
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Notas acerca dos serviços públicos de energia elétrica no Brasil: uma análise a partir da ótica do STF

Luiz Egon Richter¹

Professor de Direito Administrativo e de Registros Públicos da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Neiva Cristina de Araújo²

Advogada. Especialista em Direito Público pelo IDC. Professora junto à FAPLAN em Passo Fundo (RS). Mestranda em Direito pela UNISC. Integrante do Grupo de Estudos Intercapções entre Direito Público e Direito Privado, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Bolsista BIPPS.

Resumo: Abordar a temática envolvendo o serviço público de energia elétrica não é tarefa das mais fáceis, até mesmo em decorrência da pouca doutrina escrita. Assim, no presente artigo, busca-se elaborar um caminho, que perpassa pelos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a fim de trazer elementos que facilitem/auxiliem a compreensão de alguns aspectos fundamentais para compreensão da temática aqui proposta. Nessa linha, necessário destacar que a Constituição Federal de 1988 não apenas inaugura o maior período democrático vivido pelo Brasil, mas também exerce importantes e fortes influências no ordenamento jurídico brasileiro, inegável que se trata de um instrumento que rompe com o passado e dá início a uma nova fase, não apenas no plano jurídico, mas também do ponto de vista político-social. Estas influências espalham-se, portanto, por diversos segmentos sociais e jurídicos, abrangendo, inclusive, o que é aqui é o grande objeto de estudos: os serviços públicos de energia elétrica, matéria que, ultimamente, tem despertado o interesse dos estudiosos do Direito Público. De grande importância a temática aqui abordada, pois hoje, no Brasil, segundo dados do IBGE, mais de 90% (noventa por cento) da população tem acesso ao serviço de energia elétrica, em outras palavras, é um serviço público que está presente no cotidiano do brasileiro. A fim de elucidar algumas questões que circundam os serviços públicos de energia elétrica, o presente artigo tem por intuito traçar algumas notas acerca das modalidades de exploração destes serviços e os seus modos de delegação — concessão, permissão e autorização, bem como analisar as formas de exploração da referida modalidade de serviços públicos, para ao final discorrer acerca de alguns entendimentos do Supremo Tribunal Federal envolvendo a matéria.

Palavras-chave: Energia elétrica. Serviços públicos. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Considerações iniciais – 1 Compreendendo as formas de execução dos serviços públicos – 2 Compreendendo a exploração do serviço público de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização – 3 Modos de delegação dos serviços públicos de energia elétrica – 4 O que diz o Supremo Tribunal Federal acerca dos serviços públicos de energia elétrica? – Considerações finais – Referências

¹ E-mail: <luizr@unisc.br>.

² E-mail: <neiva_araujo@yahoo.com.br>.

Considerações iniciais

O presente artigo tem por intuito analisar algumas questões ligadas ao serviço público de energia elétrica no Brasil. Muito embora o debate aqui suscitado esteja limitado ao campo jurídico, cabe fazer um recorte e mencionar que hoje a energia elétrica está associada à ideia de melhoria na qualidade de vida, também como fator de produção, de desenvolvimento econômico e até mesmo de geração de emprego. Sob outro ângulo, verifica-se que a falta de energia elétrica contribuiu para o avanço tecnológico, a exemplo da internet, que propicia o acesso à informação.

Dados coletados com o Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que “2,4 milhões de domicílios não têm acesso à energia elétrica, o que corresponde à cerca de 11 milhões de brasileiros. A maioria dos domicílios sem energia está localizada na área rural do país (2,1 milhões), principalmente nas regiões Norte (518,1 mil) e Nordeste (1,4 milhão)”³. Tais dados demonstram que, mais de 90% (noventa por cento) da população brasileira utiliza o serviço público de energia elétrica, em outras palavras, trata-se de uma modalidade de serviço público que atinge diretamente quase a totalidade dos brasileiros e que por isso merece destaque.

A verdade é que hoje já não mais é possível imaginar o mundo sem energia elétrica. O próprio Estado depende da energia elétrica para manter a operatividade de todo o seu aparato, aqui possível, mencionar um fato corriqueiro: a movimentação processual e o armazenamento destas informações. O sistema de computadores necessita de energia elétrica. Assim, a energia elétrica está em (praticamente) todos os lugares, por (quase) todos os cantos.

Ante a evidente importância da temática aqui apresentada, resta proposta a realização do aprofundamento de algumas questões (jurídicas) que circundam os serviços públicos de energia elétrica. Para tanto, faz-se necessário realizar uma abordagem acerca das formas de execução do serviço público de energia elétrica, das modalidades de exploração deste serviço, para ao final, traçar algumas ponderações acerca da legislação aplicável à espécie, na tentativa de compreender, num momento posterior o porquê dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

³ Dados disponíveis em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

1 Compreendendo as formas de execução dos serviços públicos

No tocante às formas de execução dos serviços públicos, Aragão⁴ ensina que a prestação destes pode ocorrer de modo centralizado quando os entes da federação prestam os serviços através de seus próprios órgãos, leia-se, a Administração Direta presta tais serviços. Já quando a prestação se dá de modo descentralizado ela pode ocorrer através de outorga ou delegação, sendo que em ambas há uma transferência da titularidade ou da execução.

A outorga ocorre quando a transferência ocorre através de lei para a entidade criada por um ente que compõe a Administração Direta, não sendo, aqui, aplicáveis aquelas garantias asseguradas aos concessionários que possuem contratos com a Administração Pública. A delegação,⁵ por sua vez, ocorre quando o Estado realiza a transferência, através de contrato de concessão ou de ato administrativo — permissão ou autorização da execução dos serviços públicos, assim o particular fica obrigado a atender as condições estabelecidas pelo Estado, bem como fica atrelado ao controle deste.⁶

Di Pietro refere que “a descentralização⁷ supõe a transferência de uma atividade própria da Administração Pública ou, mas especificadamente, de um serviço público”.⁸ Bandeira de Mello entende que há descentralização apenas quando a atividade descentralizada é qualificada como administrativa e destaca como características da descentralização administrativa:

- (I) personalidade — a descentralização supõe a existência de uma pessoa — o ente descentralizado — podendo se apresentar como titular, dotado de autonomia e patrimônio próprios;
- (II) exercício da atividade pública — trata-se de exercício de atividade havida pelo Estado como própria, pertinente à Administração, excluindo as atividades que ele desempenha segundo o regime de direito privado;
- (III) existência de controle administrativo e ausência de subordinação hierárquica — o ente descentralizado não está subordinado à Administração Central, mas está sujeito ao controle administrativo, pelo qual o Poder Público mantém a diretriz traçada para atender aos interesses públicos.⁹

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 559-560.

⁵ Em verdade, a concessão, a permissão e a autorização dos serviços públicos são espécies da delegação.

⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 560-561.

⁷ Di Pietro refere que tradicionalmente são apontados dois tipos de descentralização: a territorial ou geográfica e a por serviços, funcional ou técnica.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 49.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 81-85.

A descentralização dos serviços públicos dá-se através de concessão, de permissão ou de autorização. As concessões¹⁰ ganham força com as transformações que atingem o estado de Bem-Estar, o qual não consegue atender a todas as demandas que a sociedade lhe impõe, assim, o déficit faz com que o Estado busque soluções na iniciativa privada. Nas concessões de serviços públicos possibilita-se ao concessionário

o exercício de atividades públicas, não de atividades que já estão na órbita da livre iniciativa privada. Esse é o principal ponto de distinção em relação às autorizações e demais atos administrativos de polícia prévia, de fiscalização de atividades originariamente da própria esfera privada, que não possuem efeitos ampliativos da esfera jurídica.¹¹

Conforme disposição do art. 2º, II da Lei nº 8.987/95, considera-se concessão de serviço público “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.¹²

Di Pietro conceitua a concessão de serviço público como sendo o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.¹³

No tocante à natureza jurídica da concessão de serviços públicos não há consenso na doutrina, pois há as chamadas Teorias Unilaterais (que se subdivide nas correntes que entende ser existente um ato unilateral ou dois atos unilaterais), as Teorias Bilaterais (subdivide-se em três grupos, a que entende haver um contrato de direito privado, a que entende que há um contrato de direito público e que defende a existência de um contrato misto). Por fim, há a defesa de uma Teoria Mista, que defende que a concessão de serviços públicos é ato administrativo — no que se refere às cláusulas e condições da concessão; e contrato de direito privado — no que pertine ao dito equilíbrio econômico-financeiro da concessão, ao mesmo tempo.

¹⁰ Muito embora elas já tenham sido utilizadas, ainda que de um modo diferenciado, com o advento do Liberalismo, entrando em declínio no pós-Segunda Guerra Mundial e voltando à tona em um momento em que se discutia qual deveria ser o “tamanho” da máquina estatal (Cf. OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63).

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 563.

¹² BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

Já a permissão de serviços públicos, consoante o artigo 2º, IV da Lei nº 8.987/95 é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.¹⁴ Muito embora haja divergências no campo doutrinário, é possível extrair as seguintes características da previsão legal citada:

1. a permissão é uma das formas de delegação feita a particular — pessoa física ou jurídica — para a prestação de serviços públicos;
2. a permissão condiciona-se à prévia licitação pública;
3. a permissão impõe ao permissionário que preste o serviço por sua conta e risco;
4. tem a natureza contratual;
5. a permissão é celebrada intuitu personae;
6. a permissão é por prazo certo e determinado;
7. a permissão é delegada a título precário.¹⁵

Ao passo que o objeto da permissão é a execução de serviço público ou a utilização privativa do bem público, origina-se o entendimento de que a permissão possui um duplo significado. Nas palavras de Di Pietro: “o vocábulo ‘permissão’ possui um sentido amplo, que designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros”.¹⁶

Bandeira de Mello define a permissão de serviço público como “o ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”.¹⁷ Ao passo que a autorização é conceituada como “ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”.¹⁸

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 153.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 146.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 465.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 418.

A autorização no direito brasileiro tem três acepções: (i) aquela praticada no exercício do Poder de Polícia, sem a qual o desempenho da atividade seria legalmente proibida; (ii) a de uso, com a qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público, e, por fim, que nos interessa em particular, (iii) a de serviço público. E, em qualquer caso, a autorização é ato unilateral, discricionário e a título precário.¹⁹

Embora sejam formas de delegação de serviços, concessão, permissão e autorização possuem diferenças, consoante referido. De modo sucinto:

A autorização é discricionária e não prevê indenização no caso de sua revogação. Já a concessão é regulada por contrato, prevendo indenização e as condições de sua extinção. A autorização tem como uma de suas vantagens a sua flexibilidade e conceitualmente é adequada para os casos de investimentos de pequeno montante. A concessão, ao prover melhores garantias para o investimento privado, ao mesmo tempo em que caracteriza com mais precisão as obrigações do concessionário, é adequada para os casos em que os investimentos são de grande monta e o serviço por razões técnicas ou regulatórias é prestado em situações onde a competição é limitada. Torna-se, então, imperativo regular o poder do concessionário sobre o preço ou a qualidade dos seus serviços, o que em grande parte é feito através do contrato de concessão que define seus direitos e deveres.²⁰

A autorização de serviços públicos tem menção no artigo 21, XI e XII da Constituição Federal de 1988,²¹ trata-se de “ato administrativo, unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega a execução de serviços públicos, a título precário”.²² Por se tratar de ato precário, o qual costuma ser outorgado sem prazo, de modo que o mesmo pode ser revogado a qualquer tempo, não havendo direito à indenização.

¹⁹ LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 246, p. 116, set./dez. 2007.

²⁰ LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 246, p. 113, set./dez. 2007.

²¹ Art. 21. Compete à União: [...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

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

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 151.

De acordo com Justen Filho,²³ a autorização produz pequenos encargos para a Administração na exata medida em que gera restrito deveres para os particulares. E, é assim porque de regra, as atividades sobre as quais versa não se constituem em serviço público [...] a referência à autorização, encontrada na redação constitucional, decorre da possibilidade de certas atividades configurarem-se como serviço público ou como atividades econômicas em sentido restrito, a depender das circunstâncias e características.

Ao passo que a autorização é ato discricionário e que as resoluções da ANEEL não obedecem a um critério uniforme, ao contrário do que se observa nos contratos de concessão que seguem as normas definidas na Lei nº 8.987/95, surgem algumas divergências, pois algumas autorizações foram concedidas após processo licitatório, outras têm prazo de exploração preestabelecido, outras ainda preveem o instituto da reversão, partilhando assim em um grau ou outras várias características típicas da concessão.

Diante da diversidade destes atos e do fato de terem sido utilizados para autorizar a exploração de serviços públicos que não possuem caráter precário, torna-se complexa a tarefa de definir as características das autorizações para o setor elétrico. Daí a prática de denominá-las como autorizações *sui generis*, autorizações especiais ou expressões correlatas.²⁴

Uma vez cumprida a primeira etapa do presente artigo e, assim, traçadas as distinções existentes entre os institutos da concessão, da permissão e da autorização, deve-se passar à compreensão das modalidades de exploração do serviço público de energia elétrica, a fim de que sejam construídos os alicerces necessários à compreensão dos demais elementos que restarão acrescidos ao presente artigo.

2 Compreendendo a exploração do serviço público de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização

A Constituição Federal de 1988 traz diversas alterações, o que engloba também um novo papel a ser desempenhado pela Administração Pública na prestação de serviços públicos, papel este que irá sofrer novas mutações com a Reforma do Estado, em 1995, com Luiz Carlos Bresser-Pereira, seguindo uma tendência neoliberal que inicia com

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2007. p. 130.

²⁴ LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 246, p. 120, set./dez. 2007.

Ronald Reagan, nos Estados Unidos e com Margaret Thatcher, na Inglaterra. Esta nova sistemática acaba por atingir os serviços públicos de energia elétrica com a promessa de mais vantagens aos consumidores à medida que há um incentivo à concorrência no setor.

O modelo de serviço público de energia elétrica existente antes de 1995 tinha por características fundamentais: a desverticalização das empresas (quebrando com a lógica verticalizada nas áreas de geração, transmissão e distribuição, bem como a grande atuação do Estado), a competição na geração e na comercialização (começa a haver um rompimento com a prática de que as empresas concessionárias federais competiria a geração e transmissão de energia elétrica, ao passo que às concessionárias estaduais competiria a distribuição e, em alguns casos, a geração e a transmissão), a licitação das concessões, inclusive para cada nova linha de transmissão, o livre acesso às redes de transmissão e distribuição, a criação de um mercado atacadista competitivo (MAE), a criação das figuras do produtor independente e do consumidor livre, tarifas pelo preço estipulado em processo licitatório (eis que até então, utilizava-se a tarifação pelo custo com base em uma dura regulamentação), a criação do operador nacional do sistema (ONS). Com a reestruturação, a maioria das empresas são, então, privatizadas, havendo a necessidade de um agente fiscalizador (agência reguladora — ANEEL) para lançar as licitações, assegurar a competição e garantir o atendimento dos consumidores.²⁵

Analisando o texto constitucional, verifica-se que a União é a titular do serviço público de energia elétrica, havendo o controle estatal através da agência reguladora (ANEEL), cabe destacar que o principal controle busca atender os interesses do consumidor, até esmo porque o artigo 5º, inciso XXXII,²⁶ dispõe que tal incumbência é do Estado. “Na interpretação da alínea b, do inciso XII, do art. 21 da Constituição Federal, todas as atividades necessárias para a exploração, transmissão e distribuição de energia elétrica, devem ser incluídas no conceito de serviço público”.²⁷

²⁵ CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica: em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 54-55.

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

²⁷ FINN, Karine. O serviço público de fornecimento de energia elétrica no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviços públicos: estudos dirigidos. Organização de Daiana Trybus; Paulo Henrique Ribas e, Rodrigo Pironi Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 236.

“Com a reestruturação do setor elétrico brasileiro, foi possível identificar com mais clareza as fases mais competitivas do mercado energético. Esta visão proporciona uma melhor interpretação sobre a finalidade deste serviço público”.²⁸ São basicamente quatro as fases da exploração do serviço público de energia elétrica, pois cada fase possui suas peculiaridades e forma específica de regulação, as fases²⁹ são compostas por: produção, transmissão, distribuição e comercialização.³⁰

A fim de uma melhor compreensão do modo como se dá a exploração, ou seja, se através de autorização, concessão ou permissão, é necessário, primeiramente, formar uma convicção acerca de cada uma destas fases. Antes, porém, vamos analisar o caráter dos serviços públicos dentro do sistema constitucional. Grotti refere que:

Determina a Constituição Federal de 1988, em seu art.12, XII, “b”, que compete a União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”. Paralela à competência administrativa, a Magna Carta também conferiu competência legislativa exclusiva para a União legislar sobre energia (art. 22, IV), repartindo, porém, às demais pessoas políticas a competência administrativa para “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” (art. 23, XI). Consagra ainda que “os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União”, na forma do art. 176 da Lei Maior.³¹

A geração é a fase de produção, “e pode ser realizada pelo concessionário, pelo produtor independente, ou pelo autoprodutor de energia elétrica”,³² sendo estas modalidades regulamentadas pelo artigo 20, inciso VIII da Lei nº 9.074/95 e pelo artigo 176 da Constituição Federal 1988. Hoje esta modalidade tem três regimes legais distintos (sendo que cada um deles gera distintas implicações, as quais não serão aqui aprofundadas):

²⁸ FINN, *ibidem*, p. 237.

²⁹ BRASIL. Decreto nº 41.019 de 26 de fevereiro de 1957, regulamenta os serviços de energia elétrica. Art. 2º. São serviços de energia elétrica os de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica, quer sejam exercidos em conjunto, quer cada um deles separadamente.

³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 179.

³¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 179.

³² FINN, Karine. O serviço público de fornecimento de energia elétrica no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviços públicos: estudos dirigidos. Organização de Daiana Trybus; Paulo Henrique Ribas e, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 237.

Dois, mais tradicionais, precedentes ao próprio Código de Águas de 1934, que são o regime de serviço público, voltado ao atendimento do público em geral, da comunidade, de toda sociedade, e o regime de autoprodução, que visa ao autoconsumo pelo particular das utilidades que produzir, ou seja, utilizar energia elétrica para finalidades próprias, geralmente em atividades industriais. O terceiro regime — o da produção independente de energia elétrica — é mais recente, tendo sido introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei 9.074/95 (art.6º). O produtor independente tem regras próprias e pode produzir energia elétrica para consumo próprio ou para comercializar, por sua conta e risco.³³

A transmissão de energia elétrica caracteriza-se “pelo despacho de energia, é tido como um monopólio natural”³⁴ e pode ser conceituada como o “transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores”. A transmissão de energia compreende também “o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem entre as subestações de distribuição”. O serviço de transmissão pode, ainda, compreender “o fornecimento de energia a consumidores em alta tensão, mediante suprimentos diretos das linhas de transmissão e subtransmissão”.³⁵ Via de regra, a transmissão fica submetida ao regime de serviço público, mediante concessão, em consonância com o art. 6º Decreto nº 2.655/98.³⁶

³³ *Ibidem*, p. 180.

³⁴ FINN, *op. cit.*, p. 239.

³⁵ BRASIL. Decreto nº 41.019 de 26 de fevereiro de 1957, regulamenta os serviços de energia elétrica. Art. 4º, §§1º e 2º.

³⁶ BRASIL. Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Artigo 6º: Ressalvados os casos indicados na legislação específica, a atividade de transmissão de energia elétrica será exercida mediante concessão, precedida de licitação, observado o disposto no art. 3º deste regulamento.

§1º Os reforços das instalações existentes serão de responsabilidade da concessionária, mediante autorização da ANEEL;

§2º As instalações e equipamentos considerados integrantes da Rede Básica de Transmissão, de conformidade com os procedimentos e critérios estabelecidos pela ANEEL, serão disponibilizadas, mediante Contrato de Prestação de Serviços de Transmissão, ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, e a este estarão subordinadas suas ações de coordenação e operação;

§3º As demais instalações de transmissão, não integrantes da Rede Básica, serão disponibilizadas diretamente aos acessantes interessados, contra o pagamento dos encargos correspondentes.

§4º As instalações de transmissão de interesse exclusivo das centrais de geração a partir de fonte eólica, biomassa ou pequenas centrais hidrelétricas, não integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações, conectadas diretamente à Rede Básica, poderão ser consideradas Instalação de Transmissão de Interesse Exclusivo de Centrais de Geração para Conexão Compartilhada - ICG.

§5º A responsabilidade pela implantação e manutenção das ICG será atribuída ao Concessionário de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica detentor da instalação de Rede Básica conectada, sendo disponibilizada diretamente aos acessantes interessados contra o pagamento dos encargos correspondentes.

§6º Caberá à ANEEL estabelecer os critérios, formas e condições para o enquadramento de instalações de transmissão de interesse exclusivo das centrais de geração como ICG, bem como definir regras para o acesso a estas Instalações, a ser feito exclusivamente pela concessionária ou permissionária local de distribuição, e sua forma de custeio.

Na concepção do novo modelo setorial, a transmissão tem como característica a neutralidade, não devendo ser atividade comercial, nem competitiva. Para garantir sua neutralidade, a empresa só executa a transmissão da energia elétrica, de modo a não prejudicar e não interferir na competição realizada nos segmentos de geração e de comercialização, sendo as tarifas cobradas reguladas e fixadas pela Agência nacional de energia Elétrica — ANEEL.³⁷

No tocante à distribuição dos serviços de energia elétrica é consistente “no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão”, consoante dispõe o Decreto nº 41.019/57, em seu artigo 5º,³⁸ o qual foi expedido em um momento onde ainda não havia sido isolada a figura do “comercializador”.

Assim sendo,

o distribuidor tinha como traço distintivo ser o único fornecedor de energia para o consumidor — com exceções irrelevantes. Referido serviço constitui-se na construção de redes de alta e baixa tensão que recebendo a energia das redes de transmissão — em alta tensão — disponibiliza-a ao consumidor, em tensão reduzida. O distribuidor é o detentor das redes nas quais os consumidores estão conectados e também o fornecedor obrigatório para um certo tipo de consumidor (o consumidor cativo). O distribuidor se coloca entre a transmissão e o consumo. Enquanto a rede de transmissão serve para transportar energia, partindo da usina geradora, a rede de distribuição serve para fornecer energia.³⁹

Necessário destacar que “a distribuição de energia, por relacionar-se diretamente com o consumidor, é considerado o serviço público de eletricidade por excelência. É a fase em que se verifica uma maior atuação do poder público, principalmente, na regulação e na fiscalização.”⁴⁰

§7º Caberá ao Ministério de Minas e Energia estabelecer diretrizes para a realização das licitações de ICG e das respectivas instalações de Rede Básica conectadas, sendo que as ICG serão definidas a partir de chamada pública a ser realizada pela ANEEL, mediante o aporte de garantias pelos interessados no acesso às ICG, e deverão estar previstas no planejamento do setor elétrico nacional. § 8º A ANEEL disciplinará os prazos e condições para a transferência das ICG às concessionárias ou permissionárias locais de distribuição.

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 182.

³⁸ Art. 5º. O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão.

§1º Este serviço poderá ser realizado:

- a) diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média;
- b) através de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão.

§2º Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição.

³⁹ GROTTI, op. cit., p. 183.

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 240.

Grotti⁴¹ ensina que hoje, no Brasil, há três modalidades de distribuição dos serviços de energia elétrica. Uma, é o serviço público executado através de concessão, em conformidade com o artigo 8º⁴² do Decreto nº 2.655/98.

Teoricamente, a distribuição, assim como a transmissão, é tida como atividade neutra, não-competitiva. Entretanto, no estágio atual de reestruturação do setor elétrico, existe a possibilidade de uma mesma empresa comercializar e distribuir energia, o que, em última análise, prejudica a neutralidade conceitual desse segmento. [...] A energia elétrica é fornecida pelas concessionárias de serviço público de distribuição tanto para os consumidores cativos, quanto para os consumidores livres. No caso dos consumidores livres, o fornecimento pode decorrer de venda feita pela própria concessionária de distribuição, ou por outro fornecedor.⁴³

Duas, quando na distribuição, há o serviço privado, o qual é explorado através de autorização dada à cooperativa de eletrificação rural, para de distribuição de energia elétrica, exclusivamente para o atendimento de seus cooperados. Três, no caso se permissão de distribuição do serviço público de energia elétrica também às cooperativas, todavia, para o caso de estas atenderem a um público indistinto.⁴⁴

“Somente a transmissão e a distribuição de eletricidade se caracterizariam como serviços públicos, visto que utilizam sistemas e redes públicos para o atendimento direto do consumidor.”⁴⁵ A partir desta premissa, percebe-se que há uma cisão das quatro modalidades de exploração do serviço público de energia elétrica, ficando duas no grupo que se caracteriza como serviço público e duas (geração e comercialização) ficando fora deste grupo, por motivos que a seguir serão esmiuçados.

A comercialização do serviço público de energia elétrica caracteriza-se como uma atividade autonomia que,

foi recentemente introduzida na segmentação setorial a um regime competitivo, em que cabe a participação de diversos agentes. Tanto a atividade de geração quanto a de distribuição compreendem a comercialização que corresponde á

⁴¹ FINN, *ibidem*, p. 183.

⁴² Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Art 8º A atividade de distribuição de energia elétrica será exercida mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação.

⁴³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 183.

⁴⁴ GROTTI, *ibidem*, p. 183.

⁴⁵ FINN, *op. cit.*, p. 238.

venda de energia ao público consumidor. A venda de energia elétrica e a sua livre comercialização podem ser feitas por qualquer um dos geradores (serviço público, de produção independente e de autoprodução).⁴⁶

No intuito de manter uma neutralidade no setor, não podem as empresas de transmissão comercializarem energia elétrica, daí o porquê de as cooperativas de eletrificação rural estarem impedidas de comercializar energia, vez que elas possuem autorização para a distribuição, ou seja, a atividade das cooperativas não está caracterizada como comercialização e sim como rateio de custos da energia elétrica com os cooperados, aliás, as cooperativas não podem atender as não cooperados.⁴⁷

Na segmentação setorial verifica-se ainda que, a rigor, a importação e a exportação não configuram segmentos de transmissão e/ou comercialização. Dependem aquelas atividades de autorização federal, que pode envolver também a titulação para construção das respectivas linhas de transmissão, voltadas à interconexão internacional dos sistemas envolvidos, assim como a titulação necessária à comercialização da energia. Já a transformação não é legalmente caracterizada como atividade autônoma, constituindo atividade meramente acessória da geração, transmissão ou distribuição.⁴⁸

A verdade é que com a reforma ocorrida no setor de energia elétrica, houve a criação de novas entidades, cabendo destaque à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL),⁴⁹ órgão com a competência de regular e fiscalizar e a tomada de uma série de medidas que ainda estão sendo assimiladas e compreendidas pelos estudiosos do tema.

3 Modos de delegação dos serviços públicos de energia elétrica

A energia elétrica é um bem econômico, capaz de contribuir para o atendimento das demandas sociais, razão pela qual o seu caráter é público.⁵⁰ Em face deste caráter público a execução terá que obedecer ao regime jurídico setorial que dispõe sobre a estruturação e organização. “É um bem econômico, de produção, de caráter público, em função da

⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI, p. 184.

⁴⁷ GROTTI, *ibidem*, p. 184.

⁴⁸ GROTTI, *ibidem*, p. 186.

⁴⁹ A missão da ANEEL é proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>.

⁵⁰ FINN, Karine. O serviço público de fornecimento de energia elétrica no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviços públicos: estudos dirigidos. Organização de Daiana Trybus; Paulo Henrique Ribas e, Rodrigo Pironi Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 231.

sua importância e o seu alcance na economia, independentemente de ser fornecida pela iniciativa privada ou pelo governo”.⁵¹

Inicialmente no Brasil o serviço público de energia elétrica era de responsabilidade dos municípios e nas capitais a execução estava a cargo de concessionárias estrangeiras. Posteriormente a execução foi repassada para sociedades de economia mista estaduais e, atualmente a Constituição federal permite o repasse da execução em favor da iniciativa privada.

Até a década de trinta a energia elétrica era de competência municipal, o que decorria da competência local para tratar de iluminação a gás e dos transportes públicos por tração animal, que eram objeto de concessões municipais. Nas grandes capitais, os concessionários de energia elétrica eram, via de regra, empresas estrangeiras. Após 1930 há mudanças significativas no regime de concessões de energia elétrica, decorrentes da percepção de que a energia elétrica já se transformará em elemento fundamental para o desenvolvimento do país, suporte que é de todas demais atividades econômicas, devendo ser controlada mais rigidamente, principalmente considerando o domínio da sua gestão por estrangeiros, tendo sido o Código de Águas o principal instrumento de fortalecimento dos poderes da união sobre essas atividades, por exemplo, através da transformação das quedas d'água em patrimônio federal, prevendo a reversão e a desapropriação, devida indenização calculada com base no custo histórico.⁵²

O serviço público de energia elétrica é regido pela Constituição e pela legislação setorial, compreendendo uma série de institutos próprios, aos quais serão traçadas algumas ponderações, na tentativa de clarear alguns conceitos e de compreender a estrutura deste instituto.

A Lei Federal nº 9.074/1995, alterada pela Lei Federal nº 10.848/2000 dispõe acerca das concessões, permissões e autorizações dos serviços públicos de energia elétrica, as quais poderão ser feitas a título oneroso em favor da União. O artigo 5º desta lei, refere-se ao objeto de concessão:

- I – o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público;
- II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;
- III – de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

⁵¹ ROLIM, Maria João C. Pereira. Direito econômico da energia elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.103.

⁵² JOHNSON, Bruce Baner et al. Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blüncher, 1996. p. 61.

As usinas termelétricas que se destinem à produção independente podem ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização. Dispõe a lei que serão objeto de autorização:

- I – a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;
- II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Cabe referir que quando se tratar de aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. Compete também ao poder concedente, regularizar mediante outorga de autorização, o aproveitamento hidrelétrico existente na data de publicação da Lei Federal nº 9.074/1995, sem ato autorizativo.

A venda de energia elétrica por produtor independente de energia elétrica⁵³ pode ser realizada nas seguintes condições:

- I – concessionário de serviço público de energia elétrica;
- II – consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16;
- III – consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração;
- IV – conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;
- V – qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação

Parágrafo único. A comercialização na forma prevista nos incisos I, IV e V do caput deste artigo deverá ser exercida de acordo com critérios gerais fixados pelo Poder Concedente. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004).⁵⁴

⁵³ BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

⁵⁴ BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

Em breves linhas, para a produção independente de energia elétrica⁵⁵ pode ser utilizado o instituto da autorização, todavia, para os casos de transmissão⁵⁶ e geração de energia elétrica, parece ser aplicável o regime de concessão. Por sua vez, o aproveitamento do potencial hidráulico, com a finalidade de produção independente, ocorrerá através de contrato de concessão de uso de bem público, em consonância com a legislação aplicável. Ao passo que as linhas de transmissão de interesse restrito aos aproveitamentos de produção independente poderão ser concedidas ou autorizadas, simultânea ou complementarmente, aos respectivos contratos de uso do bem público.

4 O que diz o Supremo Tribunal Federal acerca dos serviços públicos de energia elétrica?

Se hoje não há uma unanimidade acerca de como se procede quando da delegação do serviço público de energia elétrica, também é fato que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado apenas algumas das muitas questões que envolvem esta espécie de serviço público. Da mesma forma que há escassez de acervo doutrinário, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal também enfrentou apenas algumas questões que circundam a temática dos serviços públicos de energia elétrica. Todavia, é necessário apontar que as poucas decisões já se mostram como um forte substrato à criação de determinadas percepções e concepções, razão pela qual se passa à análise de alguns destes elementos.

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.729-3, restou evidenciado que o serviço público de energia elétrica é de competência federal, em razão do artigo, 21 da Constituição Federal de 1988. Na ocasião, foi também dito que:

Também é serviço público o patrimônio dos que não têm patrimônio, porque as pessoas patrimonializadas, ou, por qualquer forma, remediadas, podem na

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.991/2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências. Art. 2º. As concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, excluindo-se, por isenção, as empresas que gerem energia exclusivamente a partir de instalações eólica, solar, biomassa, pequenas centrais hidrelétricas e cogeração qualificada, observado o seguinte

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 9.991/2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências. Art. 3º. As concessionárias de serviços públicos de transmissão de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, um por cento de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, observado o seguinte:

eventual paralisação de um serviço público, valer-se de seus próprios meios para o respectivo suprimento. E, em se tratando de energia elétrica, o seu caráter de essencialidade está na própria Lei de Greve, art. 10, I – Distribuição de Energia Elétrica.⁵⁷

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 581.947 o Supremo Tribunal Federal manifestou-se referindo que a exploração do serviço público de energia elétrica e de suas instalações compete à União, em conformidade com o artigo 21, XII, b, também tem a União, competência privativa para legislar acerca da matéria, consoante dispõe o artigo 22, IV, ambos da Constituição Federal de 1988. No corpo do mesmo julgamento houve manifestação de que:

Às empresas prestadoras de serviço de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica incumbe o dever-poder de prestar o serviço público de que se trata. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

A concepção de que o serviço público de energia elétrica compete à União, mais uma vez restou exarada quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.337. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal afirmou que não é possível que os Estados-membros interfiram na “esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias — também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação”, as quais estão formalmente previstas no contrato de concessão celebrado

⁵⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.729-3.

pela União (energia elétrica — CF, art. 21, XII, “b”) e pelo Município (fornecimento de água — CF, art. 30, I e V), assim, de um lado estão as concessionárias e de outro, tem-se que a ingerência normativa pode afetar o equilíbrio financeiro desta relação jurídica, ao passo que determina a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços públicos concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal).

No que se refere à discussão envolvendo a Lei nº 10.438/2002 que dispõe acerca da criação do Encargo de Capacidade Emergencial, o Supremo Tribunal Federal acabou por negar provimento a dois recursos extraordinários interpostos contra decisões que haviam reconhecido a constitucionalidade dos encargos previstos por esta lei, sob o argumento de que tais exações possuiriam natureza jurídica de preço público e não de tributo. Os recursos extraordinários pleiteavam o reconhecimento da inconstitucionalidade do Encargo de Capacidade Emergencial, também conhecido como “seguro-apagão”, de que trata o art. 1º do referido diploma legal.⁵⁸ Necessário frisar que o objetivo aqui não é esmiuçar a questão envolvendo esta lei, mas evidenciar os momentos em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca dos serviços públicos de energia elétrica.

A verdade é que a maioria dos julgados do Supremo Tribunal Federal que enfrentam a questão envolvendo os serviços públicos de energia elétrica envolvem ou a iluminação pública ou a impossibilidade de corte imediato de energia elétrica em caso de débito por parte do consumidor. Ora, o fato é que nenhuma destas questões chega a dissecar as questões aqui inicialmente propostas, quais sejam, a análise acerca dos modos de delegação desta espécie de serviço público, tampouco aborda as suas formas de exploração. Assim sendo, percebe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido na tentativa de responder muitas questões aqui suscitadas e que até o momento, há apenas alguns elementos indicativos.

Considerações finais

Evidentemente que em razão da complexidade do tema aqui abordado e da falta de fartura doutrinária, os elementos aqui tecidos se mostram um tanto singelos, mas são extremamente valiosos à medida que buscam apontar um norte à discussão, que coloca a temática em

⁵⁸ RE nº 576.189 e RE nº 541.511.

evidência e que busca expor as dificuldades que ainda se mostram evidentes após de alteração da sistemática envolvendo os serviços públicos de energia elétrica.

Se hoje não há uma unanimidade acerca de como se procede quando da delegação do serviço público de energia elétrica, também é fato que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado apenas algumas das muitas questões que envolvem esta espécie de serviço público, razão pela qual compete aos estudiosos do Direito enfatizar estas dificuldades, a fim de propor um debate a busca de alternativas viáveis e este foi o grande propósito do presente artigo: trazer elementos capazes de aguçar a curiosidade do leitor.

No que diz respeito à competência do serviço público de energia elétrica, fica evidenciado que o artigo 21 da Constituição prevê expressamente que: “Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” e isso já foi compreendido e exteriorizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já em relação às modalidades de delegação do serviço público de energia elétrica, através de uma leitura constitucional (em especial do artigo 21 da Constituição Federal de 1988), percebe-se que, além da concessão e da permissão, a União pode repassar o exercício da atividade de energia elétrica por meio de autorização. Necessário ainda destacar que por vezes parece haver uma confusão na aplicação dos termos, a exemplo, do vocábulo autorização que não obedece a um critério uniforme nas resoluções da ANEEL, daí as divergências e a necessidade de aprofundar a análise da matéria aqui proposta.

Em um levantamento prévio e superficial, foi verificado que à produção independente de energia elétrica pode ser utilizada a autorização, todavia, para os casos de transmissão e geração, aplicável o regime de concessão. Cabe, porém, ressaltar que as questões aqui abordadas fazem parte de um estudo ainda em andamento, portanto, as explicações aqui realizadas não possuem caráter conclusivo.

Notes about Public Service Electric Energy in Brazil: an Analysis from the Perspective of STF

Abstract: Addressing the issue involving the public service of electric power is not an easy task, even as a result of poor teaching writing. Thus, in this

article, we seek to develop a way that permeates judged by the Brazilian Federal Supreme Court in order to bring elements that facilitate/help the understanding of some key considerations for understanding the theme proposed here. Along this line, necessary to emphasize that the Federal Constitution of 1988 not only opens the longest living democracy in Brazil, but also exerts important and strong influence on Brazilian legal system, denied that it is an instrument that breaks with the past and opens a new phase, not only legally but also in terms of political and social. These influences are spread, so by several social and legal cover, including what is here is the great object of study: public services of electricity, a matter which, lately, has attracted the interest of scholars of law public. Of great importance to the issue addressed here, because today, in Brazil, according to IBGE, over 90% (ninety percent) of the population has access to electricity service, in other words, is a public service that is present in daily life of Brazilians. In order to clarify some issues surrounding the public services of electricity, this article is meant to draw some notes on how to operate those services and their modes of delegation — grant permission and authorization as well as considering ways of exploitation of this mode of public services to the end talk about some understandings of the Supreme Court involving the issue.

Key words: Eletric energy. Public services. Brazilian Federal Supreme Court.

Referências

- ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 20 de ago. 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2010.
- BRASIL. Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.
- BRASIL. Decreto nº 41.019 de 26 de fevereiro de 1957, regulamenta os serviços de energia elétrica.
- BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
- BRASIL. Lei nº 9.991/2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica: em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FINN, Karine. O serviço público de fornecimento de energia elétrica no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviços públicos: estudos dirigidos. Organização de Daiana Trybus; Paulo Henrique Ribas e, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Coleção temas de direito administrativo: o Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. t. VI.

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

JOHNSON, Bruce Baner et al. Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blüncher, 1996.

LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 246, p. 116, set./dez. 2007.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROLIM, Maria João C. Pereira. Direito econômico da energia elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RICHTER, Luiz Egon; ARAÚJO, Neiva Cristina de. Notas acerca dos serviços públicos de energia elétrica no Brasil: uma análise a partir da ótica do STF. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 219-239, out./dez. 2010.

Recebido em: 15.07.10

Aprovado em: 29.11.10