dos "standards" normativos a serem observados, (ii) a natureza jurídica e das respectivas

indica que os serviços de telecomunicações podem ser concedidos, permitidos ou autorizados sem necessariamente caracterizarem serviço público.

funções desempenhadas pela CCEE²³ e pelo ONS²⁴. Tais questões ficam para um possível desenvolvimento posterior.

2.5. NOVA CONCEPÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA – A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE KAERCHER LOUREIRO

Passados em exame seus fundamentos, verifica-se a ausência de abertura da leitura doutrinária tradicional para o atual contexto político, econômico e legislativo da indústria da energia elétrica.

Com efeito, as inovações legislativas são peremptoriamente taxadas como inconstitucionais, aferrando-se a doutrina tradicional à idéia de que os serviços e instalações de energia elétrica são serviços públicos por determinação constitucional. De outro lado, são apresentadas leituras incompatíveis com a própria literalidade da norma constitucional, ao – aparentemente – se atribuir aos fatos força normativa. Ambas as posturas revelam-se fundadas em pré-compreensões inadequadas, devendo, portanto, serem superadas.

Abre-se, assim, espaço para as novas possibilidades interpretativas do texto e do contexto constitucional oferecidas por Luis Gustavo Kaercher Loureiro em obra que consegue, no dizer de Inocêncio Mártires Coelho, *"reacender esperanças onde tudo parece fechado e desalentador."* (LOUREIRO, 2009, p. 12)

Loureiro (2009, p. 21), partindo da constatação de que *"a 'questão energética' hoje está a exigir do direito mais do que exigira antes, uma vez que se limitou a uma regulação tópica, não abrangente e pouco estratégica"* e atento à necessidade de concretização das normas constitucionais (a exigir a abertura da interpretação ao contexto), porém com a devida observância dos limites do texto, empreende nova leitura constitucional da *"questão energética"*, questionando a existência (e conteúdo) de uma política energética na Constituição.

²³ Quanto à CCEE confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: "Logo, evidencia-se que o MAE caracteriza-se como uma pessoa jurídica de direito privado "atípica", com forte coloração pública. É uma instituição peculiar que desempenha uma função de eminente interesse público."

²⁴ Quanto ao ONS confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: "Alega-se, quanto às disposições relativas ao ONS, violação ao art. 5º, XVIII. Tal como o MAE, cuida-se o ONS de entidade associativa que não se enquadra no modelo tradicional de uma associação privada. Assim, ressalvado melhor exame, quando do julgamento do mérito, não vejo plausibilidade da impugnação na parte da MP que promove alterações no Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS."

Dessa forma, examina a Constituição e verifica sim a existência de um "*discurso constitucional sobre energia*", discurso este que, atento às características específicas da matriz energética brasileira, articula de maneira ordenada "*uma disciplina [jurídica] das fontes de energia e uma disciplina [jurídica] das atividades energéticas*", de forma a "*delimitar o espaço público e o privado em tema de energia*" (LOUREIRO, 2009, p. 37). Nesse sentido, assim se posiciona Loureiro:

Se esta é a estrutura ou a forma que toma a disciplina constitucional, as fundamentais características de seu conteúdo podem ser assim enunciadas: demonstrando atenção com a efetiva configuração da matriz energética nacional e desviando-se da regra geral que atribui a realização das atividades econômicas à iniciativa privada em regime de livre iniciativa, a Constituição de 1988 – mais do que qualquer outra de nossa história – dotou o Estado brasileiro de fortes poderes regulatórios, fiscalizatórios e de competências materiais (administrativas), relativamente às principais fontes e indústrias energéticas, vinculando-as de modo direto à realização de certos objetivos públicos, ainda que tenha admitido a possibilidade de incidência de um regime jurídico competitivo e a participação (executiva) de agentes privados titulados pelo Poder Público. Mais especificamente, essa presença do Poder Público é presença da União Federal. (LOUREIRO, 2009, p. 37)

Dessa forma, Loureiro logra êxito em situar os serviços de energia elétrica no contexto da "*indústria energética*", categoria ainda não explorada pela doutrina jurídica tradicional, realizando a aproximação jurídica – técnica e economicamente já há muito realizada – entre as indústrias do petróleo, do gás e da eletricidade, "*atividades substituíveis (concorrentes), dependentes e complementares entre si*" (LOUREIRO, 2008, p. 61), mas que vêm recebendo tratamento jurídico distinto por parte da doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro.

Como antecipado pela seção anterior, Loureiro questiona a tradicional dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas *stritu senso*, demonstrando seu artificialismo. Propõe então nova leitura do texto constitucional, agora livre de pré-compreensões.

Para tanto, deve-se partir da análise do "*núcleo da regulação constitucional da indústria elétrica*" (LOUREIRO, 2009, p. 81), ou seja, do art. 21, XII, "b" da CRFB/88, apresentando-lhe novas questões. A análise do dispositivo em tela, que atribui competência administrativa exclusiva à União, permite, já de plano, constatar que a Constituição realiza fundamental divisão de atribuições no âmbito da arena econômica da energia elétrica: a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica é matéria de competência da União, portanto, pública, não havendo direito

originário ou preexistente para eventual atuação privada neste domínio. Opera-se aqui a reserva da atividade econômica à competência material pública (verdadeira *publicatio* constitucional). Sendo assim, assenta-se que eventual atuação privada neste campo somente se poderá realizar mediante delegação específica.

Fixado que compete exclusivamente à União explorar os "*serviços e instalações de energia elétrica*", Loureiro avança na análise do dispositivo constitucional indagando quanto ao alcance do domínio normativo da expressão "*serviços e instalações de energia elétrica*". A questão releva-se complexa, porém fundamental por duas ordens de idéias:

- a) primeiro porque somente mediante sua resposta pode-se, concretamente, realizar a clivagem entre as esferas pública e privada em matéria de energia elétrica. Explica-se: definindo-se com precisão quais são os serviços de energia elétrica defini-se, por exclusão, quais são aquelas atividades que, conquanto relacionadas à energia elétrica, se encontram abertas à livre iniciativa privada, sendo assim passíveis de exploração por direito próprio pelos agentes privados e, portanto, sem a necessidade de prévio título de delegação da atividade; e
- b) somente o adequado entendimento da extensão²⁵ da expressão, permite identificar as atividades que a União, titular da competência, tem a obrigação (função) de realizar.

A análise do tema permite compreender que a constituição não especificou quais são os "*serviços e instalações de energia elétrica*", tendo a tarefa ficado a cargo do legislador ordinário. Loureiro indica quais balizas deverão ser observadas pelo legislador nessa tarefa: "(i.) *garantir o exercício pleno e completo da competência, i.e., a realização da finalidade à qual se destina (oferecimento da utilidade "energia elétrica")*"; (ii.) *evitar o sacrifício desnecessário do princípio da liberdade de iniciativa no âmbito econômico.*" (LOUREIRO, 2009, p. 96).

Após analisar a compreensão²⁶ dos termos "*serviços*" e "*instalações*" e, ainda, as diversas formas de seu relacionamento, Loureiro conclui no sentido de que os serviços de energia elétrica devem limitar-se às atividades "*material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização*" (LOUREIRO, 2009, p. 102) sendo, portanto,

²⁵ Na lógica tradicional, a extensão é conjunto formado por todos os elementos singulares designados por um conceito.

²⁶ Na lógica clássica, a compreensão é o conjunto formado pelas características ou qualidades que estão contidas na definição de um conceito.

claramente serviços de energia elétrica (em sentido jurídico-constitucional) a geração, a transmissão e a distribuição.

Já a atividade de comercialização "*dependerá de uma tomada de posição do legislador ordinário*", haja vista que a atividade não se encontra exclusiva, direta e permanentemente vinculada à obtenção material de energia elétrica. Com efeito, a comercialização viabiliza apenas negocialmente (portanto, indiretamente) a obtenção da utilidade energia elétrica (LOUREIRO, 2009, p. 104).

O relevante aqui é retomar a idéia de que, uma vez definida a extensão da expressão "*serviços e instalações de energia elétrica*" as atividades que forem consideradas como tal constituem uma "*competência econômica pública prestacional*", insuscetível de exploração privada sem prévio título habilitante, não podendo, pela mesma razão, serem consideradas como "*atividades econômicas privadas de interesse público*" (ARAGÃO, 2007, p. 236).

Nada obstante, necessário observar que a atribuição de uma "*competência econômica prestacional*" ao Poder Público não exige sua automática caracterização como serviço público.

Obviamente que do simples fato da caracterização dos serviços de energia elétrica como "*competência econômica pública prestacional*" decorre a necessidade da observância dos princípios que regem a administração pública direta e indireta, inscritos no art. 37 da CRFB/88 (LOUREIRO, 2009, p. 51/2), o que não significa sua submissão ou identificação com o regime jurídico do serviço público.

Colocando o art. 173 como núcleo interpretativo da atuação estatal na esfera econômica, supera-se a tradicional dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas *stritu senso*. A leitura atenta da primeira parte do dispositivo ("*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição*") permite a conclusão de que a própria CRFB/88 colocou uma série de "*competências econômicas prestacionais*" sob a responsabilidade do Poder Público. Já a segunda parte do dispositivo aponta para a possibilidade da ação (intervenção) estatal sobre as demais atividades econômicas que não lhe foram reservadas (neste caso, mediante o atendimento de requisitos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

Dessa forma, a distinção possível diante do texto constitucional é entre atividades econômicas reservadas (pela própria Constituição) ao Estado e o restante das atividades econômicas submetidas à livre iniciativa privada. Nessas últimas atividades o Estado somente pode atuar quando devidamente autorizado pelo legislador ordinário e, de qualquer forma, sua atuação será sempre em paralelo com a iniciativa privada (LOUREIRO, 2009, p. 113).

Analisando o texto constitucional, Loureiro verifica que são variados e importantes os "*casos*" de atividades econômicas imputadas ao Estado (pela Constituição), sendo possível agrupá-los da seguinte forma: (i) casos em que não há qualquer indicativo quanto ao regime jurídico a ser observado para efeitos de desempenho da atividade de titularidade estatal; (ii) casos em que as atividades são expressamente qualificadas pela Constituição como serviços públicos²⁷; e (iii) casos, mais numerosos, em que o regime jurídico da atividade é apenas parcialmente indicado, sendo este último o caso das atividades relacionadas à indústria da energia elétrica (LOUREIRO, 2009, p. 114/5).

Nada obstante, não há muito em comum entre tais atividades, não sendo possível, além de entendê-las como "*competências econômicas públicas prestacionais*", submetê-las, *a priori*, a um único regime jurídico.

A remissão das "*competências econômicas públicas prestacionais*" ao regime jurídico indicado pelo art. 175 da CRFB/88 parece inadequada, haja vista que "*numa interpretação rigorosa, tem de se reconhecer que as variações gramaticais não podem ser tratadas como pormenores negligenciáveis*" (GONÇALVES, 2008, p. 200). É que o art. 175 estabelece que "*Incumbe ao Poder Público, (...), a prestação de serviços públicos*" e não que todas as atividades imputadas ao Poder Público devem ser necessariamente serviços públicos.

Nesse sentido a esclarecedora posição de Luis Gustavo Kaercher Loureiro:

O art. 175 não é uma *regra de reconhecimento das atividades que devem ser tidas por serviços públicos*, mas um instrumento oferecido ao legislador para que adote um certo regime jurídico para aquelas tarefas que a Constituição impõe ao Estado e em face das quais os objetivos por elas visados serão mais eficazmente alcançados

²⁷ Este era o caso dos serviços de telecomunicações até a edição da Emenda Constitucional nº 8/95, que eliminou tal qualificação.

com o regime estabelecido no parágrafo único, em particular, a “política tarifária” e o “serviço adequado”.

O que positivamente faz o dispositivo é simplesmente dar uma *pista* sobre quais podem ser os “candidatos” a serviço público: aquelas atividades que foram imputadas ao Estado e que, por isso, são já obrigações suas. Mas, rigorosamente, trata-se tão-somente disto: de uma *pista*. A identificação em concreto dos serviços públicos, *dentre as atividades imputadas pela Constituição ao Estado*, é – repise-se – tarefa do legislador ordinário que a deve realizar em atenção às características empíricas da atividade, valorações de conveniência etc. *Ser tarefa estatal é uma condição necessária mas não suficiente para ser serviço público: há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda a atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público.* (LOUREIRO, 2009, p. 123)

E, como visto em seção anterior, nem mesmo a utilização pelo texto constitucional dos termos “concessão”, “permissão” e “autorização” permite qualquer conclusão definitiva quanto ao regime jurídico ao qual deve ser submetida a exploração dos “serviços e instalações de energia elétrica”.

É que – diante do texto constitucional – não há essência alguma em tais termos, a não ser sua natureza delegatória do exercício de “competências econômicas públicas prestacionais”. Confira-se a valiosa lição de Kaercher Loureiro:

Este 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 ordinário.

Já se vê que o traço básico desta proposta de leitura da Constituição é a configuração de *uma ampla liberdade de conformação do regime jurídico da indústria elétrica* (e de seus títulos) pelo legislador ordinário, *dentro, porém, dos limites traçados pela Constituição* a qual tem tais atividades como competências públicas, e não simples manifestações da liberdade de iniciativa, ainda que mais ou menos regulada. A Constituição não aferrou à indústria um regime jurídico de direito público, nos moldes do art. 175, embora tenha mantido o Estado como obrigado a prestar e oferecer os serviços de energia - por si ou por terceiros que lhe façam as vezes. Com isso, também assegurou-lhe 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”). (LOUREIRO, 2009, p. 156/7)

Por fim, necessário o registro de que o art. 176 não pode ser utilizado como fundamento para o entendimento no sentido de que a geração de energia elétrica a partir do aproveitamento do potencial hidráulico, titulada por concessão de uso de bem público, caracterizaria mera atividade privada. Com efeito, Loureiro demonstra como a propriedade do potencial hidráulico foi utilizada pelo Poder Público como verdadeira “cunha regulatória”, não sendo cabível sua leitura às avessas. Ademais, a concessão de

uso de bem público já foi utilizada como mecanismo de disciplinamento da própria atividade de exploração do domínio público. (LOUREIRO, 2009, p. 65 a 78 e 158)

Os conteúdos normativos relevantes do art. 176 são (i) a imposição da nacionalidade do agente explorador, (ii) a dispensa de autorização ou concessão para a exploração de certos aproveitamentos e (iii) a obrigatoriedade de que o aproveitamento seja realizado no interesse nacional. Esta última nota, aliada ao fato de que o uso concedido ou autorizado é aquele próprio para o qual o bem se destina, elimina a possibilidade da compreensão egoística normalmente conferida ao dispositivo pela doutrina tradicional.

Estas as conclusões de Kaercher Loureiro quanto ao tema:

Se a estas considerações se acrescenta o fato de que já a competência genérica e abrangente da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, inc. XII, *b*) impediria construções que se sustentassem na *indiferença do concedente pelo uso do bem concedido*, chega-se à conclusão de que a (eventual) concessão (ou autorização) de uso de bem público envolve não apenas o bem, mas também a *atividade*. Como também já se viu, não há qualquer coisa de estranho nisso.

3. CONCLUSÕES

Conforme visto na Introdução, este trabalho pretende apresentar as pré-compreensões que fundamentam o pensamento da doutrina jurídica tradicional, com vistas à sua superação, na medida em que também é apresentada nova interpretação do texto e do contexto constitucional no que toca à indústria da energia elétrica.

É que os serviços de energia elétrica vêm sendo tradicional e integralmente considerados e classificados como típicos serviços públicos pela doutrina do Direito Administrativo brasileiro. Como visto ao longo do texto, a doutrina tradicional insiste em ontologias e essencialismos e impõe a pecha da inconstitucionalidade sobre as inovações legislativas introduzidas pelo recente marco regulatório do setor de energia elétrica.

As razões que fundamentam a leitura tradicional podem ser assim sumarizadas:

- a) a crença na existência da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas *stritu senso*, e

- b) um fetichismo jurídico em torno dos termos "concessão", "permissão" e "autorização".

Verificou-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal se encontram em linha com a leitura empreendida pela doutrina tradicional do Direito Administrativo. O fato pode implicar na declaração da inconstitucionalidade de diversos dispositivos do atual marco regulatório do setor de energia elétrica, notadamente das figuras do Comercializador e do Produtor Independente de Energia Elétrica – PIE, haja vista que no entendimento apresentado pelo Tribunal os serviços de energia elétrica seriam, todos, inerentemente serviços públicos.

O trabalho apresenta, então, uma nova concepção da indústria da energia elétrica, segundo a qual, a par de inseri-la na idéia maior de "*indústria energética*"²⁸, entende que a concretização normativa da exata extensão dos "*serviços e instalações de energia elétrica*" é tarefa deixada a cargo do legislador ordinário.

O legislador ordinário, em sua tarefa de especificação normativa dos serviços de energia elétrica, encontra-se, como visto, informado pelo princípio da subsidiariedade e proporcionalidade, haja vista que "*está em causa uma restrição da esfera da liberdade econômica privada*" (LOUREIRO, 2009, p. 94).

Nada obstante, entende-se que uma vez estabelecida a extensão dos "*serviços e instalações de energia elétrica*" encontram-se em jogo "*competências econômicas públicas prestacionais*" (verdadeira *publicatio* constitucional) que, como tais, (i) encontram-se submetidas a um regime jurídico publicístico mínimo, conferido pelos termos do art. 37 da CRFB/88; e (ii) se por um lado não podem ser consideradas como "*atividades econômicas privadas de interesse público*" (ARAGÃO, 2007, p. 236) por outro (iii) podem ser organizados juridicamente como passíveis de exploração tanto mediante o regime jurídico de serviço público (capaz de submeter o serviço a uma "*política tarifária*") quanto mediante a utilização do instrumental oferecido pelo direito privado (mais apto a lidar com atividades desenvolvidas em regime de concorrência). (LOUREIRO, 2009, p. 123)

²⁸ O que reclama sua consideração e tratamento conjunto com outras indústrias, como a do petróleo e gás.

A opção por um ou outro regime jurídico, ficará, por evidente, sob o talante do legislador ordinário, atento aos objetivos (art. 3º da CRFB/88) a serem necessariamente perseguidos por toda e qualquer ação econômica estatal.

Dessa forma, pode-se, agora, entender como constitucional a opção legislativa que admite a prestação de serviços de energia elétrica (geração e comercialização) em regime preponderantemente privado, a despeito de sua caracterização como "*competências econômicas públicas prestacionais*".

No novo contexto interpretativo ora apresentado, o art. 21 da Constituição, antes de apresentar rol de "*serviços públicos por determinação constitucional*", como entende a doutrina dominante, deve ser lido, interpretado e compreendido como um rol de "*competências econômicas públicas prestacionais*", a exigir a atuação, direta ou indireta, do Poder Público (no caso a União) sobre determinadas parcelas da atividade econômica que a própria Constituição reservou ao Estado, por variadas e multifacetadas razões.

Especificamente quanto aos "*serviços e instalações de energia elétrica*" e o "*aproveitamento energético dos cursos de água*" entende-se que nem o art. 21, XII, "b", nem o art. 176, ambos da CRFB/88, os qualificaram, expressa ou implicitamente, como serviços públicos, também não se prestando a tanto o art. 175 (que não identifica os serviços públicos, mas apenas estabelece o respectivo regime jurídico).

Dessa forma, compreende-se que, conquanto eventual atuação privada na exploração dos "*serviços e instalações de energia elétrica*" necessite de "*título jurídico habilitante*" os respectivos atos de delegação (concessão, permissão ou autorização) poderão, ou não, configurar delegação de serviços públicos. (LOUREIRO, 2009, p. 156)

Pelo exposto, pode-se concluir no sentido de que os recentes desenvolvimentos verificados na indústria da energia elétrica, ao admitir a prestação de serviços em regime de direito privado, concomitantemente com sua prestação em regime de direito público, vem contribuindo com o processo de mutação constitucional²⁹ da noção de serviço público no direito brasileiro.

²⁹ No caso, tratar-se-ia do processo de mutação constitucional por via interpretativa. (FERRAZ, 1986, p. 57/8).

Destaca-se, por fim, que o entendimento ora apresentado, longe de caracterizar completa liberação ao mercado das atividades em tela, implica em reafirmar o relevante papel do Poder Legislativo como instrumento de representação e atualização da vontade popular na definição de seus próprios destinos. Assim, toma relevância a questão do processo legislativo (como instrumento de participação da sociedade civil organizada na formação da convicção acerca das decisões fundamentais da coletividade) na concretização constitucional da extensão dos "*serviços e instalações de energia elétrica*", bem como na respectiva opção por sua submissão ao regime jurídico público ou privado.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Ministério das Minas e Energia. *Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico*. [Brasília]:[s.n.], julho, 2003.

BRASIL. Ministério das Minas e Energia. *Modelo Institucional do Setor Elétrico*. [Brasília]:[s.n.], dezembro, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI nº 3.090-6/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Acórdão de 11 de outubro de 2006. D.J.U. de 26/10/2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 1º jan. 2007.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público*. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ed. Ícone, 2001.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 157-175.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

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

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GANIM, Antonio. *Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares e tributários*. Rio de Janeiro: Ed. Canal Energia, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *As concessões no sector elétrico*. In: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *et al. Temas de Direito da Energia*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 185-214.

GROTTI, Dinorá Adelaida Musetti. *Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

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

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher; SOUTO, Carlos Fernando. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Algumas reflexões sobre a base normativa do setor elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: IFE, 5, julho, 2007. Disponível em <<http://raceadm3.nuca.ie.ufrj.br/buscarace/Docs/gkloureiro1.pdf>>. Acesso em: 21/02/2008.

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

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

MEDAUAR, Odete. *Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo / Uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115-126.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *et al. Temas de Direito da Energia*. Coimbra: Almedina, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.). *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo / Uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações nos Serviços Públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 20 de julho de 2005.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 5 de maio de 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 5 de maio de 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de julho de 2005.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídicos-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 367-409.

ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica. Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAUER, Ildo Luís *et. al.* Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro. In: SAUER, Ildo Luís *et. al.* *A reconstrução do setor elétrico brasileiro*. Campo Grande: Ed. UFMS; São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 9-202.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconômica*. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

TERRY, Leslie Afranio. Monopólio Natural na Geração e Transmissão no Sistema Elétrico Brasileiro. In: SAUER, Ildo Luís [et. al.]. *A reconstrução do setor elétrico brasileiro*. Campo Grande: Ed. UFMS; São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 265-276.

TOMAIN, Joseph P.&; CUDAHY, Hon Richard D. *Energy Law*. St. Paul, Mn: Thomson/West, 2004.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; ALVARENGA, Maia Amália F. Pereira. *Setor Elétrico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.