

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

**A NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E
CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO
NACIONAL – SIN: uma análise à luz da Constituição de 1988**

Aluno: Vitor Lanza Veloso
Matrícula: 05/94873

Brasília, julho de 2011

VITOR LANZA VELOSO

**A NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E
CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO
NACIONAL – SIN: uma análise à luz da Constituição de 1988**

Monografia Final de conclusão do curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do Professor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Brasília, julho de 2011

FICHA DE APROVAÇÃO

A NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL – SIN: uma análise à luz da Constituição de 1988

Aluno: Vitor Lanza Veloso
Matrícula: 05/94873

Banca examinadora:

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
Orientador

Adriano Drummond Cançado Trindade
Membro 01

Dilermando Gomes de Alencar
Membro 02

Brasília, 08 de julho de 2011

RESUMO

VELOSO, Vitor Lanza. **A Natureza Jurídica da Atividade de Coordenação e Controle da Operação do Sistema Interligado Nacional – SIN**: uma análise à luz da Constituição de 1988. Orientador Luiz Gustavo Kaercher Loureiro. Brasília: UnB, 2011.

O setor elétrico brasileiro é constituído por um complexo de base hidrotérmica interligado por uma extensa malha de transmissão. Este conjunto, o Sistema Interligado Nacional – SIN, depende, para o seu correto e pleno funcionamento, do desempenho da atividade de coordenação e controle de sua operação. O presente estudo visa oferecer uma abordagem jurídica da atividade, perquirindo-se, à luz da Constituição de 1988 e da história normativa setorial, a sua qualificação como serviço de energia elétrica autônomo – competência econômica pública prestacional reservada à União.

Palavras-chave: Sistema Interligado Nacional - SIN. Energia Elétrica. Coordenação. Operação. Natureza Jurídica. Serviços e Instalações de Energia Elétrica. Competências Econômicas Públicas Prestacionais. Operador Nacional do Sistema – ONS.

AGRADECIMENTO

A Euler de Paula Veloso, Márcia H. Lupiano Lanza Veloso, Fábio Lanza Veloso e Mariana Sousa Freitas, pelo constante apoio, sem o qual a realização do presente trabalho não seria possível.

Ao meu ilustre professor e orientador, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, pela amizade e prestimosa orientação.

A Adriano Drummond Cançado Trindade e Dilermundo Gomes de Alencar, componentes da banca examinadora deste trabalho, pela atenção e disponibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. ASPECTOS EMPÍRICOS DA ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL – SIN	11
1.1. O SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL - SIN.....	11
1.2. A ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL - SIN	13
2. ELEMENTOS DE HISTÓRIA NORMATIVA SETORIAL	17
2.1. OS PRIMÓRDIOS DO SETOR	17
2.2. O INCREMENTO DA REGULAMENTAÇÃO: A CONSTITUIÇÃO DE 1934 E O CÓDIGO DE ÁGUAS.....	23
2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E OS ESFORÇOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO CÓDIGO DE ÁGUAS.....	29
2.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E O INCREMENTO DA ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO	35
2.5. O SISTEMA ELETROBRÁS, A CONSTITUIÇÃO DE 1967(69) E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL - SIN	43
2.6. A REESTRUTURAÇÃO SETORIAL E O PERÍODO ATUAL.....	51
3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS SERVIÇOS E INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA	58
3.1. AS ATIVIDADES RESERVADAS E O SEU MÍNIMO REGIME JURÍDICO	58
3.2. AS MODALIDADES PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA: “EXPLORAR DIRETAMENTE OU MEDIANTE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO”	72
3.2.1. <i>O exercício direto da competência: “explorar diretamente”</i>	72
3.2.2. <i>O exercício indireto da competência: “mediante concessão, permissão ou autorização”</i>	73
3.3. A IDENTIFICAÇÃO DOS “SERVIÇOS E INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA”	75
4. A ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL - SIN.....	80
4.1. A AUTONOMIA DA ATIVIDADE	80
4.2. A SUBSUNÇÃO AOS CRITÉRIOS INDICATIVOS DE IDENTIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES QUE ADMITEM SER QUALIFICADAS COMO SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA	82
4.3. A OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA DENSIFICAÇÃO DO ARTIGO 21, XII, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	84
4.4. A OPÇÃO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO: O ARTIGO 13 DA LEI N°. 9.648/1998	86
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

INTRODUÇÃO

A utilidade energia elétrica desempenha um papel fundamental na vida moderna. As mais diversas atividades, das supérfluas às inequivocamente essenciais, dependem diretamente da disposição da utilidade, sem a qual seriam inviáveis. Sua relevância econômica e social é inegável e, em última instância, a impõe como elemento conformador e viabilizador da Sociedade e do Estado modernos.

No exemplo brasileiro, basta atentar-se para o fato de que a disponibilização de energia elétrica está diretamente ligada aos fundamentos e à realização dos objetivos da República, encartados nos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988. O acesso à utilidade é imprescindível para o exercício de inúmeros direitos fundamentais, irradiações dos valores supremos da sociedade brasileira os quais o Estado Democrático se destina a assegurar.

Atento a esta nota fundamental, o Constituinte dedicou à questão energética uma série de dispositivos, por meio dos quais disciplina ora as atividades necessárias à disponibilização de energia elétrica, ora os bens vinculados a este processo, sob os quais incidem aquelas atividades. Nesse contexto, assume inequívoca importância a função desempenhada pelo legislador ordinário, na medida em que vários dos referidos dispositivos demandaram e demandam esforços de densificação.

Em vista da absoluta relevância que a utilidade logrou assumir, a Constituição não apenas lhe estabeleceu uma disciplina especial, mas optou por atribuir ao Estado a própria competência para a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica. Trata-se de um efetivo dever do ente competente o desempenho das atividades materiais que assim se enquadram.

Nesse sentido, algumas atividades foram historicamente construídas como serviços de energia elétrica, dotados de autonomia jurídica. Correspondem às etapas da indústria elétrica. Cogita-se, assim, dos serviços de geração, serviços de transmissão e serviços de distribuição de energia elétrica. Estes os serviços de energia elétrica típicos, assim amplamente reconhecidos.

Estas atividades operam sob uma base empírica dotada de especificidades significativas, resultante de um longo período de amadurecimento. Trata-se de um complexo de geração de base hidrotérmica – com a predominância da fonte hidráulica –

(i) constituído por usinas interdependentes entre si; (ii) instaladas a grandes distâncias (cada vez maiores) dos centros de consumo; (iii) interligadas por uma extensa malha de transmissão que viabiliza, além do escoamento da energia elétrica até os centros de consumo, a otimização do aproveitamento dos recursos energéticos e o incremento da segurança/confiabilidade do sistema. Este conjunto, que abrange a maior parte do território nacional, convencionou-se denominar Sistema Interligado Nacional – SIN. Apenas residuais iniciativas, que integram os sistemas isolados, encontram-se fora deste imenso sistema .

O correto e pleno funcionamento do Sistema Interligado Nacional é imperativo, tendo em vista a essencialidade da utilidade obtida e manejada no seu âmbito. Exsurge, como reflexo e condição deste imperativo, a atividade de coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos interligados (no caso brasileiro, do SIN).

Não obstante a imprescindibilidade da sua função no setor elétrico brasileiro, a atividade em questão tem sido objeto de estudos e reflexões que, não raras vezes, restringem-se a um viés meramente técnico ou econômico. Observa-se, por outro lado, que o legislador não negligenciou o seu caráter essencial, tratando de discipliná-la e submetê-la à regulação do Poder Público. Justifica-se, nesse contexto, uma abordagem jurídica da atividade, perquirindo-se a sua natureza jurídica.

Apreendidas tais considerações introdutórias, o presente trabalho tem por objeto o estudo da natureza jurídica da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN.

A investigação proposta objetiva a obtenção de uma resposta para a seguinte questão: a atividade sob análise qualifica-se (ou pode ser qualificada) como uma atividade reservada específica, mais precisamente, como um específico serviço de energia elétrica?

O caminho a ser traçado para que se responda à indagação demanda a pesquisa e análise da legislação e normas regulatórias referentes ao setor elétrico; a pesquisa de documentos do Operador Nacional do Sistema – ONS (atual responsável pela execução da atividade); além da pesquisa doutrinária, envolvendo os aspectos históricos setoriais e a adequada interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que disciplinam a questão energética.

Pretendeu-se descrever e contextualizar historicamente a atividade objeto de investigação para, em seguida, verificar, com base no aporte teórico desenvolvido

mediante a revisão literária, documental e normativa acima apontadas, se se enquadra como serviço de energia elétrica específico e autônomo, competência federal prevista na no artigo 21, XII, “b”, da Constituição de 1988.

O conteúdo resultante da pesquisa proposta foi organizado e divido nos capítulos abaixo apresentados. (i) Inicialmente, com intenção de facilitar ao interlocutor a compreensão do trabalho, optou-se por apresentar de forma simplificada os aspectos técnicos da atividade, além da base empírica sob a qual ela incide. (ii) Em seguida, empreendeu-se a contextualização histórica do setor elétrico, com especial interesse no processo de segregação técnica e jurídica das fases da indústria de energia e nas condições que demandaram progressivamente a interligação da rede e sua operação centralizada. (iii) Após, analisou-se o arcabouço constitucional que atualmente rege os serviços e instalações de energia elétrica, com base nas contribuições doutrinárias de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro. (iv) Por fim, com base nas perspectivas histórica e constitucional apresentadas, buscou-se analisar especificamente a natureza jurídica da atividade de coordenação e controle da operação do SIN, abordando-se a sua autonomia frente os demais serviços de energia elétrica, a sua subsunção aos critérios de densificação do artigo 21, XII, “b”, da Constituição de 1988 e, por fim, a interpretação do artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998, que atualmente a disciplina.

1. ASPECTOS EMPÍRICOS DA ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL – SIN

Cumpre, inicialmente, descrever brevemente os aspectos empíricos da atividade objeto de investigação. Frente à notável complexidade técnica que a envolve, a intenção deste capítulo é facilitar ao interlocutor a compreensão da investigação que se propõe a empreender.

1.1. O Sistema Interligado Nacional - SIN

Antes de tratar especificamente dos aspectos relacionados ao Sistema Interligado Nacional – SIN, cumpre apontar uma característica da peculiar conformação do setor elétrico brasileiro.

A geração de energia elétrica no Brasil ocorre, predominantemente, a partir do aproveitamento de potenciais hidráulicos.¹ Com efeito, os rios nos quais os empreendimentos de geração hidrelétrica encontram-se instalados caracterizam-se por significativa interligação. Trata-se de uma característica da base hidrográfica nacional, observando-se, ao longo dos rios e bacias, diferentes condições naturais (climáticas/meteorológicas, por exemplo).

Esta interligação, propiciada pelos complexos hídricos em que se encontram as usinas de geração, acarretam a interdependência natural entre algumas delas, tendo em vista que as decisões a respeito da geração em uma usina repercutirão nas condições experimentadas pelas usinas instaladas a jusante.²

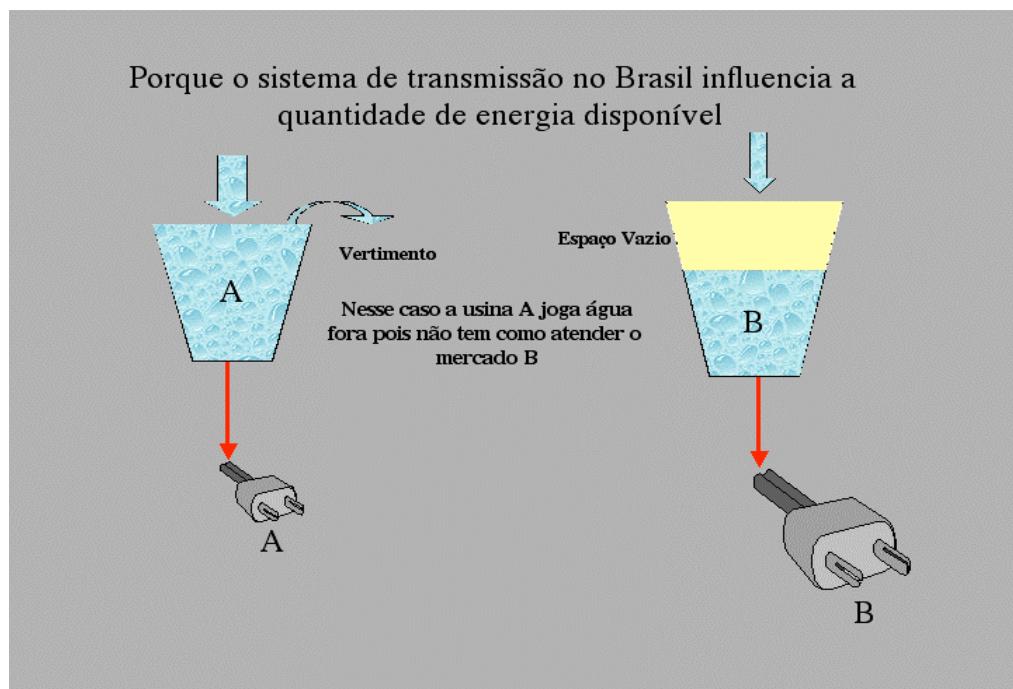
Além dessa interligação natural, as usinas – não só hidrelétricas, mas também as térmicas – são interligadas pelas redes de transmissão do Sistema Interligado Nacional. Conforme explicita LOUREIRO:

¹ De acordo com Balanço Energético Nacional de 2010, em termos de capacidade instalada, a energia de fonte hidrelétrica responde por 79.291 MW, em um universo de 106.215 MW (cerca de 75% da capacidade instalada)

² O item 235 do Submódulo 20.1 dos Procedimentos de Rede do ONS traz a definição do termo técnico *jusante*: “Localização inferior, ou seja, em cotas mais baixas. No caso de águas correntes (rios, córregos e arroios) são os pontos situados no sentido de sua foz, ou seja, no sentido da corrente, rio abaixo.”

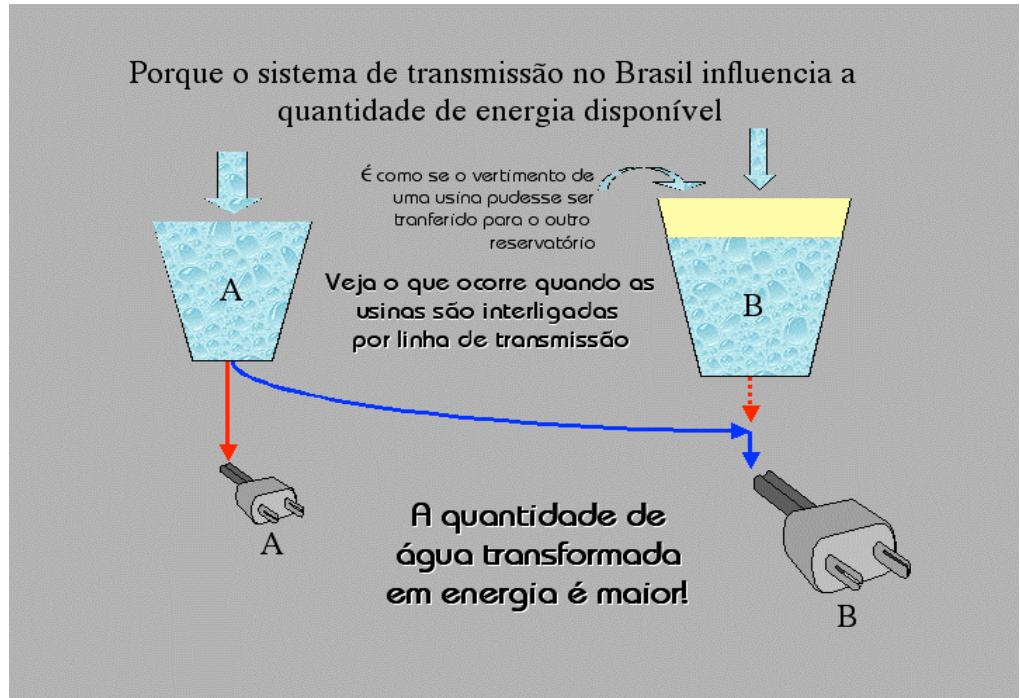
Dada a sua configuração, pode-se dizer que *no Brasil, a transmissão de energia não tem apenas a função de ligar a usina ao centro de consumo (ou à rede de distribuição) com um mínimo de perdas elétricas. Ela realiza uma tarefa energeticamente estratégica, qual seja, a de integrar unidades de geração de energia elétrica submetidas a diferentes condições de operação (...) para o melhor aproveitamento possível de todas as potencialidades do sistema.*³

A interligação da grande maioria dos empreendimentos de geração propiciada pelas redes de transmissão do SIN viabiliza a otimização da produção de energia elétrica, com significativo ganho de escala. Possibilita, por exemplo, o intercâmbio de energia elétrica de forma que uma usina que está operando abaixo de sua capacidade possa suprir – incrementando o aproveitamento – as deficiências de outras usinas. As figuras abaixo⁴ esquematizam da seguinte maneira esta característica.



³ LOUREIRO (2007; p. 167)

⁴ ONS (2010; p. 7-8)



Fonte: ONS

Outro aspecto de imensa relevância é a segurança operacional que a interligação pelas redes de transmissão do SIN propicia. Em primeiro lugar, possibilita que, em caso de força maior que retire de operação uma usina, outras possam produzir em seu lugar até a normalização da situação. Em segundo lugar, disponíveis variadas possibilidades de escoamento da utilidade até às subestações distribuidoras, propicia-se a adoção de medidas que estabeleçam o caminho mais seguro para tanto.

Para que existam os benefícios da interligação no âmbito do SIN, no entanto, faz-se necessária a coordenação da operação da geração e da transmissão que compõem o sistema, realizada de modo centralizado por um ente que possua uma visão completa das condições da geração, da transmissão, além da demanda pela utilidade nos centros de consumo.

1.2. A atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN

A atividade de coordenação e controle da operação de um sistema eletroenergético possui como objeto a expedição de um conjunto de comandos e instruções

aos agentes de geração e de transmissão que o compõem – bem como o controle da execução desses comandos e instruções – com a finalidade de garantir o suprimento pleno da demanda imediata de energia elétrica de forma segura, contínua, com qualidade e economicidade.⁵

Nesse contexto, são operadas de forma coordenada as linhas de transmissão que compõem a Rede Básica – assim definidas pela ANEEL – e as usinas programadas⁶ e despachadas⁷ de forma centralizada, conjunto que compõe a Rede de Operação do Sistema Interligado Nacional.

A referida atividade depende da constante troca de informações com os agentes de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. A partir do tratamento e análise dos dados colhidos – que envolvem, por exemplo, as condições operativas das usinas hidroelétricas e dos sistemas de transmissão, além da previsão de demanda nos centros de consumo –, torna-se possível a tomada de decisão quanto aos comandos e instruções acima mencionados.

Nesse contexto, é possível identificar na atividade objeto de investigação duas macro-funções: “operação energética” e “operação elétrica”.⁸

Pela primeira, colhidas e analisadas as informações acima mencionadas, expede-se aos agentes de geração ordens e instruções especificando a quantidade de energia a ser produzida e o momento em que tal montante deve ser produzido. Tal expediente é utilizado de duas formas: (a) elaboração diária do programa da geração, itinerário operacional que as usinas devem seguir no decorrer do dia; (b) despacho centralizado, que consiste na efetiva ordem – no decorrer do dia – aos agentes para que produzam em um determinado momento, seja em execução do programa da geração, seja em execução de eventuais reprogramações que se façam necessárias. Nesse contexto, a programação da geração ocorre em momento anterior ao despacho centralizado. Este é realizado em tempo real.

A segunda macro-função – operação elétrica – tem como conteúdo a

⁵ A atividade é exercida, sobretudo, sob o seguinte pressuposto, assim especificado por LOUREIRO (2007: p. 169) “a energia elétrica não se armazena e por isso deve ser produzida no exato momento em que requerida, e deve ser produzida na exata medida em que requerida, sob pena não apenas de um eventual desabastecimento mas de mal-funcionamento do próprio sistema (a exata equivalência entre oferta e demanda não é apenas um desiderato econômico mas um requisito técnico de adequado funcionamento)”

⁶ Ou seja, aquelas usinas cuja operação submete-se ao programa de geração diário elaborado pelo Operador Nacional do Sistema – ONS. Confira-se, adiante, a definição da programação da operação.

⁷ Ou seja, aquelas usinas que tem o modo, o montante e o momento de produção energia elétrica definidos pelo Operador Nacional do Sistema – ONS, de acordo com as necessidades do sistema.

⁸ LOUREIRO (2007: pp. 171-172)

gestão das redes de transmissão, com o objetivo de minimizar o risco de interrupção do fornecimento de energia elétrica e manter normalizadas determinadas características (tensão e freqüência) da utilidade, diretamente relacionadas à sua qualidade para consumo. Vale dizer, as atividades que compõem a operação elétrica imprimem segurança e confiabilidade ao sistema.

Pode-se dizer que as macro-funções possuem desdobramentos anteriores e posteriores à efetiva execução da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional.

Nesse sentido, verifica-se uma série de estudos e planejamentos – com diferentes periodicidades – que antecedem a efetiva execução da atividade.⁹ Trata-se do que se convencionou denominar “fase de normatização”.

Verifica-se, ainda, a consolidação diária das informações sobre a operação do sistema, possibilitando a realimentação dos processos operativos, a composição de índices de desempenho, dentre outras aplicações. Tal tarefa, posterior à execução da atividade sob análise, constitui o que se denomina “pós-operação”.

O efetivo desempenho da tarefa que se propôs investigar, com o despacho efetivo da geração e a gestão das linhas de transmissão, ocorre em fases intermediárias entre a “normatização” e a “pós-operação”. Trata-se da “pré-operação”, com a programação diária da operação eletroenergética, e da operação em tempo real.

A programação da operação, de acordo com o item 321 do Submódulo 20.1 dos Procedimentos de Rede do ONS, possui a seguinte definição:

Processo que tem como objetivo estabelecer, para os agentes, os programas de geração hidráulica e térmica, os intercâmbios de energia e demanda, bem como as diretrizes para a operação eletroenergética do período a ser programado; deve ser efetuado por meio da análise das condições hidroenergéticas e hidrometeorológicas, das condições de atendimento ao mercado de energia e demanda, considerando-se as condições operativas atualizadas dos aproveitamentos hidroelétricos, das usinas termoelétricas e do sistema de transmissão, que se constituíram em objetos dos estudos de validação elétrica.

Estabelecidos os programas de geração e as diretrizes para a operação eletroenergética para o dia, materializados na Programação Diária da Operação – PDO,

⁹ Por não estarem compreendidas na atividade que ora se investiga, optou-se por não abordar em profundidade as atividades de planejamento.

adentra-se à fase de operação em tempo real.

Aqui, no decorrer do dia, diversos *centros de operação* do Operador Nacional do Sistema – ONS, organizados em uma cadeia hierárquica, executam a Programação Diária da Operação, adaptando-a a eventuais ocorrências imprevistas de forma a manter a segurança, a continuidade, a qualidade e a economicidade do sistema eletroenergético. LOUREIRO assim descreve a atuação nesta fase:

As tarefas básicas da operação em tempo real são o *despacho de energia* e a gestão da rede (operação energética e operação elétrica), em sintonia com a evolução da carga (*load following*).

Ao acompanhar essas atividades, o ONS, por seu Centro de Operação Central e seus Centros Regionais, monitora em tempo real as condições de funcionamento e demanda do Sistema Interligado Nacional – trocando informações com os agentes locais e colhendo-as diretamente de seus sistemas – e, com base nas condições atuais e na programação prévia, dá ordens de despacho e de transmissão a serem executadas pelos geradores e transmissores.¹⁰

Estes os momentos em que a atividade investigada é efetivamente executada pelo seu responsável, o Operador Nacional do Sistema – ONS. A atividade é composta por variados e complexos procedimentos técnicos e pelo intenso intercâmbio de informações entre os centros de operação do ONS e os agentes coordenados.

Apresentada esta breve síntese dos aspectos técnicos da atividade de coordenação e controle da operação do SIN, cumpre contextualizá-la historicamente. A abordagem histórica que se empreenderá a seguir busca descrever o processo de construção da realidade empírica e normativa que circunscrevem o seu surgimento e desenvolvimento, além de outros aspectos que contribuem para a investigação de sua natureza jurídica.

¹⁰ LOUREIRO (2007: p. 176)

2. ELEMENTOS DE HISTÓRIA NORMATIVA SETORIAL

A análise histórica que se passa a empreender tem como foco duas tendências de fundamental importância para a investigação da natureza jurídica da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN. Tais tendências se alimentaram de forma recíproca e convergiram em direção à atual estrutura normativa e técnica da indústria energética.

A primeira tendência refere-se à gênese e ao incremento das condições que demandaram progressivamente a interligação do sistema de geração e transmissão e sua operação centralizada. A segunda, por sua vez, diz respeito ao processo de segregação/especialização técnica e jurídica das fases da indústria de energia elétrica.

Entre o momento inaugural e a fase atualmente experimentada, variadas conformações técnicas, normativas e institucionais caracterizaram a indústria energética nacional.

2.1. Os primórdios do setor

As primeiras experiências brasileiras com a exploração e utilização da energia elétrica remontam ao final do século XIX. Os relatos históricos¹¹ referem-se à introdução por Thomas Edison de aparelhos elétricos, por concessão de Dom Pedro II, como a inauguração da atividade no país. Assim como outras iniciativas que se seguiram no final daquele século, tal experiência inaugural destinou-se à iluminação pública de limitadíssima escala.

Este período inicial de utilização do novo invento caracterizou-se pela simplicidade técnica da indústria, oriunda da tecnologia então à disposição e da destinação da utilidade. As primitivas instalações de transmissão de energia, que favoreciam significantes perdas no seu transporte, impunham a instalação dos incipientes empreendimentos de geração – em sua maioria de origem térmica – nos próprios centros de consumo ou a pequenas distâncias.¹²

¹¹ PANORAMA (1988: p. 29-30)

¹² Nesse período já se observa a embrionária exploração de potenciais hidrelétricos, como a primeira usina hidrelétrica do país, construída

A destinação da eletricidade pouco variava, incluindo, como citado, a iluminação pública dos centros de algumas cidades, linhas de bondes elétricos, além da autoprodução destinada a atividades econômicas dos empreendedores.

Também nas hipóteses de autoprodução, a precariedade da tecnologia utilizada, decorrente da própria simplicidade dos equipamentos e do alto custo de empreendimentos maiores e mais complexos, resultou na limitação da distância entre as usinas geradoras e o destinatário da utilidade, consoante se observa abaixo:

O alto custo de grandes instalações geradoras, aliado à baixa confiabilidade quanto à regularidade do funcionamento dessas instalações, concorreu para que se utilizassem preferencialmente as máquinas à vapor e os aproveitamentos diretos da força hidráulica, que determinavam a localização das fábricas junto às quedas d'água.¹³

LOUREIRO bem sintetiza a realidade setorial até então experimentada, assim descrevendo-a:

Essas iniciativas levam a marca do tempo: quando não estão a cargo de uma pessoa física, são sociedades de pequeno porte e singela estrutura, iniciativas de notáveis locais; ou se constituem em órgãos administrativos criados pela própria municipalidade para atendimento de partes do perímetro urbano da comuna. A forma jurídica reflete a singeleza técnica: pequenos geradores (sobretudo térmicos) localizados nas proximidades do consumo, em sistemas isolados e fragmentados.¹⁴

Do ponto de vista normativo, o período marcou-se pela fragmentariedade, decorrente da preponderância das Municipalidades como entes normatizadores. Nesse contexto, as empresas celebravam contratos com os Municípios, barganhandando condições para a exploração da atividade.¹⁵ Quanto à natureza de tais contratos municipais, em geral, resultavam das cláusulas pactuadas poderes exorbitantes que afastavam daqueles contratos o caráter puramente privado. Ou seja, a exorbitância do regime jurídico existente à época não decorria da qualidade de um dos sujeitos ou da natureza da atividade, eis que não era considerada competência pública.

No que tange ao objeto dos contratos, salvo raras exceções, o que se

em Ribeirão do Inferno/MG em 1883, e a usina Marmelos 0, construída em Juiz de Fora/MG em 1889. Ambos empreendimentos visavam a autoprodução.

¹³PANORAMA (1988: p. 33)

¹⁴ LOUREIRO (2007: p. 23)

¹⁵LOUREIRO (2007: pp. 26-45)

disciplinava era a concessão do uso de bens públicos em caráter de exclusividade, particularmente do solo municipal, tendo em vista, principalmente, o fornecimento a serviços comunais. Não se cuidava, propriamente, da concessão de atividade de energia elétrica, à qual não se atribuía importância abstrata.¹⁶

Os ajustes não faziam distinção entre as diferentes fases da indústria. Disciplinavam, em sua maioria, apenas o uso do solo urbano, com a concessão de ocupação de ruas e praças urbanas e caminhos públicos de zonas rurais com canalizações para o fornecimento de energia elétrica. Vale dizer, observado que a preocupação principal da disciplina jurídica era o uso de bem público com exclusividade e a própria atividade de energia elétrica era apenas indiretamente regrada, os contratos acabavam por mencionar apenas o fornecimento de energia elétrica, englobando de forma conjunta a transmissão e a distribuição.¹⁷ Inexistia em tais contratos preocupação específica com a geração de energia elétrica, exceto quando envolvia o uso de potencial hidráulico.¹⁸

Este estado incipiente caracteriza-se, portanto: (i) pela simplicidade técnica da indústria, oriunda da tecnologia então à disposição e da destinação da utilidade; e (ii) pelo tratamento jurídico fragmentário, centrado na contratação barganhada com os Municípios da ocupação de bem público com exclusividade para fornecimento de energia elétrica destinada a serviços comunais ou à autoprodução industrial, sem distinção jurídica entre as fases da indústria (geração, transmissão e distribuição).

Convém destacar mais uma vez que a necessária proximidade entre as geradoras e os centros de consumo, aliada ao tratamento jurídico da exploração, não permitia identificar funções autônomas na cadeia da indústria. Tratava-se de uma única atividade, indivisível no seu exercício, concernente, em alguns casos, à auto-produção industrial, em outros, à produção e fornecimento a serviços urbanos, como iluminação pública e transportes.

Este panorama técnico e normativo pouco se alterou nas primeiras três décadas do século XX. Observa-se, por outro lado, grande modificação na conformação da indústria energética, no que tange à ampliação de sua escala e à introdução de novos

¹⁶ LOUREIRO (2007: pp. 31-32)

¹⁷ Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do contrato celebrado entre a Companhia Brasileira de Energia Elétrica e a Prefeitura do Distrito Federal:

“Aos vinte e sete dias [...] compareceu o senhor Eduardo Guinle, como presidente da Companhia Brasileira de Energia Elétrica para assinar o presente contrato que entre si fazem a Prefeitura do Distrito Federal e a mesma companhia para ocupação das ruas e praças desta cidade do Rio de Janeiro, bem como os caminhos públicos da zona rural deste Distrito, com canalizações para fornecimento de energia elétrica aos serviços municipais de iluminação pública e transportes urbanos [...]”

Cláusula Primeira – Fica concedida à Companhia Brasileira de Energia Elétrica [...] a necessária licença para assentamento de uma rede de distribuição de energia elétrica neste Distrito, podendo para esse fim serem ocupadas as ruas, praças, caminhos e logradouros públicos.”

¹⁸ LOUREIRO (2007: p. 31)

protagonistas.

Pode-se afirmar que a chegada do capital estrangeiro provocou significante ampliação da escala de empreendimentos do setor. A progressiva atuação de empresas como a The San Paulo Light and Power, empresa canadense de capital norte-americano, é considerada, nesse período, o grande propulsor do desenvolvimento da indústria da energia elétrica em solo nacional.

O crescimento da iniciativa alienígena no país deu-se por meio do avanço sobre empresas então instaladas. Nesse sentido, a Light empreendeu política de expansão por meio da compra ou incorporação das suas concorrentes e respectivas concessões. Na mesma esteira, posteriormente, ingressou no Brasil a Amforp, empresa norte-americana que, por longo período, dividiu com a Light a exploração dos serviços de energia elétrica nos grandes centros urbanos.¹⁹

Este período de hegemonia estrangeira no setor elétrico brasileiro continuou marcado pela disciplina preponderantemente municipal da atividade, nos termos acima expostos. Tal período, com ápice na década de 20 do século XX, pode ser assim descrito:

O vigoroso movimento de concentração empreendido pela Light e pela Amforp na segunda metade dos anos 1920 determinou profundas alterações no quadro da indústria de energia elétrica no Brasil. Assim, em 1930, praticamente todas as áreas mais desenvolvidas do país e também aquelas que apresentavam maiores possibilidades de desenvolvimento caíram sob o virtual monopólio das duas grandes empresas estrangeiras.

Os Estados das regiões Norte e Nordeste, os mais pobres da Federação, certamente não ofereciam nenhum atrativo especial de investimento para as duas companhias. No interior desses Estados, continuaram operando numerosas empresas, de porte reduzido, muitas delas mantidas pelas prefeituras, que atendiam o diminuto consumo local, fornecendo eletricidade, quase sempre, por intermédio de pequenas unidades termelétricas.²⁰

A despeito de notáveis avanços tecnológicos e ampliação da escala de empreendimentos observados em tal período, não era clara, ainda, a dissociação entre as fases da indústria elétrica. A fragmentária e empírica disciplina jurídica da atividade, oriunda da contratação barganhada em nível municipal, não regrava de forma específica cada fase da

¹⁹ LOUREIRO (2007: p. 25)

²⁰PANORAMA (1988: pp. 65-66)

indústria.

A ausência de disciplina jurídica específica para as fases da indústria caracterizava, também, as escassas normas federais do período sobre o assunto. A regulação federal repetia os fundamentos da regulação municipal, voltando-se para a concessão de uso de bem público e para a destinação da utilidade: a utilização em serviços públicos federais.²¹ Buscava, ainda, fomentar a indústria energética.

A preocupação principal era a disciplina da outorga para a exploração dos potenciais hidráulicos, adotando-se a destinação da energia elétrica como critério para a delimitação da aplicabilidade das normas de competência para a outorga. Nesse sentido, estabeleceu-se nas primeiras normas federais sobre o assunto a competência da União para outorga do direito de explorar o potencial hidráulico para transformação em energia elétrica destinada a serviços públicos federais. Tal competência incluía não só o aproveitamento dos potenciais hidráulicos em águas federais, mas o aproveitamento de todo e qualquer potencial hidráulico cuja produção de energia se destinasse a serviços públicos federais.²²

Dada a ausência de tratamento jurídico específico para as diferentes fases da indústria de energia – decorrente de uma concepção que tinha a geração como elemento determinante das outras etapas, tratadas como acessórias – as normas da União permitiam o seu tratamento jurídico a partir da regulação de geração. Ou seja, ao estabelecer a disciplina jurídica para a produção de energia a partir da fonte hidráulica, a União disciplinava também, sem distinção, os aspectos da transmissão e da distribuição da utilidade.²³

Vale dizer, se nos contratos municipais o enfoque do regramento era o uso de bem público (solo público) para fornecimento de energia elétrica – foco na transmissão e distribuição, sem cuidar da geração –, nas normas federais tal enfoque era o uso de bem público (potencial hidráulico) para produção de energia elétrica, englobando, em sua disciplina, as demais etapas da indústria, tratadas como acessórias. Em qualquer caso, para o que importa ao presente trabalho, em ambos os casos não há disciplina jurídica específica de

²¹ LOUREIRO (2007: p. 45)

²² LOUREIRO (2007: pp. 45-55)

²³ Nesse sentido, leia-se o artigo 23 da Lei nº 1.145/1903:

“Art. 23 - O Governo promoverá o aproveitamento da força hidráulica para transformação em energia aplicada a serviços federais, podendo autorizar o emprego do excesso de força no desenvolvimento da lavoura, das indústrias e outros quaisquer fins e conceder favores às empresas que se propuserem a fazer o serviço. Essas concessões serão livres, como determina a Constituição, de quaisquer ônus estaduais ou municipais.”. Na mesma esteira, o artigo 18 da Lei nº 1.316/1904: *“Art. 18 - Às empresas de eletricidade gerada por força hidráulica que se constituírem para fins de utilidade ou conveniência pública, poderá o Presidente da República conceder isenção de direitos aduaneiros, direitos de desapropriação dos terrenos e benfeitorias indispensáveis às instalações e execução dos respectivos serviços e demais favores também compreendidos no art. 23 da Lei n. 1.145, de 31 de dezembro de 1903.”*

cada etapa da indústria.

Cumpre, assim, sintetizar o panorama do período ora em análise:

(i) Os primórdios do setor caracterizam-se pela simplicidade técnica da indústria, oriunda da tecnologia então à disposição e da destinação da utilidade (iluminação pública de algumas cidades, linhas de bondes elétricos, autoprodução destinada a atividades econômicas dos empreendedores). Tal simplicidade resultava na limitação da distância entre as usinas geradoras e o destinatário da energia elétrica.

(ii) Do ponto de vista jurídico, caracterizam-se pelo tratamento fragmentário, centrado na contratação barganhada com os Municípios da ocupação de bem público (com exclusividade) para fornecimento de energia elétrica destinada a serviços comunais ou autoprodução industrial, sem distinção jurídica entre as fases da indústria (geração, transmissão e distribuição).

(iii) Sem maiores alterações de tal panorama, verifica-se a introdução do capital estrangeiro como protagonista da ampliação da escala de empreendimentos do setor e propulsor do seu desenvolvimento. Destaca-se a atuação das empresas Light e Amforp, que empreenderam agressiva política de expansão por meio da compra/incorporação de suas concorrentes e respectivas concessões, movimento que encontrou seu ápice na década de 1920.

(iv) O período de hegemonia estrangeira continuou marcado pela disciplina jurídica fragmentária e empírica, decorrente da contratação barganhada em nível municipal. Tal disciplina não regrava de forma específica cada fase da indústria, obstando a dissociação entre elas.

(v) A ausência de disciplina jurídica específica para cada fase da indústria repetiu-se, também, nas escassas normas federais sobre o assunto.

A principal razão da regulação federal é a mesma que culminou no progressivo avanço da União sobre a normatização do setor: o interesse no potencial hidráulico nacional. Foi exatamente por meio da disciplina da outorga de título para o uso de bem público (potencial hidráulico) que a União ampliou sua participação na disciplina

jurídica setorial.

Tal ampliação, aliada a outras articulações, ligadas a questões de destinação da utilidade, implicou progressiva centralização da regulação e fiscalização da indústria energética nas mãos da União, que posteriormente culminaria no Código de Águas.²⁴

2.2. O incremento da regulamentação: a Constituição de 1934 e o Código de Águas

O primeiro governo de Getúlio Vargas iniciou-se marcado pela intensificação do processo de centralização político-administrativa e fortalecimento do poder de intervenção estatal no plano econômico, tendência já verificada no final do período acima analisado. Nesse sentido:

As principais decisões de política econômica foram transferidas para o governo federal, iniciando-se então a montagem de um complexo quadro de institutos, autarquias e conselhos técnicos que funcionaram como órgãos de controle e supervisão de diversos setores produtivos. O maior controle do Estado sobre as atividades econômicas tornou mais acentuado o componente nacionalista em sua ideologia e prática.²⁵

Os novos princípios de intervenção estatal no domínio econômico foram adotados pela Constituição de 1934, que, pela primeira vez, fez constar de sua disciplina o capítulo “Da ordem econômica e social”. Foi nesse contexto que a Carta tratou do tema energia elétrica, também de forma pioneira. Nesse aspecto, a principal preocupação do governo central, como já dito, foi o potencial hidráulico nacional, riqueza nacional que vinha sendo explorada de forma concentrada pela iniciativa privada externa e submetida, em grande parte, ao regramento fragmentado e empirista dos contratos municipais.

Significa dizer que, ao voltar sua atenção para o potencial hidráulico, a disciplina constitucional cobriu apenas a energia hidrelétrica e, além disso, enfocou a geração, sem dispensar tratamento para a energia proveniente de outras fontes e para a transmissão e

²⁴Outros fatores também devem ser apontados como alavancadores do processo de centralização empreendido pela União. Nesse sentido, LOUREIRO (2007: p. 127): “Os problemas que acabarão por suscitar o Código de Águas, porém, já começavam a fazer-se presentes no final do período em estudo. A própria expansão da indústria capitaneada pelas “estrangeiras” Light e Amforp, que faziam uso crescente e pouco controlado de uma grande riqueza nacional inexplorada, a “hulha branca”, atraía críticas dos setores nacionalistas. Os aumentos crescentes dos custos da energia, feitos quase de modo unilateral pelas empresas, também eram motivo de queixas, tudo imputando-se à ‘ganância dos trusts estrangeiros’. Além disso, verificaram-se em São Paulo, já no final da década de 20, os famigerados blecautes, amplamente comentados pela imprensa da época.”

²⁵ PANORAMA (1988: p. 79)

distribuição de energia. Tais fases permaneciam, portanto, como acessórias da geração, tal qual se observava nas normas federais da República Velha.

De forma a exemplificar o que se expõe, cumpre visitar as disposições da Constituição de 1934 sobre o tema, apontando, ainda, outras importantes inovações.

A Carta de 1934, ao tratar das competências da União Federal, estabeleceu como competência desta a legislação sobre águas e energia elétrica, restando aos Estados competência legislativa supletiva quanto ao tema:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX – legislar sobre:

(...)

j) bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça, pesca e a sua exploração;

(...)

§3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i, in fine, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nesses casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

Como se vê, apenas a energia de fonte hidráulica foi contemplada no que tange à competência legislativa da União, o que sugere espaço de conformação normativa estadual e municipal sobre matérias não cobertas pela norma constitucional como a energia térmica e a fase de rede.²⁶

Outro dispositivo constitucional de elevada importância traz a novidade da distinção, para o efeito de exploração, entre a propriedade das quedas d'água e a propriedade do solo onde se encontrassem. Tal inovação, que permitiu a regulação própria e distinta do potencial hidráulico, foi introduzida pelo artigo 118, que assim dispunha:

Art. 118 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou

²⁶ LOUREIRO (2009: pp. 66-67)

aproveitamento industrial.

Por sua vez, e com essencial importância para a centralização do eixo normativo setorial, a Constituição de 1934 estabeleceu que a exploração das águas e da energia hidrelétrica dependeria de concessão ou autorização da União, inclusive quando não fosse de sua propriedade. Nesse sentido, confira-se a redação do artigo 119:

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

(...)

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Ao caráter eminentemente nacionalista das condições para a exploração dos potenciais hidráulicos, previstas nos parágrafos do artigo 119, vale adicionar que, ainda que o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data Constituição de 1934 não dependesse de título federal, tal aproveitamento se submeteria à legislação federal que viria a ser promulgada, a teor do art. 12 das Disposições Transitórias.

Tal legislação, o Código de Águas, promulgada no mesmo ano da Constituição em comento, reforçou em âmbito infraconstitucional as novas diretrizes então adotadas. Vale mencionar que medidas centralizadoras antecederam a promulgação do Código de Águas e da sua base constitucional.

Do ponto de vista do regime jurídico da atividade, a promulgação do Código de Águas acarretou a substituição do antigo modelo, caracterizado pelos contratos municipais barganhados e casuísticos, pelo modelo de concessões e autorizações²⁷ a

²⁷ Confira-se a redação de alguns dos principais dispositivos que disciplinam as concessões e autorizações:

"Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do

particulares do aproveitamento hidráulico, sob a regulação e fiscalização da União Federal. A introdução do referido regime foi possibilitada pela distinção entre a propriedade do solo e a propriedade dos potenciais hidráulicos, novidade repisada no diploma infraconstitucional.²⁸ Assim permaneceu até a assunção pelo Estado da prestação dos serviços e da expansão do parque gerador.

Pelo Código de Águas, assim, buscou-se atribuir um regime jurídico publicístico uniforme à atividade.²⁹ A União Federal expandiu seu universo de intervenção na indústria energética, na medida em que o novo diploma normativo a disciplinou com foco na exploração dos potenciais de energia hidráulica, submetida à outorga de títulos federais (concessão ou autorização). Mais que isso, as fases sucessivas da indústria estavam abrangidas pela outorga, o que importa significativo incremento da intervenção federal sobre o setor.

Com efeito, a transmissão e a distribuição eram tratadas marginalmente, sendo mencionadas apenas de passagem pelo artigo 151, “e”, do Código de Águas. Em tal dispositivo, ao tratar dos direitos dos concessionários que se somavam às “regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais”, o diploma estabeleceu o direito de “estabelecer linhas de transmissão e de distribuição.”³⁰

domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1º Independente de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d'água de potência inferior a 50 kws. Para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

§ 5º Ao proprietário da queda d'água são assegurados os direitos estipulados no art. 148.

Art. 140. São considerados de utilidade pública e dependem de concessão: a) os aproveitamentos de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws. Seja qual for a sua aplicação. b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade pública federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência.

Art. 141. Dependem de simples autorização, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws. quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'água a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.

(...)

Art. 150. As concessões serão outorgadas por decreto do Presidente da República, referendado pelo ministro da Agricultura.

(...)

Art. 171. As autorizações são outorgadas por ato do ministro da Agricultura.”

²⁸ Confira-se os artigos 145 a 147, que disciplinam a questão:

“Art. 145. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica são bens imóveis e tidas como coisas distintas e não integrantes das terras em que se encontrem. Assim a propriedade superficial não abrange a água, o árveo do curso no trecho em que se acha a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica, para o efeito de seu aproveitamento industrial.

Art. 146. As quedas d'água existentes em cursos cujas águas sejam comuns ou particulares, pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, ou a quem for por título legítimo.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, os proprietários das quedas d'água que já estejam sendo exploradas industrialmente deverão manifestá-las, na forma e prazo prescritos no art. 149.

Art. 147. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica existentes em águas públicas de uso comum ou dominicais são incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade inalienável e imprescritível.

²⁹ LOUREIRO (2007: p. 205)

³⁰ **Art. 151.** Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: a) utilizar os termos de domínio público e estabelecer as

Como se vê, e reitera-se pela importância que tal aspecto possui para o presente trabalho, não era possível, ainda, distinguir juridicamente as etapas da indústria de energia elétrica. Como visto, foi a preocupação com os potenciais hidráulicos, “riqueza nacional”, aliada à insuficiente regulação propiciada pelos contratos municipais, que levou à introdução do regime de concessões e autorizações pela Constituição de 1934 e pelo Código de Águas. Disciplinou-se, assim, a exploração e o aproveitamento, para fins de geração de energia elétrica, de um bem de manifesto interesse nacional, tratando-se a transmissão e a distribuição como acessórias.

Outro aspecto de importância para o presente trabalho consiste nos primeiros esforços de interligação de sistemas de geração e transmissão, até então inexistentes. Como já visto, os grandes centros de consumo encontravam-se sob o âmbito do monopólio das empresas estrangeiras. Neste âmbito é que se verifica a intensificação das interligações das redes e usinas, em substituição às iniciativas isoladas. O intento era obter melhor aproveitamento na exploração da energia, além de ganhos de escala.³¹

A razão para tais iniciativas pode ser identificada nos efeitos que o regime recém introduzido acarretou. A obrigação de adequação das empresas que já exploravam potencial hidráulico na data de promulgação do Código de Águas às suas disposições encontrou a resistência ferrenha dos principais agentes privados. Tal resistência foi fator que provocou o recuo na expansão setorial, com a estagnação de novos empreendimentos. Nesse cenário, para que se acompanhasse o aumento progressivo da demanda por energia elétrica, as empresas incrementaram o aproveitamento de sua capacidade e, concomitantemente, realizaram e implementaram planos de interligação das usinas e redes.³²

servições nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos; b) desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações pré-existentes os bens, inclusive as águas particulares sobre que versa a concessão e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade pública, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações; c) estabelecer as serviços permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulica e para o transporte e distribuição da energia elétrica; d) construir estradas de ferro, rodovias, linhas telefônicas ou telegráficas, sem prejuízo de terceiros, para uso exclusivo da exploração; e) estabelecer linhas de transmissão e de distribuição.

³¹ LOUREIRO (2007: p. 176)

³² Nesse sentido, LOUREIRO (2007: pp. 207-208): “Essa ‘adequação’ (ou celebração *ex novo* de negócios jurídicos) imporia em reconhecer, voluntariamente, a sujeição às rígidas regras estipuladas pelo Código de Águas, especialmente em matéria tarifária. A resistência que opuseram – invocando direitos anteriores e adquiridos decorrentes dos contratos celebrados antes da vigência do Código, ou, simplesmente, dificultando o funcionamento do já precário aparato burocrático federal – foi um ingrediente não negligenciável na crise de abastecimento que marcou o período. Por conta disso, até a chegada do Estado no setor de geração de energia hidráulica (1947, com a CHESF), poucas grandes obras foram realizadas, poucos potenciais novos foram aproveitados. Os anos finais da década de 30 e a década de 40 são marcados pela estagnação de novos empreendimentos e pelo máximo aproveitamento da capacidade ociosa de alguns empreendimentos já existentes e também pela realização de planos de interligação entre diferentes sistemas isolados. Para que se tenha uma idéia aproximada, o grupo Light, que respondia por cerca de 23% do parque gerador nacional, não construiu sequer uma nova usina até 1945. Também as empresas da Amforp não se expandiram significativamente, preocupando-se o conglomerado em consolidar sua posição no interior de São Paulo, por meio de uma pioneira interligação de seus sistemas. O panorama não muda se se consideram os demais agentes operantes do setor (pequenas unidades municipais, pequenas empresas privadas nacionais e auto-produtores).

Cabe assim, elencar as principais características e inovações observadas no período em comento:

(i) Adotando novos princípios de intervenção estatal no domínio econômico, a Constituição de 1934, de forma pioneira, faz constar de sua disciplina o tema energia elétrica. Especificamente, a Carta volta sua atenção para o potencial hidráulico nacional, riqueza nacional que vinha sendo explorada pela iniciativa privada externa, sob o regramento fragmentário e empirista dos contratos municipais. A Constituição acabou por tratar apenas das questões referentes à energia hidrelétrica, enfocando-se a geração. Deixou, portanto de dispensar tratamento para a energia proveniente de outras fontes e para as demais fases da indústria, que permaneciam acessórias da geração.

(ii) A Carta de 1934 estabelece a competência da União para legislar sobre “energia hidrelétrica”; distingue, pela primeira vez, a propriedade das quedas d’água da propriedade do solo; estabelece, também pela primeira vez, a dependência de título federal (concessão ou autorização) para a exploração das águas e da energia hidrelétrica. Tais previsões constitucionais foram essenciais para a centralização do eixo normativo setorial.

(iii) No mesmo ano, promulgou-se o Código de Águas, norma à qual, por força constitucional, estariam submetidas mesmo as empresas já em atividade antes de sua publicação. O diploma legal repisava as inovações e determinações da Constituição de 1934 acima expostas. Deve-se destacar o tratamento marginal conferido às atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, as quais são mencionadas apenas de passagem pelo artigo 151, “e”, do Código. Estipula-se, tão-somente, o direito dos concessionários de “*estabelecer linhas de transmissão e de distribuição*”, dentre as “*regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais*”. Não era possível ainda, pois, distinguir juridicamente as etapas da indústria de energia elétrica.

(iv) Observam-se os primeiros esforços de interligação de sistemas de geração e transmissão, em substituição às iniciativas isoladas. Tais esforços foram capitaneados pelas empresas estrangeiras dominantes, que viam na interligação a possibilidade de obter melhor aproveitamento na exploração de energia e ganhos

de escala. Tal situação justificou-se pela necessidade de fazer frente ao aumento de demanda em um cenário de retração da expansão setorial e estagnação de novos empreendimentos, decorrente das resistências das empresas às novas regras do setor.

O cenário de estagnação acima descrito justificará a progressiva intensificação da atuação direta estatal no setor. Já no período em tela, os estados da Federação foram, em diversas ocasiões, responsáveis por satisfazer as demandas das parcelas de seus territórios não atendidas pelos agentes privados. Atuavam, ainda que timidamente, na geração e distribuição de pequeno e médio porte. Tal tendência caracterizará o setor até a decidida estréia da União na atuação direta na indústria, quando então passam a coexistir os empreendimentos de geração e transmissão de grande porte, a cargo desta, e os empreendimentos de geração e distribuição de pequeno e médio porte, a cargo dos Estados e da iniciativa privada.

Nesse sentido, o caminho a ser percorrido levará, já no Estado Novo, a uma incipiente disciplina jurídica mais específica da transmissão de energia, consoante se verifica na Constituição de 1937, cujos termos se passa a analisar.

2.3. A Constituição de 1937 e os esforços de implementação do Código de Águas

Não foi sem grandes resistências e obstáculos que se operou a transferência do eixo normativo setorial. Como visto, o processo de centralização, em um primeiro momento, foi duramente criticado e combatido pelas multinacionais, até então hegemônicas. Em um segundo momento, observou-se o engessamento da indústria energética.

Por um lado, o Estado não possuía condições técnicas e econômicas para assumir a prestação dos serviços de energia elétrica, fazendo frente à crescente demanda decorrente do processo de urbanização e industrialização. Por outro, as empresas estrangeiras estavam desestimuladas a investir, tendo em vista a modificação das regras tarifárias e a insegurança política oriunda da ascensão das forças nacionalistas.³³

A dificuldade de implementação do Código de Águas subsistirá pelos

³³ GASTALDO (2009: p. 38)

anos que sucederão sua promulgação. Aliada às diversas manobras no sentido de subverter a aplicação do Código, a conjuntura política e econômica do pós-guerra propiciará o incremento da atuação direta estatal sobre o setor. Nesse sentido observa-se a criação dos diversos e sucessivos planos estratégicos para possibilitar o aparelhamento do Estado, que fará frente à crescente demanda de energia elétrica e à consequente necessidade de atualização tecnológica e ampliação do parque gerador. O período é marcado, assim, pela massiva produção legislativa, ora em direção ao implemento e aprofundamento do Código de Águas, ora em sentido oposto.

Do ponto de vista normativo, cumpre verificar as inovações trazidas pela Carta de 1937. A Constituição outorgada mantém os dois instrumentos centralizadores das decisões sobre o setor, quais sejam: a competência legislativa federal e a competência para outorga de título federal para o aproveitamento dos potenciais hidráulicos. Mantém-se, também, a distinção entre a propriedade do solo e a propriedade dos potenciais hidráulicos, além da determinação voltada a nacionalização progressiva das quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.

Como novidade, aponta-se a supressão do instrumento de concessão com título a possibilitar o aproveitamento das quedas d'água. O artigo 143 da Carta estipula que a referida exploração depende de autorização, apenas.³⁴

No entanto, é no campo da fixação de competência legislativa da União que a Constituição de 1937 introduz inovação de importância para o presente estudo. Pela primeira vez estipula-se competência legislativa da União para dispor especificamente sobre o regime da transmissão de energia, ainda que mencione apenas as redes de alta tensão que ultrapassem limites estaduais. Cabe colacionar o dispositivo:

Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

(...)

³⁴ Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - Independente de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

XV - a unificação e estandardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica, o regime das linhas para correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado;

Na esteira do referido permissivo, o Decreto-lei nº. 852/1938, que tratava da adequação do Código de Águas à nova ordem constitucional, fez depender de autorização ou concessão federal o estabelecimento de linhas de transmissão e redes de distribuição. É o que se conclui da leitura do art. 5º do Decreto-lei:

Art. 5º Dependem, em todo o tempo, exclusivamente, de autorização ou concessão federal o estabelecimento de linhas de transmissão ou redes de distribuição de energia.

Vale dizer, a determinação legal seria aplicável ainda que não houvesse exploração da atividade de geração de energia. Em outras palavras, explicita-se a possibilidade de realização das atividades de transmissão e distribuição isoladamente, sem acompanharem, necessariamente a geração. Nesse sentido, o dispositivo colacionado traria luzes para as intensas discussões entre os intérpretes do Código de Águas, no que concerne à forma insuficiente e superficial que o diploma tratava a transmissão e a distribuição de energia elétrica.³⁵

No entanto, a massiva produção legislativa no período, nota característica da tensão entre a tendência centralizadora (no sentido de implementação do Código de Águas) e a resistência a tal tendência (que viria a criar um regramento paralelo à primeira tendência), acabou por obscurecer o alcance da previsão em comento. Por tal motivo, em geral, as normas federais que viriam a regulamentar dispositivos do Código de Águas permaneceram voltadas para a geração, sem disciplinar suficientemente as demais fases.

De outra parte, verifica-se no Decreto-lei nº. 852/1938 determinação no sentido da uniformização técnica das condições de fornecimento de energia elétrica. Tal determinação tinha por objetivo fornecer a base para a interligação de sistemas de que tratava o Código de Águas, medida que, como visto, se tornava cada vez mais necessária, em face da estagnação da expansão setorial experimentada. Assim é que o artigo 23 determinava prazo para que se padronizasse a freqüência e outros aspectos técnicos:

³⁵ LOUREIRO (2007: p. 217)

Art. 23. A energia elétrica, obtida por meio da transformação da energia hidráulica ou térmica será produzida, para ser fornecida no território brasileiro, sob forma de corrente alternativa trifásica com a freqüência de cinqüenta (50) ciclos.

§ 1º As disposições deste artigo incidem desde já sobre as ampliações nas instalações existentes de produção das empresas, individuais ou coletivas, que forneçam energia para serviços públicos, ou de utilidade pública ou façam sob qualquer forma o comércio de energia.

§ 2º As disposições deste artigo incidem desde já sobre as ampliações das instalações de transmissão, transformação e distribuição para localidades ou zonas de uma mesma localidade ainda não servidas por energia elétrica.

§ 3º Dentro do prazo improrrogável de oito (8) anos e de acordo com o Regulamento que foi baixado, as empresas individuais ou coletivas que, sob forma diferente, forneçam energia elétrica para serviços públicos, de utilidade pública ou façam o comércio de energia, deverão ter todas as suas instalações funcionando de acordo com o estipulado neste artigo.

§ 4º O disposto neste artigo só admite exceções nos casos de usinas para uso exclusivo do autorizado ou concessionário e para indústrias especiais.

Diante da iminente crise de suprimento – cujas causas já se abordou -, ainda em 1939, editou-se o Decreto-lei nº. 1.345, aprofundando-se a tendência de interligação ao estabelecer como atribuição legal do Governo Federal ordenar a interligação de usinas.³⁶

Todavia, na tendência da prática legislativa do período, o prazo para a implantação dos padrões técnicos mencionados veio a ser prorrogado, reconhecendo-se as dificuldades técnicas da padronização, inexistente qualquer mecanismo de contrapartida da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Inviabilizou-se, assim - mas por enquanto – maiores e mais decididos esforços de interligação de sistemas elétricos.³⁷

Merecem menção, ainda, os Decretos-lei que disciplinaram a atuação Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE, pela importância que teve a entidade superior no processo de centralização do controle da indústria. Criado pelo Decreto-lei nº. 1.285/1939 (ainda como CNAE), o órgão vinculava-se diretamente à Presidência da República e estava encarregado da política de energia elétrica, mantendo estatísticas, organizando planos de interligação de usinas e sistemas elétricos, regulamentando o Código

³⁶ Confira-se a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº. 1.345/1939:

“Art. 1º - Independentemente, e da assinatura de novos contratos ou da revisão dos existentes, o Governo Federal poderá, quando o julgar necessário ou conveniente, e sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei : a) ordenar a interligação de usinas elétricas ou o suprimento de energia de uma empresa de eletricidade a outra ou outras empresas congêneres; b) determinar as reservas de água a serem entregues ao Poder Público, de acordo com a letra e do artigo 153 do Código de Águas (decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1984); c) ordenar a entrega das reservas de água no ponto que for escolhido, de acordo com o artigo 155 do Código de Águas.”

³⁷ Nesse sentido, confira-se o artigo 6º do Decreto-lei nº. 4.295/1942

“Art. 6º O prazo de que trata o art. 23, § 3º, do decreto-lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, fica prorrogado por um período que será oportunamente fixado, e passa a ser permitido o emprego, em novas instalações e nas ampliações ou modificações das existentes, das correntes alternadas trifásicas de 50 e de 60 ciclos por segundo, distribuídas por zonas a serem delimitadas pelo C. N. A. E. E.”

de Águas, examinando as questões tributárias referentes à indústria e resolvendo, em grau de recurso, as controvérsias entre a administração pública e os concessionários.³⁸

A situação de crise de abastecimento de que se cogita provocou o incremento de atribuições do CNAEE, em efetivo avanço da centralização do controle da indústria. Por meio do Decreto-lei nº 4.295/1942, atribuiu-se ao órgão notáveis poderes como a competência para editar ou propor normas destinadas (i) à utilização racional e econômica das instalações de energia elétrica (art. 1, inciso I); (ii) ao “acrédito de capacidade ou ao mais eficiente aparelhamento das mencionadas instalações” (art. 1, inciso II); e (iii) ao “estabelecimento compulsório de novas instalações de produção de energia elétrica e das complementares, de transmissão, transformação e distribuição”, com fito de evitar deficiências nas zonas de operação das empresas.³⁹

Ou seja, com a finalidade de fazer frente à situação emergencial que decorria da iminente crise de fornecimento de energia elétrica, o mencionado Decreto-lei acabou por conferir ao CNAEE poderes amplos de regulação no que se refere a diversos aspectos da atividade de energia elétrica, incluindo a adoção de medidas que importassem na modificação ou ampliação compulsória das instalações destinadas à “produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica”. Tudo dentro do objetivo de “melhor aproveitar e de aumentar a disponibilidade de energia elétrica no país”.

Completam o quadro de normas infraconstitucionais do período, por fim – e ao lado das normas de implementação do Código de Águas e das de resistência a tal implantação –, os Decretos-lei por meio dos quais, na tendência já explicitada, os Estados passavam a suprir as deficiências e lacunas de atendimento em parcelas de seus territórios.

³⁸ PANORAMA (1988: pp. 88-89)

³⁹ Para uma análise do mecanismos de implementação de tais medidas, confira-se a redação do artigo 1º do Decreto-lei nº. 4.295/1942:

“*Art. 1º Afim de melhor aproveitar e de aumentar as disponibilidades de energia elétrica no país, caberá ao Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (C. N. A. E. E.) determinar ou propor medidas pertinentes:*

I – À utilização mais racional e econômica das correspondentes instaladas, tendo em vista particularmente: a) o melhor aproveitamento da energia produzida, mediante mudanças de horários de consumidores ou por seu agrupamento em condições mais favoráveis, bem como o fornecimento a novos consumidores cujas necessidades sejam complementares das dos existentes, e quaisquer outras providências análogas; b) a redução de consumo, seja pela eliminação das utilizações prescindíveis, seja pela adoção de hora especial nas regiões e nas épocas do ano em, que se fizer conveniente.

II – Ao acréscimo de capacidade ou ao mais eficiente aparelhamento das mencionadas instalações, pela execução compulsória das modificações ou ampliações, de que trata o decreto-lei nº 2.059, de 5 de março de 1940, tanto nas instalações a que se refere esse decreto-lei como em quaisquer outras destinadas à produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica.

III – Ao estabelecimento compulsório de novas instalações de produção de energia elétrica e das complementares, de transmissão, transformação e distribuição, para evitar deficiências nas zonas de operação atribuídas às empresas.

§ 1º Serão determinadas por meio de resolução do CNAEE : a) as medidas constantes do inciso I e suas alíneas, quando envolverem apenas pessoas ou empresas que exploram a indústria da energia elétrica; b) as modificações de instalações previstas no inciso II deste artigo e no citado decreto-lei nº 2.059, de 5 de março de 1940.

§ 2º As demais medidas de que trata o presente artigo serão determinadas por decreto do Governo Federal, cujo projeto incumbirá ao CNAEE

§ 3º Quando o estabelecimento de novas instalações ou a ampliação ou modificação das existentes tiverem o caráter compulsório e for verificada, para sua execução, a impossibilidade financeira, total ou parcial, por parte da empresa, ficará a respectiva efetivação condicionada à abertura do crédito necessário, cujo montante será indicado pelo CNAEE.”

Nesse sentido, confira-se o Decretos-Lei nº. 1.509/1937 e 2.871/1938, por meio dos quais o governo federal outorgou ao governo fluminense concessão para produção e distribuição de energia elétrica no norte do estado. Ainda nesse sentido, cumpre apontar as iniciativas do estado do Rio Grande do Sul que, por meio da criação da Comissão Estadual de Energia Elétrica (CEEE), elaborou o Plano de Eletrificação do Rio Grande do Sul, aprovado pelo CNAEE e pela Divisão de Águas, por meio dos Decretos-lei nºs. 18.318 e 18.899, ambos de 1945, que tinham por escopo a execução de soluções de emergência para a crise de abastecimento de energia elétrica, por meio da criação de uma empresa estadual e a transferência das concessões municipais para o âmbito estadual, visando a implementação de um sistema regional interligado de geradoras.⁴⁰

Até meados da década de 40 do século passado, este seria, portanto, o panorama do setor:

(i) Verifica-se incertezas regulatórias decorrentes da coexistência de normas de regulamentação/implementação do Código de Águas e normas de compromisso que, constituindo regime jurídico paralelo, faziam subsistir as condições anteriores ao Código.

(ii) Como decorrência de tais incertezas, observa-se a insuficiência – quase ausência – de investimentos do setor privado, acarretando crise no fornecimento de energia elétrica.

(iii) Inicia-se a especificação da disciplina jurídica das atividades de transmissão e distribuição de energia, as quais passam a depender, exclusivamente, de título federal e, no entanto, ainda não são suficiente e autonomamente reguladas – muito por força do caos normativo que caracteriza o período.

(iv) No que concerne a interligação de sistemas, como instrumento para otimização/ganho de escala do aproveitamento da energia elétrica, edita-se normas voltadas a fornecer as condições para a interligação, com a unificação de freqüências e padronizações técnicas correlatas, sem, contudo, lograr cumprir seu objetivo. Atribui-se ao Governo Federal da competência de ordenar interligações.

⁴⁰ PANORAMA (1988: pp. 93-95)

(v) Tem início a atuação direta estatal na indústria, por meio de iniciativas estaduais, de forma a suprir as deficiências decorrentes do déficit de fornecimento causado pela estagnação da expansão do setor.

Na senda aberta pelas iniciativas estaduais – e, em princípio, para fazer frente às necessidades decorrentes do déficit do fornecimento – o governo federal criará, por meio do Decreto-Lei nº 8.031/1945, a primeira empresa de eletricidade federal, a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF. Estreando na geração de grande porte, a CHESF inaugura um novo contexto no setor elétrico, sinalizando tendência que viria a se consolidar e se aprofundar, conforme será abordado no próximo subcapítulo.

Tal tendência apontará para a efetiva dissociação entre produção e distribuição de energia elétrica e para o incremento da interligação de sistemas elétricos. Eis a importância para o presente estudo do novo arranjo setorial que se espelharia no modelo introduzido por meio da criação da CHESF.⁴¹

2.4. A Constituição de 1946 e o incremento da atuação direta do Estado

O período que se passa a analisar caracteriza-se pela ausência de maiores modificações da participação da iniciativa privada no setor. Por outro lado, principalmente após a Constituição de 1946, a União progressivamente passa a atuar diretamente no segmento de geração e transmissão de grande porte, permanecendo a iniciativa privada e os estados encarregados da distribuição de energia elétrica e de iniciativas de porte reduzido no que se refere à geração.

Trata-se da consolidação de aprofundamento da tendência inaugurada pela instituição da CHESF, conforme acima exposto. Nesse sentido, LOUREIRO explicita que

⁴¹ Nesse sentido, PANORAMA (1988: pp. 97-98): “A criação da Chesf representou, sem dúvida, o marco inaugural de um novo estágio no desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. Além do envolvimento do Estado no campo da geração de eletricidade, o projeto Chesf indicava a tendência à construção de usinas de grande porte e à dissociação entre a geração e a distribuição de energia elétrica. Com efeito, a expansão do parque elétrico brasileiro na década de 1950 obedeceria em larga medida ao modelo proposto pela Chesf: concentrar a produção em grandes usinas (Paulo Afonso foi dimensionada em 600MW) e suprir de energia os sistemas distribuidores regionais a cargo dos governos estaduais”

a época é marcada pela entrada decidida da União nos empreendimentos de geração que, com isso, crescem de ponto. E também pela consolidação das iniciativas estaduais que atuam supletivamente na própria geração e distribuição de energia, para suprir as deficiências das empresas concessionárias privadas que continuam a pouco ou nada investir, neste ambiente de incertezas regulatórias. Com efeito, começa aqui a época das grandes centrais hidrelétricas, organizadas como empresas públicas (ou sociedades de economia mista) federais. Itaipu e a própria Eletrobrás serão os pontos culminantes deste movimento. Paralelamente, também por este período – e muito em função do porte da geração – começa a conceber-se o sistema elétrico interligado nacional.⁴²

Como elemento chave para o incremento da atuação direta da União na atividade de geração de energia elétrica, a Constituição de 1946, no artigo 15, III⁴³, previu a criação de um tributo federal, o Imposto Único de Consumo, incidente sobre a energia elétrica (IUEE). Em se tratando do setor de energia elétrica, esta foi a principal novidade observada. Outra inovação de importância refere-se ao tratamento da energia elétrica como um todo, sem restringir-se à energia hidrelétrica. Nos demais aspectos, mantém-se a lógica das Constituições anteriores: intervenção federal no setor por meio da competência legislativa e da competência para outorgas.

Criado pela Lei 2.308/1954, o IUEE foi a primeira fonte de recursos do gênero destinada a investimentos do setor elétrico⁴⁴. Como forma de fazer frente ao problema de abastecimento então enfrentado⁴⁵, os recursos decorrentes da arrecadação do imposto

⁴² LOUREIRO (2007: p. 236)

⁴³ Confira-se a redação do dispositivo:

“Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre:

(...)

III - produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica;”

⁴⁴ Nesse sentido, cumpre apontar o artigo 5º, caput, da referida Lei, o qual tratava da repartição e da destinação da arrecadação:

“Art. 5º Do total da arrecadação do imposto único, 40% (quarenta por cento) pertencerão à União, 50 (cinquenta por cento) aos Estados, Distrito Federal e Territórios e 10% (dez por cento) aos municípios, para ser aplicado segundo planos plurianuais de investimentos, elaborados com a colaboração da Eletrobrás na produção, transmissão e distribuição de energia elétrica. (Redação dada pela Lei nº 4.156, de 1962)”

⁴⁵ Para compreensão do apontado cenário de crise, confira-se PANORAMA (1988: pp. 117-118): “A Segunda Guerra Mundial acarretou profundas modificações no perfil do setor de energia elétrica no Brasil. Durante o conflito, a ampliação do sistema energético foi extremamente prejudicada. Devido à impossibilidade de compra, no exterior, dos equipamentos elétricos necessários à instalação de novas usinas, foram virtualmente interrompidas as obras de aproveitamento hidráulico e as interconexões entre as áreas de concessão. Esses trabalhos era imprescindíveis para integrar os sistemas elétricos e, ao mesmo tempo, colocar à disposição do país maior oferta de energia elétrica, condições essenciais à rápida industrialização que se verificaria no pós-guerra.

Um dos traços fundamentais da indústria no período de 1945-1962 é a gradual perda de importância do setor tradicional, constituído pela produção de bens de consumo duráveis (indústria alimentícia e têxtil), e a formação e/ou o rápido crescimento paralelo dos setores de bens de consumo duráveis (aparelhos eletrodomésticos e máquinas de pequeno porte) e de bens de capital e insumos básicos (aço, cimento, equipamentos elétricos pesados, produtos químicos). Esses novos setores apresentavam um coeficiente de demanda por energia elétrica bem superior ao do setor tradicional, provocando uma brusca e acentuada elevação do consumo.

O incremento da demanda de energia elétrica também foi estimulado pelo acelerado processo de urbanização associado à industrialização e pela ampla difusão de bens de consumo duráveis, sobretudo eletrodomésticos, que necessitam de eletricidade para entrar em funcionamento. Essa conjugação de fatores determinou que, no pós-guerra, o balanço energético, até então superavitário, passasse a apresentar um déficit cada vez maior em relação ao consumo. Instaurou-se no Brasil uma crise energética de grandes proporções, acarretando a adoção de uma política recorrente de racionamento, que trouxe sérios problemas não só para o conjunto da economia, mas também para os consumidores individuais. (...) Para normalizar a situação e garantir o processo de industrialização pesada, o Estado desenvolveu um amplo programa de investimentos nas atividades de geração e transmissão. A expansão do segmento estatal foi marcada pela criação de grandes empresas estaduais e federais, culminando em 1962 com a organização da Eletrobrás. O setor de energia elétrica passou a ter uma nova configuração, consolidando-se, em certa medida, uma divisão de encargos entre a empresa pública e a empresa privada. Com efeito, enquanto as empresas públicas se voltaram primordialmente para a expansão do parque gerador de eletricidade, as empresas privadas nacionais e estrangeiras

alimentavam o Fundo Federal de Eletrificação, cujo objetivo era a ampliação das condições internas de financiamento de instalações de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como o desenvolvimento da indústria de material elétrico.

A medida fez parte de um contexto amplo de sucessivos planos que visaram propor soluções para a questão energética nacional. Especificamente, decorreu de uma série de propostas em sentido diverso do até então propugnado pelos primeiros planos, como as Missões Cooke, Abbink e o Plano Salte.⁴⁶ Com efeito, o financiamento da indústria por meio de tributos e empréstimos externos, evitando-se para tal finalidade mecanismos intra-tarifários, foi um dos pontos básicos do novo Plano Nacional de Eletrificação.

Este plano, objeto do Projeto de Lei nº 4.277/54, a par de não ter sido aprovado, lançou diretrizes e princípios que balizariam os rumos do setor de energia elétrica. O plano pressupunha um amplo esforço no sentido de, num prazo de dez anos, solucionar o problema do abastecimento de energia elétrica:

Tratava-se de cobrir o déficit de capacidade geradora acumulada nos anos anteriores, garantir que em 1965 o parque pudesse contar com a reserva normalmente exigida, interligar os sistemas existente e criar novos, unificar a freqüência de corrente e padronizar as tensões de transmissão e distribuição. Como pano de fundo desse conjunto de medidas, previa-se, conforme já foi visto, uma profunda reestruturação do setor, para concentrar a propriedade das usinas nas mãos de empresas controladas pelo governo federal e pelos governos estaduais, que distribuíam a energia elétrica para as demais empresas.⁴⁷

Assim, além da questão do financiamento, exsurgem as seguintes diretrizes previstas no Plano:

(a) opção estratégica clara pela geração hidráulica; b) intervenção pública federal maciça na geração e transmissão, nos moldes da CHESF (pode-se dizer que foi este o documento que institucionalizou a divisão de competências entre Estado e iniciativa privada, no âmbito do setor elétrico); (...) d) estímulo a interligação dos sistemas elétricos (...); e) unificação de freqüência e compatibilização de sistemas.⁴⁸

Importante notar a intensificação da preocupação do Governo Federal em relação a necessidade de interligação de sistemas. Os esforços nesse sentido, como visto,

destinaram a parcela maior de seus investimentos para a área de distribuição de energia.”

⁴⁶ Para uma análise geral de tais planos, cfe. PANORAMA (1988, pp 119-123)

⁴⁷ PANORAMA (1988: p. 129)

⁴⁸ LOUREIRO (2007: p. 240)

remontam a iniciativas do setor privado anteriores ao Código de Águas, se antecipando às medidas de interligação que viriam a se tornar cada vez mais indispensáveis. Tais iniciativas foram acompanhadas por alguns estados como o Rio Grande do Sul. Seguiram-se tentativas de estimular as interligações por meio de normas que, consoante exposto, acabaram por falhar no seu objetivo. O próximo passo, que ora se analisa, consiste na adoção do estímulo às interligações como diretriz básica da política do governo federal para o setor de energia elétrica.

Assim é que se concebeu, no âmbito do Plano Nacional de Eletrificação, a distinção entre duas grandes áreas do território nacional, de acordo com a densidade demográfica e as condições de interligação das usinas e dos sistemas elétricos: uma passível de ser suprida por grandes sistemas interligados, onde se localizavam as grandes centrais hidrelétricas; outra em que o suprimento seria possível apenas por meio de sistemas isolados de pequeno porte e serviços locais.⁴⁹

No que se refere à primeira categoria, planejou-se a instalação, até 1965, de três grupos de sistemas, encampando-se o planejamento estadual principalmente dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, que se adiantaram ao governo federal nos esforços de interligação: (i) o primeiro, compreendeu os sistemas já em funcionamento no sul e no sudeste, ampliados e complementados por novos empreendimentos; (ii) o segundo, referente à área de concessão da CHESF, abrangeu estados do nordeste; (iii) o terceiro, constituiu-se pelo sistema hidro-termoelétrico do Rio Grande do Sul.⁵⁰

Este novo cenário demandava alterações da conformação institucional administrativa do setor de forma a viabilizar a emergência do Estado como gerador de energia elétrica. Nesse contexto, editou-se o projeto de lei nº. 4.280/1954, que autorizava a constituição pelo governo federal das Centrais Elétricas Brasileiras S.A., a Eletrobrás. A empresa federal seria constituída para atuar em âmbito nacional, tendo como principal finalidade a execução dos empreendimentos previstos no Plano Nacional de Eletrificação, elaborando estudos e projetos e construindo/operando usinas e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica. Incumbir-lhe-ia, ainda, capitanejar a introdução da indústria pesada de material elétrico.

As resistências à constituição da Eletrobrás, que chegaram a ser

⁴⁹ PANORAMA (1988: p. 129)

⁵⁰ PANORAMA (1988: p. 130)

discutidas no âmbito do Plano de Metas de Juscelino Kubitschek, acarretaram diversas modificações no texto original do projeto de lei, o qual tramitou no Congresso Nacional por sete anos até sua aprovação, em 1961.

Antes da efetiva criação da nova empresa pública, com efeito, veio a lume uma norma de indiscutível importância para o setor. Fruto de uma acirrada discussão envolvendo a revisão da legislação tarifária e a demanda do setor privado por um marco normativo consolidado, no âmbito da qual foi instituído o Grupo de Trabalho de Energia Elétrica – GTENE, o Decreto nº 41.019 foi promulgado em 1957. A título de regulamentar o artigo 178 do Código de Águas, o Decreto acabou por disciplinar de forma abrangente e orgânica as atividades de energia elétrica.

Com especial importância para o presente estudo, nesse momento observa-se de forma decidida, pela primeira vez, a disciplina autônoma das fases que sucedem a de geração. Nesse sentido, passa-se a cogitar de autonomia jurídica das atividades de distribuição e transmissão, que podiam ser concedidas de forma conjunta ou separada da atividade de geração.

Pretendia o Decreto nº. 41.019 ter espectro amplo, regulador não mais da “energia hidráulica” ou da distribuição e transmissão como acessórios da geração. Seus objetos são os “serviços de energia elétrica”, desimportantes a fonte a partir da qual a geração ocorre ou a autonomia/acessoriedade da rede.⁵¹

Regulamento dos serviços de energia elétrica, o referido Decreto, em seu artigo 2º, traça com clareza o acima exposto:

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 dêles separadamente.

O Decreto cuida, ainda, de dispor expressamente sobre cada um dos serviços de energia elétrica, explicitando, logo de início, o objeto de cada um.⁵² Cumpre

⁵¹ LOUREIRO (2007: pp. 302-303)

⁵² Confira-se a redação dos seguintes dispositivos:

“*Art 3º. O serviço de produção de energia elétrica consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem.*

Art 4º. O serviço de transmissão de energia elétrica consiste no transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores.

§1º. A transmissão de energia compreende também o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem

observar, entretanto, que, a despeito do dispositivo acima colacionado, as regras sobre o objeto das concessões (artigo 76) determinam que a atividade de transmissão somente poderia ser concedida a concessionários de geração ou distribuição (alínea “e” do artigo 76), além de proibirem a existência de intermediários entre estes (§1º do artigo 76).

Em seguida, traz a disciplina jurídica pormenorizada: (i) da administração dos serviços de energia elétrica (título I); (ii) dos bens e instalações utilizados nos serviços de energia elétrica (título II); (iii) das concessões e autorizações dos serviços de energia elétrica (título III); e (iv) do regime de exploração dos serviços de energia elétrica (título IV).

Por sua pertinência com o objeto do presente trabalho, além da decidida distinção jurídica entre as fases da indústria, cumpre destacar que o Decreto nº. 41.019/1957 disciplinou as interligações de usinas e sistemas elétricos, em positivação da diretriz que se consagrou no Plano Nacional de Eletrificação, consoante acima exposto. Os artigos 149 e 150 do Decreto assim dispõem:

Art 149. A centralização dos sistemas geradores de energia elétrica poderá efetivar-se afim de atender deficiências locais de suprimento ou objetivando a racionalização da produção em uma dada região, mediante os seguintes processos:

I - Pela interligação simples de dois ou mais sistemas geradores de entidades diversas, mantendo cada uma o seu próprio critério de operação e aplicando livremente suas disponibilidades de energia.

II - Pela integração sob uma única propriedade e uma operação centralizada, tanto da geração e da transmissão, como da distribuição da energia aos consumidores.

III - Pela coordenação das operações de geração e de transmissão para o fornecimento em grosso às entidades distribuidoras de energia aos consumidores.

Art 150. A centralização poderá ser solicitada pelos concessionários ao C.N.A.E.E. e somente se efetuará após à sua aprovação, ou quando o interesse nacional justificar, determinada compulsoriamente pelo mesmo Conselho, nos casos dos incisos I e II do artigo anterior.

Cogita-se pela primeira vez em um diploma legal da possibilidade de operação coordenada dos sistemas de geração e transmissão de energia elétrica (inciso III).

entre as subestações de distribuição.

§2º. 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.

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.”

Esta modalidade de operação surge como uma opção, ao lado da: (i) interligação simples de sistemas de entidades diversas, com manutenção do critério de operação de cada uma e livre escolha de aplicação de suas disponibilidades de energia (inciso I); e (ii) integração de sistemas de uma única propriedade, operando-se de forma centralizada a geração, a transmissão e da distribuição aos consumidores (inciso II).

Note-se que a centralização poderia ser voluntária ou, quanto aos processos de que tratam os incisos I e II, compulsória, a depender da existência de interesse nacional. Significa dizer que a centralização pelo processo de operação coordenada não poderia ser determinada compulsoriamente, ocorrendo apenas mediante solicitação dos concessionários e aprovação do CNAEE. Este, nos termos do Decreto, desempenharia papel central nos referidos processos, consoante a disposição do artigo 151:

Art 151. Caberá à C.N.A.E.E., depois de ouvidas as entidades interessadas da região e a Fiscalização, determinar as condições de ordem técnica, financeira e administrativa e as compensações com que a centralização será feita, bem como no caso da coordenação, prevista pelo inciso III do art. 149, promover sua efetivação.

§ 1º Para os efeitos da coordenação, de acordo com o estabelecido no art. 3º, do Decreto-lei nº 5.287, de 26 de fevereiro de 1943, serão organizadas pelo C.N.A.E.E. Comissões Especiais encarregadas do estudo para a progressiva estruturação dos sistemas centralizados do país, estudo esse que deverá abranger em sua forma mais completa.

I - A elaboração de um plano de normalização de certas características das instalações elétricas existentes nas diversas regiões, inclusive a freqüência, e das tensões da transmissão, que permita a interligação de seus sistemas.

II - A delimitação das regiões de centralização, tendo em vista os seus recursos energéticos, correlacionados às capacidades de consumo, dependentes estas últimas das concentrações demográficas e da estrutura e situação de sua fôrças econômicas.

III - A organização de um programa seriado de interligações a serem executados e de um plano de coordenação de geração, de transmissão e do sistema primário interligados, para suprimento de energia elétrica em grosso às respectivas entidades para distribuição direta aos consumidores ou por intermédio de outras entidades redistribuidoras.

IV - O planejamento da concentração da produção dentro dos sistemas regionais de centralização, pela construção, sempre que econômicamente indicada, de novas usinas geradoras de grande capacidade e eficiência, sem prejuízo, todavia, da construção de novas usinas médias e pequenas, localizadas nas vizinhanças dos centros de carga, obedecendo o conjunto às características normalizadas e visando o abastecimento coordenado do sistema centralizado.

Vale dizer, a modalidade da operação coordenada, embrião da atividade objeto do presente estudo, deveria ser efetivada pelo próprio CNAEE, em cujo âmbito seriam desenvolvidos, ainda, estudos para a progressiva estruturação dos sistemas centralizados do país. Os planos de coordenação determinados pelo CNAEE deveriam ser

executados pelas entidades executivas previstas no artigo 153 do Decreto.⁵³

A essa altura, cumpre traçar o panorama do período em análise. Destacam-se os seguintes pontos:

- (i) Aprofunda-se a atuação direta da União na atividade de geração e transmissão de grande porte, em consolidação da tendência inaugurada pela constituição da CHESF; permanecem os estados e o setor privado incumbidos, principalmente, da distribuição de energia elétrica.
- (ii) Estabelece-se, com base na inovação trazida pela Carta de 1946, mecanismo extra-tarifário de financiamento das atividades de energia elétrica, o Imposto Único de Energia Elétrica (IUEE), base para o incremento da atuação direta da União no setor.
- (iii) Consagra-se, por meio do Plano Nacional de Eletrificação, diretrizes básicas para o desenvolvimento e expansão do setor, quais sejam: a) opção estratégica pela geração hidráulica; b) intervenção federal maciça na geração e transmissão de energia elétrica, nos moldes da CHESF; c) financiamento da intervenção da União por meio de recursos do IUEE, operacionalizado pelo Fundo Federal de Eletrificação – FFE; d) fomento à interligação dos sistemas elétricos, com a identificação de uma grande área passível de interligação e outra que manteria sistemas isolados; e) compatibilização técnica dos sistemas por meio da normalização e da unificação de freqüência.
- (iv) Elabora-se o projeto de lei nº. 4.280/1954, autorizando a constituição da Eletrobrás. A empresa pública, concebida para fazer frente às

⁵³ Confira-se o que dispõem os artigos 153 a 156 do Decreto nº. 41.019/1957 quanto às entidades executivas:

“Art 153. As Entidades Executivas a serem criadas nas regiões de centralização poderão ser estatais, para-estatais, de economia mista ou particulares, ou sob forma de consórcio, podendo ser participantes de sua organização o Poder Público Federal, Estadual ou Municipal, os concessionários ou permissionários de serviços de energia elétrica os grandes consumidores, as estradas de ferro eletrificadas, ou quaisquer outras entidades da região.

Art 154. São atribuições das Entidades Executivas:

I - Promover a realização do plano de centralização regional organizada pelo C.N.A.E.E.

II - Prestar auxílio técnico e financeiro aos participantes da centralização para execução de medidas de normalização, para melhoramentos e ampliações de suas instalações.

III - Prestar auxílio técnico e financeiro aos novos concessionários da distribuição de energia elétrica ou às cooperativas de eletrificação rural que se organizarem em sua região.

IV - Promover a exploração dos serviços concedidos ornados caducos, encampados ou revertidos ao Poder Público.

Art 155. Caberá ao Poder Público dar às Entidades Executivas a assistência necessária, quer participando diretamente de suas organizações, quer auxiliando-as na construção e operação de seus sistemas primários.

Art 156. Nos Estados em que já existem Entidades estatais, para-estatais ou de economia mista explorando a energia elétrica, a elas poderá ser atribuída a função executiva do artigo 154 nas respectivas regiões, ficando para tal fim coparticipando as demais entidades interessadas no plano regional correspondente.”

necessidades de compatibilização da estrutura institucional à realidade setorial, viria, no entanto, a ser efetivamente constituída apenas em 1962.

(v) Edita-se o Decreto nº 41.019/1957, que, a título de regulamentar o artigo 178 do Código de Águas, consolida o marco normativo do setor elétrico e positiva as diretrizes anteriormente lançadas pelo Plano de Eletrificação Nacional. Por força do referido Decreto, observa-se de forma decidida, pela primeira vez, a disciplina autônoma das fases que sucedem a de geração, passando-se a cogitar de autonomia jurídica das atividades de distribuição e transmissão, que podiam ser concedidas de forma conjunta ou separada da atividade de geração.

(vi) Em positivação à diretriz de estímulo à interligação dos sistemas elétricos, o Decreto nº 49.019/1957 fornece regras mais detalhadas quanto às medidas para a centralização de sistemas de geração de energia elétrica, que poderia ocorrer mediante três modalidades diversas. Coexistiriam, nos termos do Decreto, a) o processo de interligação simples de sistemas de entidades diversas, cada uma com critério próprio de operação e livre aplicação de suas disponibilidade de energia; b) o processo de integração em uma única entidade e uma operação centralizada da geração, transmissão e distribuição de energia elétrica aos consumidores; e c) o processo de coordenação da operação da geração e da transmissão de energia elétrica para fornecimento às entidades distribuidoras. Este último processo, que poderia ser adotado somente de forma voluntária, mediante aprovação do CNAEE, surge como precursor do modelo que será adotado com a massificação das interligações sistemas e decorrente complexificação da sua operação.

O período que se segue, adotando-se como marco temporal inicial a criação do Ministério de Minas e Energia e a efetiva constituição da Eletrobrás, caracteriza-se pelo amadurecimento da estrutura organizacional do setor elétrico que se manteve vigente até a década de 1990.

2.5. O Sistema Eletrobrás, a Constituição de 1967(69) e o desenvolvimento do Sistema Interligado Nacional - SIN

O período que ora se analisa marca-se pelo amadurecimento e implementação do projeto de desenvolvimento do setor sob o comando da empresa pública. Aprofundou-se, nesse sentido, a estatização de empresas privadas ainda atuantes, a exemplo da nacionalização das empresas do Grupo Amforp, levada a cabo pela Comissão de Nacionalização das Empresas Concessionárias de Serviços Públicos (CONESP).⁵⁴ Além disso, aprofundou-se a interligação dos sistemas elétricos, vislumbrando-se a criação de órgãos colegiados, que seriam responsáveis pela coordenação e racionalização da operação dos sistemas: inicialmente os Comitês Coordenadores da Operação Interligada – CCOIs e, posteriormente, os Grupos Coordenadores para a Operação Interligada – GCOIs.

Cumpre, antes de tratar da sistematização da operação dos sistemas em progressiva interligação, fazer uma breve exposição da reordenação institucional pela qual o setor elétrico passa no período em análise.

Em 1960, em face da crescente complexidade das atividades desenvolvidas no âmbito do setor elétrico, Juscelino Kubitschek promulgou a Lei nº 3.782, criando o Ministério de Minas e Energia – MME. Incumbido dos estudos e despachos de todos os assuntos referentes à produção mineral e à energia, o novo ministério incorporou o CNAEE e o Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM e incluiu na sua jurisdição a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN e a CHESF.

A criação do MME acabou por catalisar as discussões sobre a constituição da Eletrobrás, as quais se estendiam no Congresso Nacional desde 1954. Com visíveis alterações em relação ao projeto original, fruto do embate entre o empresariado e a corrente nacionalista, a Eletrobrás teve sua constituição autorizada por meio da Lei nº. 3.890-A/1961. Em 1962, após as devidas medidas administrativas, a empresa foi finalmente instalada, encarregando-se simultaneamente do desempenho da função de *holding* de concessionárias; da administração de recursos financeiros para o custeio da expansão dos serviços; e do planejamento e coordenação setoriais, em escala nacional, tornando-se responsável pela definição de planos de expansão do sistema de energia elétrica brasileiro.

A partir de então, a estrutura do setor sofreria alterações de importância. Do ponto de vista institucional e hierárquico, o planejamento setorial passaria por uma progressiva sistematização, em substituição ao seu caráter regional e assistemático até então vigente.

⁵⁴ GASTALDO (2009: p. 40)

Em 1965, iniciou-se uma sucessão de alterações institucionais que permitiram a eliminação da superposição de atribuições existentes entre órgãos do setor. Naquele ano, a Divisão de Águas do DNPM se transformou em Departamento Nacional de Águas e Energia – DNAE, vinculado ao MME. Referido Departamento viria, em 1968, passou a se denominar Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, absorvendo as funções do CNAEE, extinto no ano anterior.

Assim, por longo período, restaria estruturado em tais moldes o setor de energia elétrica, do ponto de vista institucional. A política de energia elétrica passaria a ser traçada pelo MME e pela Eletrobrás, sendo por esta executada. O DNAEE atuaria como órgão normativo e fiscalizador. As empresas controladas pela Eletrobrás, as empresas estaduais e municipais, as empresas privadas e os autoprodutores atuariam em consonância com as diretrizes federais estabelecidas no âmbito desse arranjo institucional.⁵⁵

Como apontado, as modificações setoriais do período foram acompanhadas pelo crescimento das interligações das geradoras e das redes, possibilitado por medidas de unificação de freqüência e normalização de aspectos técnicos correlatos. A interligação, já iniciada pela iniciativa privada com a incipiente exploração dos potenciais hidráulicos, se fará cada vez mais necessária, tendo em vista a significante majoração do porte da geração. A tendência culminará na concepção do sistema interligado nacional.⁵⁶

A estrutura de planejamento do setor de energia elétrica introduzida a partir da criação da Eletrobrás e do MME substituíram o modelo até então experimentado, obsoleto frente aos esforços de expansão setorial:

Até então, as empresas de energia elétrica, embora regulamentadas por uma legislação abrangente, atuavam de forma bastante isolada. O planejamento era definido pelas empresas em função de seus requisitos e projetos específicos, voltados para o atendimento de sistemas isolados ou, quando muito, com fraco nível de intercâmbio. As usinas eram construídas sem conhecimento mais amplo das bacias hidrográficas e os sistemas de transmissão representavam redes pouco complexas, ligando unidirecionalmente fontes geradoras e centros de consumo.⁵⁷

⁵⁵ PANORAMA (1988, pp. 198-200)

⁵⁶ Confira-se, nesse sentido, PANORAMA (1988, pp. 208-209): “Em decorrência do crescimento dos mercados e das diretrizes traçadas nesses planos regionais, a interligação de sistemas assumiu uma importância estratégica nas atividades de planejamento do setor de energia elétrica. O sistema interligado brasileiro iniciou sua formação, na prática, em 1963, com a entrada em operação da usina de Furnas, que estabeleceu os elos de interligação elétrica de grande porte entre Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, através de linhas de 345kV. Posteriormente, com a inauguração das Usinas de Estreito e Jaguara, procedeu-se à ampliação da rede de 345kV e à interligação com a usina Mascarenhas de Moraes, até então principal fonte de suprimento do norte de São Paulo”

⁵⁷ PANORAMA (1988: p. 206)

Nesse sentido, o modelo a ser introduzido incidiria sobre uma realidade de significativa ampliação da interligação de sistemas de geração e transmissão e consequente majoração da complexidade operacional. Complexidade que encontraria na centralização e coordenação da operação dos sistemas o caminho para a racionalização e otimização da utilização das instalações de geração e transmissão.

Os primeiros esforços nesse sentido decorreram da adoção de medidas pelo MME para compor as divergências iniciais entre as empresas de energia elétrica no contexto das interligações. Com tal finalidade, o ministério estabeleceu, em 1969, princípios básicos para minimizar os problemas operacionais e aperfeiçoar o processo de integração das empresas. Tais princípios nortearam a criação do primeiro Comitê Coordenador da Operação Interligada – CCOI, o que ocorreu mediante a assinatura de um acordo entre as empresas de geração de distribuição do sudeste. Posteriormente, nos mesmos moldes, surgiria do CCOI-Sul.⁵⁸

A par de oferecerem as primeiras ações institucionalizadas no sentido da operação coordenada de sistemas, os Comitês não lograram eficácia suficiente nos seus intentos, haja vista sua excessiva divisão por interesses regionais e deficiências operacionais decorrentes. A inserção da usina de Itaipu e a necessidade de disciplina do papel da geração térmica nas decisões de operação do sistema interligado demandaram a criação de mecanismos mais eficazes, o que passou pela série de regras levadas à cabo pela Lei nº 5.899/1973.

Dispondo sobre a inserção de Itaipu Binacional no setor e as condições de aquisição dos seus serviços de eletricidade, a Lei nº. 5.899/1973 trouxe novas regras que inovaram de forma significativa no planejamento e na operação do setor. À Eletrobrás foi conferido papel de protagonismo no referido modelo, o que se verifica já no artigo 1º do diploma legal:

Art 1º Compete a Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS -, como órgão de coordenação técnica, financeira e administrativa do setor de energia elétrica, promover a construção e a respectiva operação, através de subsidiárias de âmbito regional, de centrais elétricas de interesse supra-estadual e de sistemas de transmissão em alta e extra-alta tensões, que visem a integração interestadual dos sistemas elétricos, bem como dos sistemas de transmissão destinados ao transporte da energia elétrica produzida em aproveitamentos energéticos binacionais.

⁵⁸ PANORAMA (1988: p. 210)

A lei organiza as subsidiárias da Eletrobrás em quatro empresas de âmbito regional: CHESF, Furnas, Eletronorte e Eletrosul, disciplinando as obrigações de cada uma quanto à aquisição de serviços de eletricidade de Itaipu Binacional, que passariam a vigorar com sua entrada em operação. O escoamento da energia de Itaipu demandaria ainda maiores esforços de interligação, que a dependeria, por sua vez, de eficazes mecanismos de operação.

Nesse contexto, o diploma legal em comento criou órgãos colegiados no âmbito da Eletrobrás, os Grupos Coordenadores para a Operação Interligada – GCOIs, incumbidos da racionalização e otimização do uso das unidades geradoras e das instalações de transmissão das regiões Sul (GCOI-Sul) e Sudeste (GCOI-Sudeste)⁵⁹. Estes órgãos especializados da Eletrobrás, quando tratados em conjunto, seriam denominados como GCOI, apenas. Ao seu lado, posteriormente, passou a operar o Comitê Coordenador da Operação Norte/Nordeste - CCON.⁶⁰

Regulamentados pelo Decreto nº. 73.102/1973, os GCOIs tinham por objetivo básico, nos termos do artigo 2º, a continuidade do suprimento de energia elétrica aos sistemas de distribuidores, de forma a atender plenamente aos seus requisitos de potência e energia e sob condições de tensão e freqüência adequadas; a promoção da economia de combustíveis utilizados nas centrais termelétricas, restringindo o seu consumo ao mínimo indispensável ao atendimento dos requisitos dos sistemas elétricos, em caráter complementar.

Os referidos órgãos operacionais funcionaram dentro da lógica setorial característica do período. Era dentro dos próprios entes estatais que se desenvolvia a regulamentação da indústria energética. No interior desses entes se dava a tomada de decisões

⁵⁹ Os artigos 12 e 13 da Lei nº. 5.899/1973 disciplinam os GCOIs:

“Art. 12. A coordenação operacional dos sistemas interligados das Regiões Sudeste e Sul será efetuada, em cada uma dessas regiões, por um Grupo Coordenador para Operação Interligada, integrado por representante da ELETROBRÁS e respectivamente das empresas concessionárias mencionadas nos artigos 7º e 8º.

§1º A critério da ELETROBRÁS poderão integrar os referidos Grupos outras empresas participantes dos sistemas interligados.

§2º O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, designará representantes junto aos Grupos para participarem de seus trabalhos como observadores.

§3º Os Grupos serão organizados e dirigidos pela ELETROBRÁS.

§4º Sem efeito suspensivo do trabalho dos Grupos, as divergências entre a ELETROBRÁS e as empresas concessionárias participantes dos mesmos, serão dirimidas pelo Ministro de Minas e Energia, por meio de recurso da parte interessada encaminhado ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Art. 13. A coordenação operacional, a que se refere o artigo anterior, terá por objetivo principal o uso racional das instalações geradoras e de transmissão existentes e que vierem a existir nos sistemas interligados das Regiões Sudeste e Sul, assegurando ainda:

I - que se dê utilização prioritária à potência e energia produzidas na central elétrica de ITAIPU;

II - que os ônus e vantagens decorrentes das variações de condições hidrológicas em relação ao período hidrológico crítico sejam rateados entre todas as empresas concessionárias daqueles sistemas, de acordo com critérios que serão estabelecidos pelo Poder Executivo;

III - que os ônus e vantagens decorrentes do consumo dos combustíveis fósseis, para atender às necessidades dos sistemas interligados ou por imposição de interesse nacional, sejam rateados entre todas as empresas concessionárias daqueles sistemas, de acordo com critérios que serão estabelecidos pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. A coordenação operacional poderá estender os princípios estabelecidos neste artigo, à operação conjugada de ambos os sistemas, a critério da ELETROBRÁS.”

⁶⁰ RENÓ e SAMPAIO (2006: pp. 301-303)

também em relação à operação do sistema em expansão.

A atuação dos GCOIs consistia em coordenar, decidir e encaminhar as providências a serem tomadas pelos agentes para racionalização e otimização do uso das unidades geradoras e das instalações de transmissão no âmbito dos sistemas elétricos interligados em sua esfera de competência. Nesse contexto, o processo de operação dos sistemas interligados por meio da coordenação centralizada em um órgão consolida-se como modelo, o qual, dali em diante, se aprofundará, mantendo-se até a atualidade, ainda que sob outra roupagem institucional.

Referido processo de coordenação importava na transferência das decisões operacionais das empresas geradoras e transmissoras para o GCOI. Significa dizer, os agentes cujas instalações constituíam parte de sistemas interligados abrangidos pela Lei nº 5.899/1973 não mais poderiam utilizar seus próprios critérios de operação e, tampouco, aplicar livremente suas disponibilidades de energia. Deveriam operar suas instalações de acordo com as instruções do GCOI, decorrentes do planejamento e programação realizadas de forma coordenada, sob a lente da otimização e racionalização da geração e transmissão de energia elétrica.

Nesse contexto, com fundamental importância para o presente estudo, verifica-se verdadeira especificação/autonomização técnica de uma nova atividade no âmbito do setor elétrico brasileiro: a coordenação da operação dos sistemas eletroenergéticos interligados. A atividade se aperfeiçoará com a progressiva interligação e complexificação dos sistemas, que demandarão o emprego de soluções tecnológicas cada vez mais avançadas para o seu desempenho.

Nesse sentido, cumpre destacar importantíssimo projeto que possibilitou a supervisão e o controle, em tempo real e em nível nacional, dos sistemas interligados. Trata-se do Sistema Nacional de Supervisão e Coordenação da Operação – SINSC⁶¹, sistema computadorizado de informações que, mediante coleta e processamento de dados, permitia: o acompanhamento em tempo real do que acontecia no sistema, para efeito de confiabilidade; a flexibilização para adaptação dos planos operacionais e programações diárias a variações hidrológicas e outros fenômenos que viessem a afetar o sistema; o

⁶¹ O SINSC está na base de um dos processos por meio quais atualmente se desempenha a atividade de coordenação da operação do Sistema Interligado Nacional, qual seja, o despacho centralizado da operação. Como visto no primeiro capítulo, ao seu lado está o processo de programação da operação da geração. Confira-se o capítulo 1 do presente trabalho.

acompanhamento a curto prazo do intercâmbio de energia entre as empresas.⁶²

O modelo então implantado e desenvolvido possibilitou, frente ao progressivo esgotamento das possibilidades de aproveitamentos hidrelétricos nas áreas mais próximas dos centros de consumo, a captação de energia hidrelétrica em localizações cada vez mais distantes, acompanhada da necessária implantação de um extenso sistema de transmissão capaz de escoá-la até os consumidores.

Nas regiões Sul e Sudeste, a ampliação da interligação se completou em 1986, viabilizando o escoamento da energia elétrica decorrente do imenso salto na escala da produção proporcionado por Itaipu, que apenas em 1985 entrou em operação. Ou seja, até a efetiva inserção da usina binacional, houve tempo suficiente para que as empresas de energia elétrica se habituassem ao novo modelo de operação.⁶³

Somando-se às interligações dos sistemas das regiões Sul e Sudeste, a interligação dos sistemas que compreendiam o Nordeste e parte do Norte, incluindo-se, ainda, a região Centro-Oeste no Subsistema Sudeste, resultou na concepção do Sistema Interligado Nacional – SIN.

Por fim, cumpre registrar que, do ponto de vista normativo, além das normas já mencionadas – que disciplinaram a reordenação institucional do setor, implantaram o novo modelo de operação dos sistemas interligados e inseriram a usina de Itaipu no setor elétrico brasileiro –, não houve grandes novidades no período, tendo em vista a apontada normatização interna do setor. Destaca-se, todavia, a significante novidade da Constituição de 1967(69): os serviços e instalações de energia elétrica passam, pela primeira vez, a figurar como competência material da União Federal⁶⁴, o que será mantido pela Constituição de 1988.

Estas, portanto, as principais características e inovações do período em

⁶² PANORAMA (1988: p. 212)

⁶³ Interessa, nesse contexto, o depoimento de José Marcondes de Carvalho, Coordenador do GCOI entre 1974 e 1990, HISTÓRIA DA OPERAÇÃO (2003: p. 10): “Como Itaipu só entrou em atividade em 1985, houve bastante tempo para nos preparamos, adequando nossa mentalidade ao indispensável plano de operação. Sua execução implicou um cota de sacrifício, por parte das empresas, de sua autonomia, pois, à medida que o sistema foi se interligando, as decisões operativas passaram a envolver todas, cada uma influindo nas demais e por elas sendo influenciada. Houve todo um processo educativo nesse sentido que acabou sendo vitorioso. Por outro lado, algumas interrupções no fornecimento de energia que ocorreram na região Sudeste demonstraram que certos fatos específicos não poderiam mais ficar desconhecidos do conjunto; quer dizer, os blecautes contribuiram para integrar o GCOI, ao evidenciar que o sistema estava amarrado demais e que não se podia mais operá-lo de forma independente.”

⁶⁴ Confira-se a redação do artigo 8º, XV, “b”:

“Art 8º - Compete à União:

(...)

XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

(...)

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

comento:

(i) A estrutura institucional do setor elétrico brasileiro reordena-se em torno da Eletrobrás e do MME. Especificamente, a política de energia elétrica passa a ser traçada pelo MME e pela Eletrobrás, sendo por esta executada. O DNAEE exsurge como órgão normativo e fiscalizador, eliminando-se a superposição de atribuições anteriormente verificada entre órgãos do setor. As empresas controladas pela Eletrobrás, as empresas estaduais e municipais, as empresas privadas e os autoprodutores passam a atuar em consonância com as diretrizes federais estabelecidas no âmbito desse arranjo institucional.

(ii) Na linha da diretriz de estímulo à ampliação das interligações de sistemas, positivada ainda no período anterior, verifica-se o crescimento das interligações das geradoras e das redes, possibilitado por medidas de unificação de freqüência e normalização de aspectos técnicos correlatos.

(iii) Referido crescimento acompanha-se de um notável incremento da complexidade operacional. Introduz-se, nesse contexto de complexidade operacional, um novo modelo que encontraria na centralização e coordenação da operação dos sistemas o caminho para a racionalização e otimização da utilização das instalações de geração e transmissão. Os GCOIs, órgãos colegiados no âmbito da Eletrobrás, assumem papel de protagonismo nesse novo modelo, incumbindo-lhes coordenar, decidir e encaminhar as providências a serem tomadas pelos agentes para racionalização e otimização do uso das unidades geradoras e das instalações de transmissão no âmbito dos sistemas elétricos interligados em sua esfera de competência.

(iv) Vislumbra-se, com o modelo então implantado, verdadeira especificação/autonomização técnica de uma nova atividade no âmbito do setor elétrico brasileiro: a coordenação da operação dos sistemas eletroenergéticos interligados.

(v) Completa-se a interligação dos mais significativos sistemas eletroenergéticos do país, os da região Sul e Sudeste, possibilitando o escoamento da energia elétrica decorrente do imenso salto na escala da produção proporcionado por Itaipu. Concebia-se, assim, o Sistema Interligado Nacional –

SIN, integrado posteriormente pelos sistemas que compreendiam a região Nordeste e parte da Região Norte.

(vi) Do ponto de vista normativo, verifica-se significante novidade da Constituição de 1967(69): os serviços e instalações de energia elétrica passam, pela primeira vez, a figurar como competência material da União Federal, o que será mantido pela Constituição de 1988.

2.6. A Reestruturação setorial e o período atual

Na década de 1980, o modelo de atuação estatal direta na esfera econômica começará a ceder diante das dificuldades de manutenção da capacidade de investimento, decorrente da interrupção do amplo acesso ao financiamento externo ocorrido à época. Aliado à pouca atenção à eficiência e ao déficit setorial decorrente da longa prática de subsídios ao usuário final, tal circunstância acabou por reclamar, em poucos anos, por uma nova remodelação setorial.

Tal remodelação se consubstanciará na retomada da sistemática de delegação ao setor privado da exploração dos serviços e instalações de energia elétrica e na reestruturação institucional do setor, adequando-o ao novo modelo. Nesse sentido, lecionam LANDAU e SAMPAIO:

Mostrava-se imperioso, portanto, reformar o Estado brasileiro para reduzir o seu papel de empresário, permitindo-lhe passar a cumprir novas funções de Estado planejador e regulador (essa última nas suas diversas vertentes, tais como normativa, fiscalizatória e sancionadora). Para esta reforma, que parecia, pelo menos para os críticos da desestatização, uma imposição de um modelo econômico neoliberal, a própria Constituição Federal de 1988 já havia estabelecido a base jurídica necessária.⁶⁵

O modelo então implantado se caracterizará pela autonomia e delegabilidade em separado à iniciativa privada das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Ganha autonomia jurídica, ainda, a atividade de comercialização de energia elétrica. Além disso, observa-se o esforço na introdução da concorrência nas fases de geração e comercialização, por meio da desverticalização das

⁶⁵ LANDAU e SAMPAIO (2006: p. 6)

atividades e do princípio da neutralidade da transmissão.

Uma análise mais aprofundada da disciplina constitucional da indústria de energia elétrica será empreendida no capítulo que se segue. Restringe-se, neste momento, a elencar as principais normas constitucionais referente ao setor, e a analisar brevemente as normas infraconstitucionais pertinentes ao modelo acima apontado que interessam particularmente ao presente estudo.

A Constituição de 1988 mantém a competência da União para legislar sobre energia, consoante disposto no artigo 22, IV. Além disso, tal qual previa a Carta anterior, define-se a competência daquele ente federativo para a exploração dos serviços de energia elétrica, introduzindo-se, ao seu lado, a exploração das instalações de energia elétrica, nos termos do artigo 21, XII, “b”. A União permanece competente, ainda, no que se refere à outorga da exploração do potencial hidráulico, que, como significante inovação, passa a ser bem público federal, tal qual dispõem os artigos 176 e 20, VIII.

No que se refere às normas infraconstitucionais, vale destacar a Lei nº. 9.074/1995, que estabelece, dentre outras, normas para outorga e prorrogação das concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água. Tais normas teriam aplicação em conjunto com as disposições da Lei nº. 8.987/1995, diploma que institui a disciplina geral das concessões de serviço público, em regulamentação do artigo 175 (cf. infra).

A Lei nº. 9.074/1995 introduziu a categoria dos Produtores Independentes de Energia – PIE, agentes que geram energia elétrica com a finalidade de comercialização, no todo ou em parte, por sua conta e risco. Trata-se de empresas ou consórcios de empresas, cuja atividade estaria excluída do regime jurídico específico de serviço público, o que, de outra parte, possibilita-lhes a liberdade negocial. O referido diploma introduziu, ainda, a categoria dos Consumidores Livres, cujas características de consumo lhe possibilitariam optar por adquirir energia de diferentes agentes geradores ou comercializadores, além do distribuidor local. Ambas as categorias são fruto da opção setorial do modelo então em implantação pela introdução da competição nas atividades onde esta fosse viável. Além da introdução de tais categorias, previu-se o direito dos agentes ao livre acesso às redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, medida essencial para possibilitar a visada introdução da competição.

A Lei nº. 9.427/1996, por sua vez, criou a Agência Nacional de Energia

Elétrica – ANEEL. De essencial importância para o modelo então implantado, à agência reguladora compete a regulação e a fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, implementando as políticas e diretrizes federais sobre o assunto, expedindo atos regulamentares para cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9.074/1995.

Por meio da Lei nº. 9.648/1998, o legislador infraconstitucional aprofunda a tendência do marco normativo do setor no sentido da introdução da concorrência onde esta era viável, estabelecendo que a compra e venda de energia elétrica ocorreria em condições livremente negociadas pelas partes, consoante a redação do artigo 10.⁶⁶ Esta livre contratação seria viabilizada no âmbito do Mercado Atacadista de Energia – MAE, entidade criada pelo referido diploma.

Nesse contexto, alterando a Lei nº. 9.427/1996, o diploma introduz a figura do agente comercializador de energia elétrica. Nos termos do artigo 26, II daquela lei, estabelece-se que cabe à ANEEL autorizar a compra e venda de energia elétrica por tais agentes.⁶⁷ Nesse sentido, o legislador ordinário parece haver qualificado a atividade como um novo “serviço de energia elétrica”, especificando-o juridicamente como tal.⁶⁸

Com especial importância para o presente trabalho, além de cuidar de tais aspectos, a Lei nº. 9.648/1998 alterou a estrutura institucional do setor elétrico no que se refere ao desempenho da atividade ora investigada, qual seja, a atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN. Em seu artigo 13, o diploma introduziu o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O diploma normativo atribuiu-lhe personalidade jurídica de direito privado e a finalidade não lucrativa, e incumbiu-o da execução das atividades de planejamento e coordenação da operação de geração e transmissão de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN. O desempenho de tais atividades se dá, nos termos da atual redação do artigo 13, mediante autorização do Poder Concedente e sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

Cumpre colacionar o *caput* do referido dispositivo legal:

⁶⁶ Confira-se a redação do artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.648/1998:

“Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição.”

⁶⁷ Atualmente, por força de modificação introduzida pela Lei nº 10.848/2004, a competência para a autorização foi transferida para o Poder Concedente, que pode, entretanto, delegá-la à agência reguladora.

⁶⁸ Ainda que possa ser discutível a caracterização da comercialização como “serviço de energia elétrica”, observa-se que o próprio legislador infraconstitucional parece o erigir a tal qualidade.

Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica.

Como visto, antes da reestruturação institucional introduzida pela Lei nº 9.648/1998, as atividades de que trata o dispositivo eram executadas pelos Grupo Coordenador para a Operação Interligada – GCOIs, vinculados à Eletrobrás.

É o que se conclui da leitura do rol não exaustivo de atribuições do ONS definidas no parágrafo único do artigo 13. São elas: a) “o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados”; b) “a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos”; c) “a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais”; d) “a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como serviços aniliares”; e) “propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão” e f) “propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela ANEEL.”

A referida norma infraconstitucional disciplinou a transição entre os modelos estabelecendo em seu artigo 15 a progressiva transferência das atividades executadas pelos citados órgãos à nova entidade. Para isso, autorizou a Eletrobrás e suas subsidiárias a transferir ao ONS, sob as condições aprovadas pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, os bens vinculados à coordenação da operação do sistema elétrico, especialmente os ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação do Sistema – CNOS e dos Centros de Operação do Sistema Elétrico. Nesse sentido, o artigo 15, §2º, definiu o prazo de nove meses para a transferência das atividades, a contar da constituição do ONS, extinguindo-se, então, o GCOI.

Uma vez autorizado a desempenhar suas atribuições legais, o ONS estabeleceu-se como associação civil sem fins lucrativos, cuja atuação se submete, atualmente, às disposições do Decreto nº 5.081/2004; da Lei nº. 10.848/2004, no que couber;

do seu Estatuto Social; e das normas complementares editadas pela ANEEL (que, além disso, fiscaliza a atuação).

Por fim, cita-se as Leis nº. 10.847/2004 e 10.848/2004, que modificam parcialmente a tendência da normatização setorial em processo iniciado com a crise de abastecimento experimentada em 2001. Os diplomas introduzem novas regras para as transações de compra e venda de energia elétrica, distinguindo regras para a contratação em Ambiente Contratual Regulado – ACR e em Ambiente Contratual Livre – ACL e criando, em substituição ao MAE, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Além disso, determinam a desverticalização das empresas de energia elétrica, proibindo-se que as concessionárias de distribuição de energia elétrica desenvolvam as atividades de geração e transmissão de energia elétrica. Por fim, os diplomas estabelecem ampla retomada de atribuições pelo Poder Concedente.

Enfim, cumpre sintetizar o período em comento por meio dos seguintes pontos:

(i) Diante das dificuldades de manutenção da capacidade de investimento, decorrente da interrupção do amplo acesso ao financiamento externo ocorrida na década de 1980, a atuação direta do Estado começa a ceder, processo que culmina em ampla remodelação setorial. Referida remodelação se dá pela ampla reforma do Estado, revisando-se o seu papel de empresário para conferir-lhe função primordial de planejamento e regulação, em suas vertentes normativa, fiscalizatória e sancionadora.

(ii) No âmbito específico do setor de energia elétrica, a remodelação ocorre pela retomada da sistemática de delegação ao setor privado da exploração dos serviços e instalações de energia elétrica e na reestruturação institucional do setor, adequando-o ao novo modelo.

(iii) A Constituição de 1988 mantém a competência da União para legislar sobre energia. Além disso, tal qual previa a Carta anterior, define-se a competência daquele ente federativo para a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica. A União permanece competente, ainda, no que se refere à outorga da exploração do potencial hidráulico, que, como significante inovação, passa a ser bem público federal.

(iv) As principais normas infraconstitucionais do período, ao estabelecerem novas regras para as transações de compra e venda de energia elétrica, provocam uma série de modificações no setor, de forma a introduzir a competição nas atividades de energia elétrica que com ela fossem compatíveis. Tal intento seria possibilitado pela introdução da figura dos Produtores Independentes de Energia – PIE e dos Consumidores Livres; pela desverticalização dos serviços; e pela consagração do princípio da neutralidade da transmissão e do direito de livre acesso à rede. Cria-se, nesse contexto, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

(v) As reformas levadas a cabo pelas normas acima referidas parecem haver erigido a comercialização de energia elétrica a “serviço de energia elétrica” específico e autônomo. Os agentes comercializadores, mediante autorização da ANEEL, realizam operações de compra e venda de energia elétrica, adquirindo-a de variados geradores para revenda a Consumidores Livres. Para tanto, em regra, tais agentes prescindem de instalações de energia elétrica.

(vi) As atividades anteriormente desempenhadas pelo GCOI são transferidas para o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, criado como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. O ONS passa a desempenhar, por determinação legal, as atividades de coordenação da operação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional – SIN, mediante autorização do Poder Concedente e sob a fiscalização da ANEEL.

Completa-se, assim, o panorama histórico-normativo do setor elétrico, por meio do qual foi possível apreender o processo por meio do qual as atividades de energia elétrica se especificaram, tornando-se autônomas do ponto de vista técnico e jurídico. Enfocou-se, ainda, a construção da conformação atual do setor, que passou pelo desenvolvimento de um amplo sistema eletroenergético interligado e demandou a introdução de um complexo modelo para a sua operação.

Referido modelo tem como pedra angular atividade cuja individualização/autonomização construiu-se historicamente como resposta à necessidade de se viabilizar a operação do sistema, cada vez mais extenso e interligado. Trata-se da atividade

objeto da presente investigação: a coordenação da operação de sistemas eletroenergéticos interligados, especificamente, do Sistema Interligado Nacional – SIN.

O estudo da natureza jurídica da referida atividade exige, nesse ponto, uma incursão no direito constitucional, verificando-se sua inserção diante da Constituição de 1988. É o que se passa a analisar.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS SERVIÇOS E INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA

O capítulo anterior permitiu vislumbrar que a atual conformação da indústria de energia elétrica no Brasil construiu-se historicamente, do ponto de vista empírico, pelo desenvolvimento de um amplo sistema de unidades geradoras – predominantemente constituído por unidades hidrelétricas – cada vez mais distantes dos centros de consumo e interligadas por uma extensa e complexa rede de transmissão. Do ponto de vista jurídico, o direito buscou disciplinar essa realidade, estabelecendo as regras por meio das quais deve ocorrer exploração dos bens e atividades pertinentes à indústria.

Nessa perspectiva, o setor de energia elétrica, em sua conformação acima referida, passa a imprescindir do modelo de operação introduzido ainda no final da década de 1960 e irreversivelmente aprofundado nas décadas seguintes. Trata-se do modelo consubstanciado na centralização nas mãos de um ator setorial da atividade de coordenação e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos interligados, cuja progressiva interligação resultou no Sistema Interligado Nacional – SIN.

Mencionada atividade, cuja especialização/autonomização técnica restou demonstrada no capítulo precedente, assume caráter de essencialidade para o setor de energia elétrica, o que demonstra o inequívoco interesse público que a permeia. Tendo em vista tais considerações, a investigação de sua natureza jurídica demanda uma incursão pela Constituição de 1988, verificando-se a sua possível inserção como serviço de energia elétrica autônomo.

Tal incursão inicia-se pela disciplina das atividades reservadas ao Estado, que antecede e propicia a abordagem dos serviços e instalações de energia elétrica na Constituição de 1988, no que tange à legitimação e aos mecanismos para a sua exploração.

3.1. As atividades reservadas e o seu mínimo regime jurídico

A Constituição de 1988 oferece, em suas regras e princípios, elementos para uma divisão básica entre as atividades que competem ao Estado – as atividades reservadas – e as atividades que, não sendo reservadas, são facultadas aos particulares. Como

se verificará, a linha que divide os dois grupos de atividades é fluida, o que decorre do espaço de conformação jurídica conferida ao legislador infraconstitucional referente a algumas delas.

Como elemento essencial da diferenciação acima referida, a Constituição Federal de 1988 consagrou o valor social da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante a redação do seu artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Além disso, a Constituição erige a livre iniciativa a fundamento específico da ordem econômica:

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

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A leitura dos dispositivos acima colacionados demonstra a inequívoca opção do constituinte pela adoção de um sistema capitalista, baseado em um processo econômico liberal temperado por limitações decorrentes de valores sociais consagrados pela

Constituição.⁶⁹ Trata-se de decorrência da adoção, com os devidos condicionamentos constitucionais, da liberdade de iniciativa como regra geral do desenvolvimento da atividade econômica. Nesse sentido, vale dizer que à iniciativa privada se conferiu liberdade de empreendimento, consistente na livre escolha da atividade desempenhada e da estruturação de sua organização produtiva. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO:

Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo *lhes advém diretamente do Texto Constitucional* e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supra mencionados.⁷⁰

Em exceção à regra da livre iniciativa, o Constituinte reservou ao Estado a competência para o desempenho de algumas atividades econômicas - leia-se, atividades voltadas à satisfação de necessidades, envolvendo a utilização de bens e serviços, recursos escassos⁷¹. A depender da interpretação dada aos dispositivos constitucionais atinentes à atuação do Estado, ter-se-á os parâmetros para a delimitação da sua esfera de atuação. Nesse sentido, cumpre relacionar tais dispositivos para, em seguida, investigar sua adequada interpretação.

O artigo 173 da Constituição explicita o caráter excepcional da atuação estatal no desempenho de atividades que ordinariamente cabem à iniciativa privada:

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

⁶⁹ Nesse sentido, confira-se a contribuição de AFONSO DA SILVA (1998: p 760), ao tratar da liberdade de iniciativa: “Ora, a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da ‘harmonia natural dos interesses’ do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização da justiça social, de sorte que o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e o bem estar coletivo. Assim, a *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida como objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO (2006: p. 770)

⁷¹ GRAU (1988: p. 109)

Em seguida, a Constituição dispõe que a exploração dos serviços públicos compete à União, consoante a redação do artigo 175:

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

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

O artigo 177, por sua vez, dispõe sobre atividades que a Constituição de 1988 houve por bem manter sob o monopólio do Estado, especificamente, da União:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

Cumpre, ainda, citar, por sua relevância para o presente trabalho, o artigo 21, X a XII e XXIII, que elenca uma série de atividades reservadas por força constitucional.⁷² Entre elas: o serviço postal e do correio aéreo nacional (inc. X); os serviços de telecomunicações (inc. XI); os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (inc. XII, “a”); os serviços e instalações de energia elétrica (inc. XII, “b”); a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (inc. XII, “c”); os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inc. XII, “d”); os serviços de transporte rodoviário

⁷² Cumpre esclarecer que as atividades expressamente apontadas no presente capítulo não exaurem a gama de atividades reservadas por força constitucional. Nesse sentido, restringiu-se a abordagem às atividades elencadas nos dispositivos cuja interpretação guarda maior relevância e utilidade para o estudo.

interestadual e internacional de passageiros (inc. XII, “e”); os portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII, “f”); e serviços e instalações nucleares de qualquer natureza a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inc. XXIII).

Uma adequada interpretação dos preceitos constitucionais acima apontados revela-se imprescindível para o presente estudo, na medida em que seu resultado influi diretamente sobre a compreensão dos serviços e instalações de energia elétrica.

A doutrina tradicionalmente, com base na interpretação conjugada dos dispositivos supracitados, convencionou dividir em dois grupos opostos a ação estatal direta na esfera econômica: de um lado estariam os serviços públicos, submetidos ao âmbito normativo do artigo 175 da Constituição; do outro, oposto, estariam as atividades econômicas em sentido estrito, submetidas ao âmbito normativo do artigo 173 Constituição.

Nesse sentido, Eros Grau operacionaliza tal distinção concebendo como gênero as atividades econômicas em sentido amplo, do qual são espécies os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Segundo entende, os serviços públicos seriam atividades econômicas (em sentido amplo) cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público, admitida a atuação de agentes privados mediante o regime de concessão e permissão. Em oposição, as atividades econômicas em sentido estrito seriam aquelas de titularidade do setor privado.⁷³ Nesse sentido, o Estado exerceeria atividade econômica em sentido estrito nas hipóteses demarcadas na Constituição, como o monopólio de que trata o artigo 177, e nas hipóteses em que o legislador ordinário o legitimasse, observadas as disposições do artigo 173.

A delimitação do campo específico de cada espécie, na doutrina de Eros Grau, se daria nos seguintes termos:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de proficia especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado confronto histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspontivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou aquela parcela

⁷³ GRAU (2010: pp. 100-135)

da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.⁷⁴

Nesse contexto, o autor completa o raciocínio estabelecendo a distinção entre os interesses que cada categoria estaria destinada a satisfazer:

De mais a mais, *segurança nacional e relevante interesse* coletivo não justificariam a prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito. Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos.⁷⁵

A identificação dos serviços públicos forneceria, por via residual, o âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. Tais serviços públicos, na lição de Eros Grau, correspondem às atividades definidas pela Constituição, de forma explícita ou suposta, como indispensáveis, em um determinado momento histórico, à realização/desenvolvimento da coesão e da interdependência social (baseando-se em Duguit); ou, ainda, às atividades suposta ou explicitamente definidas pela Constituição, em um determinado momento histórico, como serviço existencial relativamente à sociedade (baseando-se em Ruy Cirne Lima).

Celso Antônio Bandeira de Mello também acolhe, ainda que em outros termos, a referida oposição fundamental entre serviços públicos e atividades econômicas (que Eros Grau denomina como atividades econômicas em sentido estrito), realidades, no seu entendimento, absolutamente distintas e submetidas a regimes normativos antagônicos.⁷⁶

De acordo com o autor, com exceção dos monopólios estatais estabelecidos pela Constituição, artigo 177, I a V, as atividades econômicas, da alçada dos particulares, apenas poderão ser desempenhadas pelo Estado excepcionalmente, se presentes motivos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos da lei, consoante disposição do artigo 173. Em âmbito oposto, os serviços públicos, atividades da alçada do Estado, apenas poderão ser prestados por particulares se titulados mediante ato explícito do

⁷⁴ GRAU (2010: pp. 108-109)

⁷⁵ GRAU (2010: pp. 127-128)

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO (2006: pp. 768-769)

ato Estado, conservando este a titularidade (artigo 175, artigo 21, XI e XII).⁷⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello formula a noção de serviço público compondo-a de um elemento material e outro formal. O primeiro consiste na “prestaçāo de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados”; o segundo, na submissão a um “específico regime de Direito Público”⁷⁸. O autor defende que o elemento formal é o critério para a identificação dos serviços públicos.⁷⁹

Nesse contexto, de acordo com o autor, a própria Constituição define algumas atividades como serviços públicos, sem, contudo, exaurir sua enumeração. Ante a ausência de definição constitucional do que sejam as atividades econômicas, sua área seria configurada, por exclusão, exatamente por meio da atividade do legislador ordinário ao qualificar outras atividades como serviços públicos. O campo de atuação do legislador, nesse contexto, não seria irrestrito, cabendo-lhe, ao erigir determinada atividade à categoria de serviço público, não extrapolar os limites constitucionais pertinentes às normas garantidoras da livre iniciativa e observar o sentido da expressão que prevaleça “ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade”.⁸⁰

Ressalvada a divergência entre os autores sobre a noção e o elemento identificador dos serviços públicos, verifica-se que ambos acolhem o antagonismo entre estes e as atividades econômicas (em sentido estrito) desempenhadas diretamente pelo Estado, estabelecendo a oposição entre os âmbitos normativos a que cada categoria se submete, em se tratando de atuação direta estatal. Além disso, ao interpretarem os dispositivos constitucionais acima colacionados, os autores assumem como serviços públicos por força constitucional as atividades elencadas no artigo 21, XI e XII, da Constituição (com pontuais exceções), dentre as quais, os serviços e instalações de energia elétrica.⁸¹

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO (2006: p. 769) defende com veemência a oposição, consoante de colhe do seguinte trecho: “À vista destas disposições constitucionais, bem se vê o quanto é absurdo – desparatado, mesmo – falar em ‘serviço público econômico’, pois se estaria a associar duas expressões que, em nosso *Direito Constitucional*, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, então, a regimes normativos antagônicos.”

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO (2006: p. 655)

⁷⁹ Segundo entende BANDEIRA DE MELLO (2006: pp. 660-661), “o primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita. Por isso, tal substrato pode existir inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. Isto é, quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá *serviço governamental*, mas não necessariamente serviço público. Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em um palavra, *atividade prestada sob regime de Direito Público*.”

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO (2006: p. 672)

⁸¹ Nesse sentido, confira-se GRAU (2010: p. 124): “Quanto aos *serviços públicos* do tipo privativo, ao texto do art. 21 da Constituição de 1988 extraímos a conclusão de que **há serviço público, de titularidade da União, na prestação dos serviços referidos nos seus incisos X, XI e XII**, ao texto do §2º do art. 25, a conclusão de que há serviço público na prestação de serviços de gás canalizado; ao texto do art. 30, V, a conclusão de que há serviço público na prestação de transporte público local.” (grifos aditados). Na mesma linha, BANDEIRA DE MELLO (2006: pp. 666-667): “A Carta Magna do País já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alcada do Poder Público federal. Serão, pois, *obrigatoriamente serviços públicos* (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em

Tal posição conduz a uma conclusão não necessariamente verdadeira: a de que todas as atividades passíveis de serem enquadradas à dicção do artigo 21, XII, alínea “b”, seriam obrigatoriamente serviços públicos, submetidos à disciplina jurídica do artigo 175 da Carta Magna.

A interpretação dos referidos dispositivos ganha novos ares com a contribuição doutrinária de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro. Consoante se verificará, o autor traz novos elementos para uma compreensão mais adequada do tratamento constitucional dispensado aos serviços e instalações de energia elétrica, o que passa por uma problematização da tradicional distinção, no seio da atuação estatal, entre “serviços públicos” e “atividades econômicas em sentido estrito”.

Como ponto de partida, cabe apontar uma distinção fundamental, diferenciada da tradicionalmente defendida. A distinção é feita, tão-somente, à luz do artigo 173 da Constituição Federal e antecede qualquer consideração sobre o enquadramento desta ou daquela atividade como serviço público.

De acordo com o dispositivo, o Estado explorará diretamente atividade econômica em duas hipóteses: (i) quando tal exploração for determinada pela Constituição; (ii) quando, por motivos específicos – “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo” –, o legislador ordinário o legitimar via lei ordinária. Significa dizer que, por força do artigo 173, *aparta-se as atividades econômicas que a Constituição imputa ao Estado – atividades reservadas – do restante do universo econômico, ordinariamente conferido à iniciativa privada – no contexto da livre iniciativa –, e no qual o Estado apenas poderá atuar quando legitimado por lei, presente alguma (ou ambas) condições estabelecidas pela Constituição.*⁸²

Tratando-se de uma Constituição que consagra como regra geral a exploração das atividades econômicas pela iniciativa privada, exsurgem como exceções as atividades econômicas reservadas por força constitucional – e não são poucas. Diferentemente do que defendem alguns estudiosos (como os acima mencionados), o domínio normativo da expressão “Ressalvados os casos previstos nessa Constituição” não se restringe às hipóteses

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, radio – 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’), segurança social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (arts. 205 a 208)”** (grifos aditados). Ainda no mesmo esteira, AFONSO DA SILVA (1998: pp.497-498).

⁸² LOUREIRO (2010: p. 2)

dos chamados monopólios estatais disciplinados pelo art. 177. A Constituição não traz qualquer indicação neste sentido que permita tal conclusão⁸³. Ao lado de tais atividades, é possível citar uma vasta gama de atividades que se subsumem àquele domínio normativo, dentre as quais, as previstas no artigo 21, X, XI, XII e XXIII; artigo 25, § 2º; artigo 30, V; e artigo 176 da Carta Magna.⁸⁴

Conforme observa LOUREIRO, há significante heterogeneidade no plano da disciplina constitucional das atividades reservadas. Mais que isso, as próprias especificidades econômicas e técnicas de cada uma evidenciam a dificuldade em agrupá-las em categorias estanques (serviços públicos ou atividade econômica em sentido estrito). Nesse contexto, a Constituição aponta diretrizes para a construção do regime jurídico de tais atividades, sem contudo delimitá-lo direta e exaustivamente.⁸⁵ Significa dizer que conferiu-se ao legislador ordinário importante espaço de conformação do regime jurídico de cada uma delas.

Com efeito, o amplo espectro de atividades reservadas acima referido possui como denominador comum exatamente o fato de que elas competem ao Poder Público, do que decorre um regime jurídico mínimo de direito público do qual compartilham. Para ser mais preciso, significa dizer que a Constituição tornou tais atividades, incluídos aqui os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, “b”), competências públicas.

Nesse contexto, com enfoque nas atividades energéticas, LOUREIRO busca identificar traços que distingam essa espécie particular de competência pública das demais.⁸⁶

A formulação consiste, em primeiro lugar, na identificação de tais atividades entre as competências materiais ou administrativas, caracterizadas pela satisfação de incumbências por meio de atos concretos do Poder Público, em contraposição à

⁸³ Ao que parece, por enxergar como absoluta e evidente a distinção entre “serviços públicos” e “atividades econômicas”, a doutrina tradicional não inclui as atividades que qualificam como “serviços públicos” dentre os “casos previstos nesta Constituição” de que trata o artigo 173. Entendem que tais atividades estariam submetidas à disciplina do artigo 175, o que necessariamente as afastaria da incidência do artigo 173. Nesse contexto, retirada grande parte das atividades que a Constituição atribuiu ao Estado, restaria sob o domínio normativo do artigo 173, primeira parte, as atividades econômicas monopolizadas (artigo 177) e outras hipóteses pontuais.

⁸⁴ LOUREIRO (2009: p. 114)

⁸⁵ Cabem aqui, guardadas as devidas proporções, as observações de Eros Grau quanto a construção de diferenciados regimes jurídicos para as diferentes atividades, segundo suas particularidades funcionais. Tratando da conformação dos regime jurídico de serviço público, Eros Grau leciona: “Quando nos referimos ao regime de serviço público, estamos sempre tomando sob consideração um modelo específico, aplicável à hipótese particularmente caracterizada de que cogitamos, cujo formato é demarcado mediante a aplicação de alguns princípios de Direito Público, sobre aquela hipótese incidentes. Não há, pois, senão princípios de Direito Público – ou, mais especificamente, de Direito Administrativo – e a definição do regime de Direito Público é consequente à construção de modelo diferenciado em relação a cada caso concreto a que deva ser aplicado” GRAU, (2010: pp. 117-118). Eros Grau assevera que não existe uma totalidade normativa que possa ser compreendida como o dito regime jurídico de serviço público. Ao contrário, cogita de distintos níveis e modelos de regimes jurídicos, aos quais se sujeitaram os prestadores de serviço público. A construção do regime jurídico, em cada hipótese, ocorrerá de forma diferenciada, de acordo com os traços estruturais e funcionais da atividade.

⁸⁶ LOUREIRO (2009: 46-48)

competência legislativa, exercitada por meio da edição de normas gerais e abstratas. Dentre as diversas competências administrativas⁸⁷, as atividades de que se cogita se enquadram como competências econômicas.

Alem disso, tais competências são desempenhadas pela atuação positiva do Estado, direta ou indireta, de forma a produzir “*utilidades economicamente apreciáveis* (normalmente de modo individualizável) *que ou são direta e imediatamente oferecidas ao mercado, ou são preparatórias dessa oferta.*”⁸⁸

A tal constatação, acrescenta-se que, na maioria das hipóteses, a atuação positiva estatal configura prestação, incluída aqui a idéia de fruição individual das utilidades pelos destinatários. Tais prestações, por sua vez, exigem a organização de um complexo de bens, capitais e pessoas.⁸⁹

Dessa construção resulta a concepção de que as atividades em comento qualificam-se juridicamente como *competências econômicas públicas prestacionais*. Trata-se de gênero anterior a qualquer cogitação mais específica, concernente à caracterização de eventuais serviços públicos.

Do fato de constituírem atividades públicas, decorre a aplicação de algumas diretrizes normativas, também anteriores a avaliação sobre se configuram ou não serviços públicos. Tais diretrizes informam que as atividades reservadas, como competências públicas, são de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade do titular e imprescritíveis.⁹⁰

Significa dizer que, tratando-se de atividade reservada, estar-se-á frente a um “círculo comprehensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos.”⁹¹

Importante destacar que, além de estarem submetidas às diretrizes

⁸⁷ Dentre as quais poderia se citar as competências econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária.

⁸⁸ LOUREIRO (2010; p. 3)

⁸⁹ LOUREIRO (2009; p. 48)

⁹⁰ Trata-se de características das competências públicas, consoante explicita BANDEIRA DE MELLO (2006: pp.141-142): “As competências são: a) de exercício *obrigatório* para órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize[...]; b) *irrenunciáveis*, significando isso que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar; c) *intransferíveis*, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo tão-somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado; d) *imodificáveis* pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre da lei. [...]; e) *imprescritíveis*, isto é, inociroando hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de persistir existindo.”

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO (2006: p.140)

supra, as atividades reservadas, como componentes da função administrativa, devem ser desempenhadas pautando-se nos princípios encartados no artigo 37 da Constituição, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, observa LOUREIRO⁹²:

Esta norma, embora tenha um alcance subjetivo, i. e., dirige-se primariamente ao conjunto orgânico das administrações direta e indireta, pretende colher, por essa via, a *função administrativa*, enunciando uma série de princípios que devem pautar a conduta de quem a realiza. Por esse motivo, pode fornecer diretrizes que inspiram o exercício de toda e qualquer espécie de *competência pública não legislativa ou judiciária*, como é o caso aqui.⁹³

Vale apontar, ainda, que as atividades econômicas reservadas, mais que as conferidas à livre iniciativa, estão diretamente ligadas aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consoante os princípios e objetivos encartados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Assentado o regime jurídico mínimo das atividades reservadas, cumpre revisitar a divisão fundamental que LOUREIRO adota como critério para a interpretação da Constituição, no que se refere às competências econômicas estatais. Verifica-se, nesta perspectiva, a possibilidade de distinguir entre atividades econômicas: (i) que configuram competências econômicas públicas (prestacionais), reservadas ao Estado; (ii) que, ordinariamente, foram conferidas aos particulares, em regime de livre iniciativa e competição.

Nesse contexto, conforme o entendimento do autor, o que tradicionalmente se considera, em contraposição, como “serviços públicos” e “atividades econômicas (em sentido estrito) monopolizadas”, na verdade, são competências econômicas públicas prestacionais. Resulta, assim, artificial a contraposição defendida tradicionalmente pela doutrina.

Em primeiro lugar, porque há aspectos não negligenciáveis que tornam semelhantes as linhas de atuação estatal em ambas hipóteses. Tanto no caso de “serviços públicos” quanto no caso dos “monopólios” tem-se:

⁹² LOUREIRO (2009: p. 51)

⁹³ Nesse sentido, prossegue o autor: “Seria bastante problemático assumir que o Estado não tem que respeitar, p. ex., a exigência de impessoalidade ou isonomia no desenvolvimento de uma atividade econômica sua apenas porque tal tarefa é executada em um ambiente concorrencial; ou que pode prescindir da legalidade quando submetido a um regime de direito privado. A Constituição não atribuiu esse tipo de competência ao Estado para que ele pudesse agir episodicamente, em busca de ‘interesses (públicos) secundários’, mas sim, pelo contrário, para que algumas atividades econômicas (em princípio, privadas) fossem tisnadas por um elemento publicístico (ainda que aproximando o modo de agir estatal daquele privado), em vista de certas exigências sociais relevantes.”

(i.) atividades econômicas (sentido lato) que (ii.) culminam com a prestação de utilidades singularmente fruíveis pelos destinatários, que (iii.) não estão submetidas à livre iniciativa (reservadas ao Estado) e que (iv.) são delegáveis, por contrato, a particulares.⁹⁴

Em segundo lugar, porque as hipóteses excepcionais em que o Estado estaria autorizado a explorar, ao lado dos particulares, atividades econômicas não reservadas não se diferenciam essencialmente das que justificariam a qualificação de serviços públicos. Tal assertiva resulta da crítica que o autor faz à distinção, evocada por Eros Grau, entre os tipos de interesses a que monopólios (atividades econômicas em sentido estrito) e serviços públicos estariam destinados a atender (estes, às exigências de “interdependência ou coesão social”, que consubstanciam “interesse social”; aqueles, a motivos de “relevante interesse coletivo” ou de “segurança nacional”), qualificando-a como vaga e subjetiva:

Por outro lado razões de ordem essencialista – especialmente invocadas por Eros Grau em seu estudo *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* –, segundo as quais os monopólios atenderiam a motivos estratégicos ou de segurança nacional, enquanto que os serviços públicos satisfariam exigências de “interdependência ou coesão social”, são de difícil operacionalização, tanto em abstrato quanto em concreto. Como distinguir, adequadamente, exigências de segurança nacional ou interesse coletivo daquelas relativas à coesão social, por exemplo? Como dizer, *a priori*, que determinadas atividades, por definição, atendem a interesse coletivo mas não social? Não seria possível uma alteração *empírica* da finalidade servida pela atividade, de tal sorte que a decisão sobre ser serviço público ou atividade econômica monopolizada padeceria, então, de um irremediável casuísma?⁹⁵

Em terceiro lugar, porque deixaram de existir as raízes históricas da distinção necessária entre “monopólios” e “serviços públicos” - consistente na afetação dos primeiros ao objetivo de lucro, com escopo fiscal (os “monopólios fiscais”); dos segundos, ao atendimento de interesses públicos primários (envolvendo o interesse coletivo, o social, os imperativos de segurança nacional, etc). Tal diferenciação não encontra respaldo na atual Constituição, que impõe que toda e qualquer ação estatal deve atender a interesses públicos, não restando espaço para os monopólios fiscais.⁹⁶

Não se justifica, nessa esteira, a contraposição que normalmente se faz entre o artigo 173 e o artigo 175 da Constituição de 1988 (e, em consequência, entre os

⁹⁴ LOUREIRO (2009: p. 60)

⁹⁵ LOUREIRO (2009: p. 60)

⁹⁶ LOUREIRO (2009: p. 62)

artigos 177 e 21, XI e XII), como se um tratasse de uma categoria específica de atividades e o outro de categoria específica diferenciada. A interpretação do artigo 175 corrobora tal afirmativa.

É certo que a Constituição Federal reservou ao Estado a prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 175. No entanto, o referido dispositivo não estabelece quais são as atividades que caracterizam serviço público. Antes disso, define apenas os seus possíveis prestadores, bem como aponta as diretrizes fundamentais a serem observadas na prestação. É o que ensina LOUREIRO quando afirma que o artigo 175 da Constituição Federal não formula, explícita ou implicitamente, uma definição de serviço público. Nesse sentido, explica o autor:

(...) dizer que “incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos” não é o mesmo que afirmar “serviços públicos são (todas) as atividades imputadas pelo Direito ao Poder Público”. O texto impõe um dever e uma obrigação, não define coisa alguma. Dele não se extrai a consequência de que as atividades, por exemplo, do art. 21 ou do art. 177 sejam serviços públicos (ou que não são serviços públicos).⁹⁷

O raciocínio é desenvolvido de forma mais completa nos seguintes termos:

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 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.*⁹⁸

⁹⁷ LOUREIRO (2010: p. 6)

⁹⁸ LOUREIRO (2009, p. 123)

Como se observa, incumbe a poder inferior, ao legislador ordinário, identificar em concreto os serviços públicos, dentre as atividades reservadas ao Estado. Tal identificação, de acordo com o autor, deve levar em consideração as características empíricas da atividade, valorações de conveniência, dentre outros elementos, que apontem o regime jurídico de direito público como o mais eficaz o alcance dos seus objetivos.

Bem por isso – e na mesma esteira – verifica-se que da previsão constitucional de que as atividades elencadas no artigo 21, XII, serão desempenhadas diretamente pelo Estado ou por particulares mediante os instrumentos de concessão, permissão ou autorização, não decorre, automaticamente, que tais atividades configurem serviços públicos. A Constituição não faz qualificação nesse sentido:

Em particular a referência aos títulos “concessão” e “permissão” não obriga concluir que se trata, em todos esses casos, de serviços públicos, dada a existência de variados tipos, no direito administrativo, de “concessões” e de “permissões”.⁹⁹

Vale dizer, o artigo 21, XII, da Constituição Federal, por si, não define que as atividades elencadas são, ou não, serviços públicos.¹⁰⁰ Trata-se apenas de um rol de atividades reservadas ao Poder Público.

A rigor, portanto, o tratamento jurídico diferenciado das atividades reservadas decorre da própria opção do Constituinte pela sua *publicatio*. A só atribuição de caráter público a tais atividades já justifica tratamento jurídico diferenciado, exorbitante. O regime jurídico específico de serviço público, nesse contexto, seria um *plus* normativo conferido pelo legislador ordinário a determinadas atividades reservadas, levando-se em consideração os fatores apontados acima.

A proposição doutrinária de Luis Gustavo Kaercher Loureiro permite concluir que os serviços e instalações de energia elétrica, cuja exploração é reservada à União pela Constituição, artigo 21, inc. XII, “b”, são competências econômicas públicas prestacionais, que poderão ser exercidas diretamente, ou mediante delegação à particulares

⁹⁹ LOUREIRO (2010: p. 3)

¹⁰⁰ Na mesma linha, JUSTEN FILHO (2010: pp. 694-694), ainda que adotando outro pressuposto. De acordo com o autor, “o elenco do art. 21 tem de ser interpretado no sentido de que haverá serviço público somente se presentes alguns requisitos específicos e determinados – sobre os quais o aludido art. 21 silencia. Exige-se o oferecimento de utilidades a pessoas indeterminadas, a exploração permanente da atividade e outros requisitos fixados na lei ordinária. Mas a determinação constitucional exclui a autonomia legislativa para eliminar, de modo absoluto, o regime de serviço público para a prestação das atividades referidas. Há uma margem de autonomia para facultar o desempenho das ditas atividades sob o regime de direito privado, na medida em que permaneça existindo o serviço público (por meio do qual será assegurada a satisfação de direitos fundamentais). Portanto, não basta a existência da norma constitucional para o surgimento do serviço público. Mais ainda, a lei ordinária pode estabelecer que algumas atividades, subsumíveis ao modelo constitucional, *não* serão serviço público, e nisso não haverá qualquer constitucionalidade.”

por concessão, permissão ou autorização. A Constituição indicou, ainda que parcialmente, o regime jurídico da atividade, nos termos mínimos acima descritos.¹⁰¹

Dentro de tal perspectiva, caberá ao legislador ordinário distinguir entre os serviços de energia elétrica que configuram serviço público dos que não configuram. Tal distinção tem crucial importância na construção do regime jurídico do serviço. Como se viu, aqueles deverão obedecer, além dos princípios e regras atinentes às competências públicas em geral, as determinações do artigo 175 da Constituição.

3.2. As modalidades para o exercício da competência: “explorar diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização”

Viu-se que os serviços e instalações de energia elétrica são competências econômicas públicas prestacionais; dotadas de um regime jurídico mínimo; e que podem ser, mas não necessária e automaticamente, qualificadas como serviço público, o que depende da atuação do legislador ordinário. Assentado esse ponto, cumpre especificar as modalidades especificadas pela Constituição de 1988 para o exercício da competência de que se cuida.

Além de estabelecer o ente competente, o artigo 21, XII, “b”, da Constituição, dispõe que os serviços e instalações de energia elétrica serão explorados: (i) diretamente; ou (ii) indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização.

3.2.1. O exercício direto da competência: “explorar diretamente”

Uma primeira leitura da modalidade de exploração direta permite vislumbrar duas possibilidades de exercício da competência em comento: a) o exercício direto pela União, por meio do aparato da Administração Direta; b) o exercício por meio de entidades estatais no âmbito da Administração Indireta (no seio do mesmo ente federativo sob o qual recaiu a competência), criadas especialmente para isso.

De pronto, mostra-se problemático o exercício direto por meio da

¹⁰¹ LOUREIRO (2009; p. 114)

primeira possibilidade. É que, embora juridicamente possível (em teoria), a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica por meio do aparato da Administração Direta poderia acarretar – e muito provavelmente acarretaria – a inviabilidade do exercício da competência pelo seu titular, haja vista as complexidades econômicas e técnicas que envolvem atualmente as atividades de energia elétrica.¹⁰² Uma opção nesse sentido significaria ofender o princípio da obrigatoriedade do exercício da competência pública, que, no caso, se consubstancia na responsabilidade do ente competente pela própria execução das atividades – por si, ou por agentes delegados.

A partir da constatação de que a atuação direta por meio da Administração Direta seria – frente a base empírica objeto da atuação – incompatível com os preceitos que balizam o exercício da competência pública em tela, abre-se espaço para uma interpretação mais lata da expressão “explorar diretamente”, que inclua em seu domínio normativo a atuação de entidades estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – a despeito de possuírem personalidade jurídica distinta daquela da União.¹⁰³

Nesse domínio, essas pessoas jurídicas estatais, criadas por lei especificamente para a realização da atividade, atuariam com base em outorga; e não em delegação.¹⁰⁴ Destaque-se que tal afirmação refere-se às estatais criadas pelo ente federativo titular da competência (União) e não às criadas pelos demais entes federativos, hipótese em que seriam elas delegatárias das respectivas atividades.

Nesse contexto, são exemplos de exploração direta dos serviços e instalações de energia elétrica as atividades desempenhadas pelas subsidiárias das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), como Furnas, Chesf, Eletrobras Sul, todas pessoas jurídicas de direito privado estatais.

3.2.2. O exercício indireto da competência: “mediante concessão, permissão ou

¹⁰² LOUREIRO (2009: p. 157)

¹⁰³ Em abono a tal interpretação, LOUREIRO (2009: p. 154) aponta para o fato de que a exploração de energia nuclear para a finalidade de geração de energia elétrica esta a cargo de uma estatal, a Eletrobras Nuclear, sociedade anônima subsidiária da Eletrobrás, muito embora os artigos 21, XXIII e 177, V, da Constituição, não permitam a delegação em tal hipótese. Estar-se-ia, assim, diante de exercício direto da competência pela União.

¹⁰⁴ Confira-se, nesse sentido, a distinção vislumbrada por MEIRELLES (2004: p. 328) entre outorga e delegação: “Há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há *delegação* quando o Estado transfere, *por contrato* (concessão) ou *ato unilateral* (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob o controle estatal. A distinção entre *serviço outorgado* e *serviço delegado* é fundamental, porque aquele é transferido *por lei* e só *por lei* pode ser retirado ou modificado, e este tem a penas sua execução traspassada a terceiro, por *ato administrativo* (bilateral ou unilateral), pelo quê pode ser revogado, modificado e anulado, como são os atos dessa natureza. A delegação é menos que outorga, porque essa traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados são, normalmente, por tempo indeterminado e os *delegados* por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante.”

autorização".

A segunda modalidade de exercício da competência em tela diz respeito à transferência a terceiros da execução das atividades que compõem seu objeto. É o que estabelece a Constituição quando dispõe que os serviços e instalações de energia elétrica serão explorados pela União mediante concessão, permissão ou autorização. Ou seja, o ente competente mantém a titularidade da competência, emprestando aos agentes privados (ou estaduais/municipais) o seu exercício.

Os instrumentos "concessão", "permissão" e "autorização" aparecem na Constituição em diferentes contextos, nos quais assumem funções variadas e destinam-se a finalidades também diversas.¹⁰⁵ Restringindo-se a sua análise ao âmbito específico do artigo 21, XII, cabem algumas considerações.

A natureza delegatória dos dois primeiros instrumentos não é objeto de divergências. Consistem técnicas para a constituição, em favor de um terceiro, de um direito decorrente de uma competência administrativa previa, cujo exercício lhe é transferido. Cuida-se, em ambas hipóteses, de um alargamento da esfera jurídica do terceiro.¹⁰⁶

No que concerne à autorização, observa-se maior complexidade no seu cotejo. Tradicionalmente utilizada como técnica específica para a remoção de um empecilho à fruição de um direito já pertencente a esfera jurídica de um particular, no exercício do poder de polícia da Administração, a autorização passou a figurar também em outros quadrantes, consoante se verifica em variados dispositivos da Constituição de 1988. Dentre eles, observa-se justamente o artigo 21, XII.

Neste âmbito normativo, observa-se a inadequação de manter-se o sentido tradicional da autorização – ato de polícia. Isso porque, como manifestação do poder de polícia, a autorização opera em um universo em que existe um direito subjetivo particular prévio, o qual a tem como condição para a sua fruição/exercício. Por outro lado, no âmbito do artigo 21, XII, está-se diante de mecanismos para o exercício de atividades de titularidade da União, competências públicas. Não se cogita, na sua disciplina, de atividades livres aos particulares – cujo desenvolvimento seria direito prévio incorporado ao patrimônio jurídico

¹⁰⁵ Tal circunstância é apontada por LOUREIRO (2009: p. 136), a partir da qual o autor elenca uma série de usos variados de tais expressões no bojo da Constituição de 1988.

¹⁰⁶ LOUREIRO (2009: p. 137)

do particular –, mas sim, de atividades reservadas.¹⁰⁷

Nesse contexto, também a autorização de que trata o artigo 21, XII, possui natureza delegatória, ao lado da concessão e da permissão.

Portanto, a modalidade de exercício indireto da competência para a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica consubstancia-se na figura da delegação, seja ela instrumentalizada por “concessão”, “permissão” ou “autorização”.

3.3. A identificação dos “serviços e instalações de energia elétrica”

Verificadas as modalidades por meio das quais a União exercitará a competência em análise, cumpre visitar um último ponto: a investigação das questões atinentes à identificação dos “serviços e instalações de energia elétrica”.

Deve-se observar que, ao reservar à União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, a Constituição não delimitou a extensão de tal obrigação. Em outras palavras, a Carta Magna não define de forma explícita quais são os serviços e instalações de energia elétrica, a possibilitar a identificação dos que incumbem à União e das eventuais atividades que, ainda que se vinculem à indústria energética, podem ser exploradas livremente pelos particulares.

Remete-se, assim, ao legislador ordinário a referida especificação. Significa dizer que tal especificação não ocorrerá jurisprudencial ou doutrinariamente, dependendo de lei em sentido estrito que possua supedâneo constitucional para tanto, único meio adequado e legítimo para compressão da esfera de liberdade econômica dos privados.¹⁰⁸ Por essa mesma razão, não cabe à Administração Pública a identificação originária de serviços e instalações de energia elétrica por meio da edição de normas infralegais.

Com efeito, a tarefa de que se cogita não se encontra no âmbito de discricionariedade da decisão política do legislador ordinário. Ao proceder a identificação dos serviços e instalações de energia elétrica, deverá o legislador: “(i) *garantir o exercício pleno e completo da competência*, i.e., a realização da atividade à qual se destina (oferecimento da utilidade ‘energia elétrica’); (ii) *evitar o sacrifício desnecessário do princípio da liberdade de*

¹⁰⁷ LOUREIRO (2009: p. 148)

¹⁰⁸ LOUREIRO (2009: p. 94)

iniciativa no âmbito econômico.”¹⁰⁹

Em outras palavras, não poderá o legislador infraconstitucional deixar de qualificar certas atividades como “serviços e instalações de energia elétrica”, sob pena de impossibilitar o exercício pleno e completo da competência – desrespeitando o *princípio do exercício obrigatório da competência*. Por outro lado, não poderá qualificar toda e qualquer atividade/instalação ligada à indústria de energia elétrica como “serviços e instalações de energia elétrica”, sob pena de sacrificar desnecessariamente o princípio da liberdade de iniciativa, o que é juridicamente vedado.

São variadas as vias interpretativas da Constituição postas à disposição do legislador para o empreendimento da tarefa acima explicitada.¹¹⁰ Aponta-se, nesse contexto, o critério vislumbrado por LOUREIRO, limitando-se a identificação dos serviços de energia elétrica como as atividades *“material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização”*; ou, ainda, as atividades *“exclusiva, direta e permanentemente vinculadas à obtenção material da utilidade”*.¹¹¹

Assim, sem maiores dificuldades, identificam-se como serviços de energia elétrica, nos moldes da Constituição, art. 21, XII, “b”, (i) a geração; (ii) a transmissão; e (iii) a distribuição de energia elétrica.¹¹² Quanto à atividade de comercialização, algumas considerações merecem atenção.

Historicamente, observou-se inicialmente a geração como o serviço de energia elétrica por excelência, do qual as fases subseqüentes (transmissão e distribuição) eram apenas funções (cf. supra). Ou seja, do ponto de vista jurídico, era o único serviço de energia elétrica. Apenas após o desenvolvimento da base empírica sob a qual o direito opera é que a transmissão e a distribuição se especificaram/autonomizaram como serviços de energia elétrica, o que ocorreu de forma decidida por meio do Decreto nº. 41.019/1957. Este cenário mantém-se na atualidade, verificando-se a disciplina dos serviços – objeto de delegações individualizadas – pelas Leis nº. 9.074/1995, 9.427/1996, 10.847/2004 e 10.848/2004, dentre outros diplomas legais.

¹⁰⁹ LOUREIRO (2009: p. 96)

¹¹⁰ Para uma análise aprofundada das possibilidades de interpretação da CRFB/88, art. 21, XII, “b”, à disposição do legislador ordinário, veja-se LOUREIRO (2009. pp. 91-107)

¹¹¹ LOUREIRO (2009: p. 102)

¹¹² Não se aborda no presente estudo as controvérsias a respeito das atividades desempenhadas pelos Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIEs – e pelos autoprodutores. Para uma análise sobre a questão, veja-se PIMENTA, André Patrus. Serviços de Energia Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado. In: CASTRO, Marcus Faro de e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Direito da Energia Elétrica no Brasil: Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010

O *status* da atividade de comercialização de energia elétrica é passível de discussão. Consoante já mencionado, a Lei nº. 9.648/1998, art. 4º, alterando a Lei nº. 9.427/1996, art. 26, introduziu a figura do agente comercializador de energia elétrica. A atual redação do dispositivo, conferida pela Lei nº. 10.848/2004, estabelece que cumpre ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar a compra e venda de energia elétrica por agente comercializador.¹¹³

LOUREIRO oferece relevantes observações sobre a introdução da referida atividade, levada a cabo pela sucessão de normas do Novo Modelo do setor elétrico, antes das quais

a comercialização era uma atividade ínsita sobretudo à distribuição de eletricidade, de tal sorte que poderia ser considerada uma função sua. A Lei 9.427/96, porém, fez da prática desses atos negociais uma atividade específica, submetida à autorização (art. 26, inc. II)

Prima facie, houve, nesse caso, o fenômeno de *segregação interna* ou de obtenção de um serviço *por análise*, com a especialização de uma função no seio da atividade de distribuição e sua transformação em serviço. (...)

Duas linhas interpretativas, nesse contexto, parecem possíveis: (i) o novo serviço especificado torna-se serviço de energia elétrica – competência da União –, hipótese em que é delegável por autorização a terceiros; (ii) o novo serviço torna-se atividade privada especialmente regulada, hipótese em que depende autorização entendida como manifestação do poder de polícia.

A primeira interpretação se viabilizaria apenas mediante a adoção de um critério mais abrangente que aquele sugerido por LOUREIRO para a identificação dos “serviços e instalações de energia elétrica”. Tal categoria seria composta, então, não apenas das atividades de obtenção e manejo material da utilidade, mas, também, daquelas que a propiciam negocialmente – ou contratualmente. Na hipótese de se entender inadequada tal ampliação, a segunda interpretação se imporia.

Vale lembrar, nesse ponto, que a decisão quanto à questão cabe ao legislador ordinário, limitado pela exigência de que tal decisão garanta o exercício pleno da

¹¹³ Antes da alteração introduzida pela Lei nº. 10.848/2004, cabia à ANEEL autorizar a atividade. Confira-se a redação do art. 26 da Lei nº. 9.427/1996:

“**Art. 26.** Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (...)

II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (...)"

competência pública e não sacrifique desnecessariamente a esfera de liberdade econômica privada.

Feitas essas considerações, cumpre destacar que o legislador ordinário não se posicionou inequivocamente quanto a qualificação da atividade de comercialização como serviço de energia elétrica autônomo – competência da União. Permanecem abertas as vias interpretativas acima referidas.¹¹⁴

Muito embora o Decreto nº. 2.655/1998, que regulamenta a Lei nº. 9.648/1998, disponha de forma expressa que a “exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica”, na redação do artigo 1º, tem-se que a arena do poder regulamentar não é a adequada para referida especificação. Isso porque, de acordo os motivos já expostos, especificações desse gênero repercutem diretamente no âmbito da esfera de liberdade econômica dos particulares, dependendo de lei densificadora de permissivo constitucional que as justifiquem.

Tem-se, portanto, que a qualificação da atividade de comercialização de energia elétrica como serviço de energia elétrica (competência pública) depende ainda de decisão do legislador ordinário.

Uma última observação se faz necessária: o legislador ordinário dispõe de liberdade, observados os limites já especificados, para conformar novos *serviços de energia elétrica* onde se verifica apenas *funções* daqueles já qualificados (geração, transmissão e distribuição).¹¹⁵ Tal afirmação é melhor compreendida com a distinção entre serviço e função oferecida por LOUREIRO:

Por “serviço” entende-se um complexo de atividades, com certa unidade técnica e/ou econômica, delimitada pelo legislador como objeto de uma outorga individualizada.

Por “função” entende-se toda atividade envolvida diretamente na obtenção da eletricidade, dotada de individualidade técnica e/ou econômica que não possui, porém, individualidade jurídica, exatamente porque o legislador não a constituiu em serviço (conceitualmente autônomo). *Funções* fazem parte de *serviços*. Assim, um serviço é composto de várias funções. Funções antes integrantes de um serviço podem se tornar autônomas e configurar, elas próprias, serviços.¹¹⁶

¹¹⁴ Se a qualificação ou a não qualificação da comercialização como serviço de energia elétrica resultam em inobservância às exigências de que se garanta do pleno e completo exercício da competência e de que não se sacrifique desnecessariamente a esfera de liberdade econômica dos particulares, trata-se de questão a ser tratada em outra oportunidade.

¹¹⁵ LOUREIRO (2009: p. 105)

¹¹⁶ LOUREIRO (2009: p. 106)

Trata-se de processo pelo qual passaram os serviços de transmissão e distribuição, consoante demonstrado pelos elementos de história normativa setorial objeto do capítulo anterior.

Assim, em face do aporte teórico constitucional apresentado, assenta-se que:

(i) os serviços e instalações de energia elétrica constituem atividades reservadas ao Poder Público, competências econômicas públicas prestacionais não necessariamente e automaticamente qualificadas como serviços públicos – qualificação que depende da atuação do legislador ordinário, conferindo-lhes um regime jurídico especial (artigo 175);

(ii) podem ser explorados diretamente pela União – normalmente por meio da criação de pessoas jurídicas estatais – ou indiretamente, mediante ato de delegação – concessão, permissão ou autorização – transferindo-se a terceiros o exercício (apenas) da competência;

(iii) cabe ao legislador ordinário – observados certos limites – a identificação, dentre todas as atividades relativas à indústria de energia elétrica, daquelas que se encontram no domínio normativo do artigo 21, XII, “b”, da Constituição de 1988, distinguindo-as daquelas que, ainda que se vinculem à indústria energética, podem ser exploradas livremente pelos particulares.

Cumpre, então, analisar se a atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, cuja especialização técnica/econômica restou caracterizada no capítulo precedente, foi objeto do processo de especialização jurídica, tornando-se serviço de energia elétrica específico e autônomo. A resposta afirmativa resulta na conclusão de que o desempenho de tal atividade configura competência pública atribuída pela Constituição de 1988 à União.

4. A ATIVIDADE DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL - SIN

4.1. A autonomia da atividade

Cumpre, inicialmente, precisar a autonomia da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN.

Verificou-se que a atual conformação empírica do setor elétrico brasileiro construiu-se historicamente como resultado de um processo em que se priorizou a geração de energia elétrica de fonte hidrelétrica, o que se dá mediante a exploração de potenciais hidráulicos cada vez mais distantes dos centros de consumo. Essa característica demandou desenvolvimento de uma extensa malha de transmissão para o escoamento da utilidade.

Da necessidade de se propiciar um aproveitamento otimizado da capacidade instalada surgiram e se aprofundaram as iniciativas de interligação, movimento que culminou na estruturação de sistemas eletroenergéticos interligados, cuja interligação recíproca resultou no Sistema Interligado Nacional – SIN. Este Sistema, como visto, abrange a maior parte do território nacional, restando fora de seu âmbito apenas alguns residuais sistemas isolados.

Nesse contexto de intensa interligação, observou-se uma robusta complexificação operacional, voltada para maximização do aproveitamento das potencialidades dos sistemas de forma a possibilitar o pleno atendimento dos destinatários da utilidade com segurança, continuidade e qualidade. O modelo adotado para tanto, como visto, caracteriza-se pela centralização em uma entidade – dotada de uma visão geral das condições e possibilidades do sistema eletroenergético – das decisões sobre a operação das instalações de geração e de transmissão interligadas.

Referido modelo introduz, como sua peça chave, a atividade de coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos – especificamente, do Sistema Interligado Nacional, na realidade atual do setor elétrico brasileiro.

Se, antes da introdução da coordenação operacional, os agentes de geração utilizavam seus próprios critérios de operação e aplicavam livremente suas

disponibilidades de energia – o que inevitavelmente acarretava no aproveitamento insatisfatório de sua capacidade –, agora, tal autonomia restringe-se a ponto de se afirmar que não mais existe. O mesmo pode-se afirmar quanto à utilização das linhas de transmissão, que, passa a obedecer determinados imperativos de otimização/segurança, em um âmbito de variadas possibilidades propiciadas pela configuração intensamente interligada da rede.

Significa dizer que com introdução da atividade de coordenação e controle da operação, os agentes de geração e transmissão que atuam no âmbito do Sistema Interligado Nacional, individualmente considerados, são despojados das decisões sobre o despacho da energia elétrica e a utilização das linhas de transmissão, respectivamente. Tais decisões são transferidas para um terceiro, o qual as centraliza e por elas passa a se responsabilizar, utilizando-se de procedimentos específicos e de sua posição privilegiada no que se refere à visão geral do sistema.

Verifica-se, aqui, processo semelhante ao vislumbrado no caso das atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica. Ou seja, processo em que se verifica a especialização de um serviço onde antes havia apenas função de outro serviço, consoante explicitado nos capítulos anteriores. Como visto, por muito tempo as fases de transmissão e distribuição foram consideradas funções da atividade de geração de energia elétrica, até o legislador ordinário conferir-lhes autonomia jurídica, qualificando-os como serviços de energia elétrica autônomos.

Deve-se, todavia, especificar algumas diferenças não negligenciáveis entre as hipóteses de que se cogita. É que as atividades de transmissão e distribuição são antigas funções da atividade de geração as quais foram segregadas totalmente deste serviço. De forma diversa, na hipótese investigada, da função “operação das instalações” – seja da geração, seja da transmissão – retirou-se o aspecto substancial, que lhe confere o significado: as decisões sobre modo e momento da operação. Manteve-se sob a responsabilidade dos agentes, entretanto, a operação física de suas instalações, realizada em estrita consonância com a atividade de coordenação.

Nesse contexto, ao menos do ponto de vista técnico/empírico, surge uma nova atividade dotada de autonomia. Os serviços de geração e transmissão de energia elétrica não a vinculam. Pelo contrário, um aspecto absolutamente relevante de tais serviços a ela encontra-se subordinado, qual seja, o modo e momento da operação de suas instalações.

Se, nessa perspectiva, a atividade investigada é autônoma, cabe

verificar se, do ponto de vista jurídico, ela também se especializou como um serviço de energia.

4.2. A subsunção aos critérios indicativos de identificação das atividades que admitem ser qualificadas como serviços de energia elétrica

Mencionou-se, no capítulo anterior, os seguintes critérios que auxiliam o legislador – no exercício de densificação do artigo 21, XII, “b”, da Constituição Federal – a identificar os serviços de energia elétrica: a atividades devem estar *“material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização”*; ou, ainda, devem estar *“exclusiva, direta e permanentemente vinculadas à obtenção material da utilidade”*¹¹⁷.

Antes de adentrar propriamente à questão referente à atual disciplina jurídica da atividade investigada – ou seja, antes de perquirir se o legislador a qualificou ou não como serviço de energia elétrica –, interessa verificar se ela se amolda aos critérios acima expostos.

Verificou-se que a conformação empírica do Sistema Interligado Nacional compõe-se: (a) por uma interdependência sistêmica natural decorrente da característica interligação dos complexos hidrícos em que se encontram as usinas hidrelétricas; (b) por uma interdependência sistêmica artificial, decorrente da interligação de usinas de geração propiciada pelas redes de transmissão do sistema.

Esta conformação torna imprescindível a atividade de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão no âmbito do sistema. Inexistente a coordenação, o fornecimento da utilidade ao destinatário final restaria comprometido, eis que sujeito permanentemente a graves falhas, decorrentes do mal-funcionamento das instalações do sistema e de possíveis desabastecimentos. No âmbito do SIN, a atividade é pressuposto da disponibilização da energia elétrica, conferindo-lhe confiabilidade (segurança e continuidade), qualidade (manutenção da normalização de aspectos da utilidade, tornando-a própria para utilização) e economicidade (menores preços ao consumidor, decorrentes da diminuição de custos que a otimização operacional propicia).

¹¹⁷ LOUREIRO (2009: p. 102)

No contexto do sistema interligado, a execução dos serviços de geração e transmissão encontra-se obrigatoriamente condicionada à atividade de coordenação da operação. Assim, na medida em que esta atividade permeia e condiciona a geração e a transmissão de energia elétrica, encontra-se ela materialmente vinculada à obtenção e ao manejo da utilidade.

Além disso, é direto o seu envolvimento com a transformação de fontes primárias de energia em eletricidade e a disponibilização da utilidade. Tal envolvimento é direto, na medida em que, como visto, a atividade centraliza o aspecto substancial da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica, deixando-se aos agentes somente a obrigação observar os comandos da coordenação.

A atividade de coordenação vincula-se, ainda, exclusiva e permanentemente à obtenção e ao manejo material da energia elétrica.

Portanto, subsumindo-se aos critérios expostos, a atividade investigada admite ser qualificada como serviço de energia elétrica autônomo, competência da União.

A esta conclusão, poder-se-ia objetar que não há vinculação efetivamente direta entre a coordenação da operação e a obtenção/manejo/disponibilização da utilidade. Haveria, na hipótese, mera viabilização.

Com efeito, ainda que se entenda que a atividade investigada limita-se à viabilização da obtenção e oferecimento de energia elétrica, deve-se destacar que, muito embora se destaquem por sua utilidade e eficiência na finalidade a que se destinam – nortear a atividade legislativa de identificação dos serviços de energia elétrica – os critérios acima referidos não vinculam o legislador ordinário. Ou seja, outros critérios podem ser utilizados para a qualificação de determinada atividade como serviço de energia elétrica, desde que observem aquelas limitações de natureza constitucional – garantir do exercício pleno da competência pública e evitar o sacrifício desnecessário do princípio da livre iniciativa.

A utilização de tais critérios opera em um universo anterior ao efetivo exercício da competência legislativa e, por si sós, não são parâmetros para o controle da constitucionalidade da qualificação desta ou daquela atividade como serviço de energia elétrica. Além de não especificar quais são os serviços de energia elétrica, a Constituição não acolhe explícita ou implicitamente um conceito apriorístico de serviço de energia elétrica.

Nessa esteira, a adoção pelo legislador ordinário de um critério mais abrangente – que inclua dentre os serviços de energia elétrica determinadas atividades que

viabilizam *operacionalmente* a obtenção, o manejo e a disponibilização da utilidade – não seria necessariamente inadequada, do ponto de vista jurídico. Ou seja, desde que respeitados os citados limites constitucionais.

Assim, qualquer que seja a conclusão acerca da subsunção (ou não) da atividade aos critérios apontados, as questões que se impõem são as seguintes:

- (i) Eventual qualificação da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional como serviço de energia elétrica respeitaria os limites constitucionais da densificação do artigo 21, XII, “b”, da Constituição Federal?
- (ii) O legislador ordinário, exercendo a tarefa de densificação da norma constitucional, manifestou-se nesse sentido?

4.3. A observância dos limites da densificação do artigo 21, XII, “b”, da Constituição Federal

Verificou-se que cumpre ao legislador ordinário a identificação, dentre as atividades ligadas a indústria de energia elétrica, daquelas que constituem serviços de energia elétrica. Essa tarefa é de extrema importância, pois, densificando o comando do artigo 21, XII, “b” da Constituição, segregase as atividades cujo desempenho é reservado ao Poder Público (União) e as atividades que, não obstante relacionadas com a indústria, são facultadas aos particulares no âmbito da livre iniciativa.

Nesse contexto, restou especificado que tal tarefa não se encontra no âmbito da discricionariedade da decisão política. O legislador ordinário deve observar certos limites na identificação dos serviços de energia elétrica, quais sejam, a obrigatoriedade de que se garanta o exercício completo e pleno da competência pública; o imperativo de que se evite o sacrifício desnecessário da esfera da liberdade de iniciativa, direito constitucional dos particulares.

Pelo primeiro limite entende-se que ao legislador ordinário não é dado deixar de qualificar como serviços de energia elétrica todas aquelas atividades necessárias ao exercício pleno e completo da competência pública pertinente. O segundo limite, por sua vez especifica que o legislador ordinário não poderá qualificar como serviços de energia elétrica,

dentre as atividades ligadas à indústria de energia elétrica, aquelas que importem um sacrifício desnecessário do princípio da livre iniciativa.

Quanto ao primeiro limite, deve-se ter em mente que, ao reservar à União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, a Constituição estabeleceu como obrigação deste ente federativo o oferecimento da utilidade *energia elétrica*, finalidade precípua que o exercício daquela competência pública deve realizar. Este aspecto teleológico é elemento constitutivo da própria definição da competência.

O oferecimento da utilidade passa necessariamente pela transformação de fontes primárias de energia em eletricidade (geração), pelo seu transporte – no caso brasileiro, por longas distâncias – às subestações distribuidoras (transmissão) e pela sua efetiva disponibilização final no ponto de entrega (distribuição). Nesse contexto, a qualificação de cada uma das atividades referidas como serviço de energia elétrica é inevitável para o completo e pleno exercício da competência constitucionalmente conferida à União.

Assentado que a atual conformação do setor elétrico impõe, para o seu funcionamento, a adoção do modelo de coordenação da operação da geração e da transmissão de energia elétrica (centralizada em um ator setorial distinto dos agentes individualmente considerados), verifica-se que o fornecimento da utilidade, no âmbito do SIN, passa também – necessariamente – pelo desempenho da atividade em análise. Nesse contexto, sua qualificação como “serviço de energia elétrica” é reflexo direto do imperativo de garantia do exercício completo e pleno da competência da União.

Legislando de modo diverso, o legislador ordinário não só estaria lhe conferindo regime jurídico mais brando que aquele mínimo atribuído às competências públicas, como, em última instância, estaria retirando da União a titularidade de atividade indispensável para o exercício de sua competência constitucional.¹¹⁸

Por outro lado, erigindo a atividade de que se cuida à qualidade de serviço de energia elétrica autônomo, o legislador não estaria extrapolando o limite da esfera de liberdade econômica dos particulares. Ou seja, não estaria sacrificando desnecessariamente o princípio da liberdade de iniciativa.

Aqui, o elemento chave para a análise é a “(des)necessariedade” do

¹¹⁸ Deve-se ter em mente que, até a autonomização técnica (ou empírica) da atividade, os elementos que a compõem eram funções dos serviços de geração e transmissão de energia elétrica e, como tal, encontravam-se no âmbito da competência material da União (consoante determinação seja da Constituição de 1967/1969, seja da Constituição de 1988).

sacrifício do princípio da liberdade de iniciativa. É que, como visto, a Constituição consagrou como regra geral o desempenho das atividades econômicas em regime de livre iniciativa. As exceções a esta regra devem estar previstas na Constituição ou, presentes certos requisitos, em lei ordinária. A densificação das hipóteses previstas constitucionalmente implica na concreta delimitação da linha que divide as atividades reservadas e as atividades não reservadas. Tal delimitação, em qualquer hipótese, significará algum grau de sacrifício do princípio da livre iniciativa. O que a Constituição impõe, nesse ponto, é que tal sacrifício deverá respeitar o estrito limite do necessário. O sacrifício desnecessário do referido princípio significa violação constitucional.

A essencialidade que a atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional logrou alcançar e o interesse público que inegavelmente a permeia, por si sós, demonstram, no mínimo, a imperatividade de uma disciplina jurídica condizentemente rigorosa. Mas há mais: o modelo de coordenação operacional demanda que a atividade de coordenação seja desempenhada por uma entidade apenas, que possua visão geral sobre as condições e possibilidades dos sistemas em diferentes espaços de tempo e em tempo real. Esta aspecto merece ser encarecido, pois está-se diante da monopolização das decisões sobre o despacho da energia e da operação elétrica das redes. Os imperativos de otimização e racionalização da operação impõem que assim seja.

Nesse contexto, além da essencialidade inerente à atividade, o seu exercício necessariamente monopolizado está a demonstrar que, ao qualificá-la como serviço de energia elétrica, o legislador ordinário não estaria sacrificando desnecessariamente o princípio da livre iniciativa. Ao contrário, o exercício da atividade em comento em regime de liberdade de iniciativa seria até mesmo incompatível com tais características.

Tem-se, portanto, que a eventual qualificação da atividade em tela como serviço de energia elétrica respeitaria ambos os limites constitucionais apontados: garantiria o exercício pleno da competência federal e não implicaria sacrifício desnecessário da esfera de liberdade econômica dos particulares.

Ante o exposto, passa-se a analisar se o legislador ordinário assim o fez.

4.4. A opção do legislador ordinário: o artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998

As normas de reestruturação do setor elétrico (a partir da década de 1990), introduziram significativas alterações no seu panorama, consoante já exposto. Dentre elas, destaca-se a Lei nº. 9.648/1988, que traz a atual disciplina jurídica da atividade de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN.

O Operador Nacional do Sistema – ONS a desempenha por força do referido diploma legal e do Decreto nº. 5.081/2004. Trata-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída sob a forma de associação civil, integrada por agentes de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, além dos consumidores livres conectados ao Sistema Interligado Nacional.

A Lei nº. 9.648/1988, artigo 13, caput, assim dispunha na sua redação original:

Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, pessoa jurídica de direito privado, mediante autorização da ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores a que se referem os arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 1995.

A ANEEL, então competente para a tarefa, autorizou a execução da atividade por meio da Resolução ANEEL nº. 351/1998:

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto no art. 13 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, e o que consta do Processo nº 48500.002919/98-29;

RESOLVE:

Art. 1º. Autorizar o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com sede na cidade de Brasília, Distrito Federal, registrado no Cartório do 2º Ofício do Registro Civil de Pessoas Jurídicas sob os nos 23128 e 23129, a executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, conforme previsto no art. 25 do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, e no art. 13 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Com o advento do “novo modelo” introduzido pela Lei nº. 10.848/2004, verificou-se a retomada pela União de uma série de atribuições, até então a cargo da ANEEL. Dentre elas, a de expedir atos autorizativos, nos termos do art. 3-A, II, da

Lei nº. 9.427/1996, dispositivo incluído por aquele diploma legal.

Harmonizando-se com esta modificação, o mesmo diploma alterou a redação do artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998, passando o desempenho da atividade sob análise a depender de autorização do Poder Concedente:

Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica.

Nesse contexto, por meio do Decreto nº. 5.081/2004 cuidou a União de adequar a conformação do ONS àquela nova realidade normativa – a qual trouxe, também, significativas mudanças na organização e distribuição interna de competências da entidade –, oportunidade em que praticou novo ato de autorização, substituindo a antiga autorização da ANEEL:

Art. 1º O Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fica autorizado, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

Deve-se destacar, em primeiro lugar, que a Lei nº. 9.648/1998 e o seu regulamento reconhecem, ao menos, a autonomia da atividade, conferindo-lhe regime jurídico próprio – marcado pela fiscalização e regulação da ANEEL. Nessa esteira, o Decreto nº. 5.081/2004, artigo 2º, dispõe que, no exercício de suas atividades, o ONS deverá atender às disposições do referido regulamento, de seu Estatuto Social (aprovado pela ANEEL), às demais regulamentações da Lei nº. 10.848/2004, no que se aplicar, e às normas complementares expedidas pela ANEEL.

A fiscalização e regulação da ANEEL, nesse caso, justifica-se pelo inequívoco interesse público que afeta a atividade. À Agência, nessa perspectiva, cumpre a

promoção de auditoria dos sistemas e procedimentos técnicos do ONS¹¹⁹, verificando: (a) a confiabilidade e a integridade dos sistemas operacionais; (b) a qualidade e atualidade técnica das metodologias, dos modelos computacionais, dos sistemas e dos processos; (c) o atendimento à ordem de programação de despacho de geração, visando à otimização dos recursos energéticos do SIN; (d) a aplicação das informações prestadas pelos agentes relativas às suas instalações de geração e transmissão e dos serviços aniliares; e (e) a aderência das práticas operativas aos Procedimentos de Rede.

Além disso, como mecanismo de regulação e fiscalização do desempenho da atividade, verifica-se que o ONS está obrigado a submeter à ANEEL as atualizações dos modelos computacionais utilizados no planejamento e programação da operação – inclusive seus programas fontes, para validação e disponibilização entre os agentes –, bem como as atualizações das regras para operação da rede básica de transmissão nos sistemas elétricos interligados, para aprovação.¹²⁰

Esta ampla carga regulatória e fiscalizatória que incide sobre a atividade de coordenação da operação do SIN, com um significativo controle do Poder Público (ANEEL) sobre as regras e condições a que ela se submete, evidencia o traço público do seu regime jurídico, destinado a assegurar ela atinja permanentemente a sua finalidade: a otimização da operação do sistema eletroenergético, com vistas a garantir o menor custo para o sistema, observados determinados padrões técnicos e critérios de confiabilidade.

Todavia, este aspecto, por si só, não permite identificar a opção do legislador. Permite, apenas, concluir que se está diante de uma atividade de proeminente interesse público e que, por isso, se submete a uma especial regulação e fiscalização do Poder Público.

Cabe, então, atentar-se para outro aspecto da disciplina estabelecida pelo artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998: as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão, no âmbito do SIN, são desempenhadas *mediante autorização do Poder Concedente*.

Nesse ponto, surge, mais uma vez, a necessidade de esforços interpretativos para a aferição da natureza da autorização em tal hipótese, visto que o ato aparece, no direito brasileiro, sob variadas roupagens e com variados conteúdos.

¹¹⁹ Consoante redação do Decreto nº. 5.081/2004, art 9º, I a V.

¹²⁰ Resolução ANEEL nº. 351/1988

Nesse contexto, a primeira observação que merece ser feita é a seguinte: está-se diante de um ato que propicia o exercício de uma atividade (ou, ainda, a prestação de um serviço, no sentido de que está preordenada ao oferecimento de uma utilidade). A autorização, nesse contexto, poderá operar como: (i) ato mediante o qual o Poder Público consente o desempenho de uma atividade econômica cujo exercício já preexiste na esfera jurídica do destinatário como um direito subjetivo (como as hipóteses da Constituição, artigo 170, parágrafo único, e artigo 209); (ii) ato mediante o qual o Poder Público delega a um terceiro o exercício de uma atividade econômica de sua competência (como aquelas previstas na Constituição, artigo 21, XI e XII, por exemplo).

No primeiro caso, consoante já adiantado no capítulo precedente, cuidar-se-ia de manifestação do poder de polícia pelo qual o Poder Público condiciona o exercício de uma determinada atividade à observância de certas exigências, conformando-a e compatibilizando-a com os interesses sociais consagrados no sistema normativo.¹²¹ Na hipótese, não haveria alargamento da esfera jurídica do destinatário da autorização, mas apenas o “aval” do Poder Público para o desempenho de uma atividade cujo exercício ali preexistia como direito daquele (com a imposição da observância de condicionantes previstos legalmente).

Por sua vez, na segunda hipótese, estar-se-ia diante de uma técnica de delegação, transferindo-se a um terceiro o exercício (apenas) de uma competência. Significa que, aqui, a União, competente para o desempenho da atividade, estaria atuando indiretamente. Nesse caso, o ato de autorização estaria constituindo uma situação jurídica nova entre o Poder Público e o destinatário da delegação¹²², derivada de uma competência estatal preexistente. Haveria, portanto, o alargamento da esfera jurídica do destinatário do ato, atribuindo-se a ele uma posição jurídica da qual não desfrutava anteriormente.

Diferentemente da “autorização-ato de polícia”, na qual o desempenho da atividade é *facultativa* (devendo observar as condições impostas legalmente), a “autorização-delegação” constitui para o seu destinatário o *dever* de desempenhar a atividade que constitui seu objeto. Como visto, por se tratar de competência pública (cujo exercício é delegado), o seu regime jurídico mínimo de direito público impõe a *obrigatoriedade* do seu exercício. Este é um traço distintivo e fundamental.

Ou seja, na primeira hipótese, o dever imposto ao destinatário da

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO (2006: p. 807)

¹²² O que LOUREIRO (2009: p. 148) entende como a “criação de um vínculo *ex novo e originário* entre o Poder Público e o privado”.

autorização consiste no seguinte: em exercendo a atividade facultada pelo ato, deve o sujeito passivo observar as condições nele estabelecidas, derivadas da lei. Na segunda hipótese, além de observar certas condições, o destinatário tem a obrigação de desempenhar a atividade (prestar o serviço).

A disciplina da atividade de coordenação da operação da geração e da transmissão no âmbito do SIN aponta para a obrigatoriedade do seu desempenho. O próprio diploma legal pelo qual se previu a autorização para tal desempenho estabeleceu uma série de *atribuições* (obrigações) ao destinatário do ato – o ONS –, as quais constituem o conteúdo da atividade.¹²³ Inicialmente, a Resolução ANEEL nº. 351/1998 e, posteriormente, o Decreto nº. 5.081/2004, autorizando a execução da atividade, rebrisam as referidas atribuições.

Valer dizer, na medida em que a lei e os atos autorizativos estabelecem como obrigação do Operador Nacional do Sistema a execução da atividade, a este é vedado optar por não executá-la. Não se trata de faculdade, mas de obrigação.

O quanto exposto permite afastar eventuais interpretações no sentido de que a autorização prevista no artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998 seria mera manifestação fundada no poder de polícia administrativa do Poder Público. Trata-se, no caso, de um ato de natureza delegatória.¹²⁴

Verifica-se, assim, que o referido diploma reconhece as atividades de coordenação e controle da operação do SIN como competência do Poder Concedente, a serem desempenhadas, mediante delegação (autorização) pelo ONS. O comando constitucional que permite tal reconhecimento encontra-se inscrito no artigo 21, XII, “b” da Constituição de 1988.

Ou seja, o legislador ordinário, por meio, da Lei nº. 9.648/1988, densificou o dispositivo constitucional e reconheceu as atividades de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional como serviço de energia elétrica autônomo,

¹²³ Confira-se a redação do artigo 13, parágrafo único, da Lei nº. 9.648/1998:

“Art. 13. (...)

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS:

a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;

b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;

c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;

d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços aniliares;

e) propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão;

f) propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela ANEEL.”

¹²⁴ A autorização, no caso específico ora enfrentado, independe de solicitação do destinatário, o ONS. Nisso, o ato excepciona a regra geral, pela qual as autorizações devem ser requeridas pelo interessado. Em vista das especificidades das atividades sob análise, que impõem a monopolização de sua execução, optou o legislador ordinário por estabelecer previamente o destinatário da autorização.

competência material da União. Trata-se, portanto, não somente de uma mera atividade de interesse público sujeita a uma especial regulação, mas de uma *competência econômica pública prestacional*.

Como tanto, as atividades de que se cogita estão sujeitas àquele regime jurídico mínimo de direito público referido no capítulo anterior. São atividades reservadas de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade do titular e imprescritíveis. Além disso, o seu desempenho deve se pautar na observância dos princípios encartados no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, na medida em que se referem não apenas subjetivamente à Administração Direta e Indireta, mas à própria função administrativa (cfe. supra).

Em síntese, conclui-se que o Operador Nacional do Sistema – ONS¹²⁵, nos termos da Lei nº. 9.648/1998 e do Decreto nº. 5.081, exerce, mediante delegação (autorização), uma competência econômica pública prestacional, consistente nas atividades de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional. Trata-se de específico serviço de energia elétrica¹²⁶, dotado de autonomia e sujeito a um regime jurídico mínimo de direito público.

¹²⁵ A conformação jurídica específica do ONS comporta, ainda, ulteriores considerações e possíveis problematizações, as quais opta-se por não abordar, por extrapolar o objeto do presente trabalho.

¹²⁶ Cumpre observar que desta conclusão não decorre necessariamente que a atividade configure serviço público, como tenderia a concluir a doutrina tradicional. Com efeito, tal qualificação, nos termos do aporte teórico apresentado, dependeria da atuação do legislador ordinário, conferindo-lhe o regime jurídico específico dos serviços públicos (observado o mínimo normativo estabelecido no artigo 175 da Constituição). Nesta hipótese, contudo, a autorização não seria instrumento de delegação adequado, cabendo, ainda, licitação prévia. Aqui, a atividade estaria aberta a possibilidade de outros interessados a habilitarem-se ao título, participando do procedimento licitatório, o que, contudo, não foi a opção adotada pelo legislador ordinário.

CONCLUSÃO

Consoante exposto ao longo do presente trabalho, a atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional tornou-se imprescindível ao correto e pleno funcionamento da indústria de energia elétrica. O papel por ela desempenhado torna-a essencial e permeada por inequívoco interesse público, vinculando-se diretamente à disponibilização de uma utilidade que viabiliza e condiciona o exercício de inúmeros direitos fundamentais.

O presente trabalho buscou apresentar uma abordagem jurídica da atividade, investigando-se a sua natureza jurídica à luz da Constituição de 1988, tendo como ponto de partida sua contextualização histórica. Passa-se, a seguir, a revisar caminho trilhado para tanto, expondo-se as conclusões obtidas.

Os elementos de história normativa setorial apresentados permitiram descrever duas tendências fundamentais observadas no setor elétrico brasileiro.

Pela primeira, verificou-se o surgimento e o desenvolvimento das interligações de sistemas, com a consequente implantação de um modelo que fizesse frente à complexidade operacional decorrente. Sinteticamente, verificou-se o seguinte:

(i) Nos primórdios do setor reinava a simplicidade técnica da indústria e a limitação da distância entre as usinas geradoras e o destinatário da energia elétrica, situação que começaria a mudar com a chegada da iniciativa privada estrangeira no setor.

(ii) Os primeiros esforços de interligação de sistemas de geração e transmissão, em substituição às iniciativas isoladas, foram levados a cabo pelas empresas estrangeiras, que viam na interligação a possibilidade de obter melhor aproveitamento na exploração de energia e ganhos de escala. Tal situação justificou-se pela necessidade de fazer frente ao aumento de demanda em um cenário de retração da expansão setorial e estagnação de novos empreendimentos, decorrente das resistências das empresas às novas regras do setor, introduzidas pela Constituição de 1934 e pelo Código de Águas.

(iii) Com o advento da modificação do eixo normativo setorial e a centralização pela União das decisões sobre o setor, verifica-se as primeiras normas voltadas a fornecer as condições para a interligação de sistemas, com a unificação de freqüências e padronizações técnicas correlatas, sem, contudo, lograr cumprir seu objetivo. Atribui-se ao

Governo Federal da competência de ordenar interligações.

(iv) Inicia-se a atuação direta do Estado no setor elétrico por intermédio de iniciativas estaduais, as quais visavam suprir as deficiências decorrentes do déficit de fornecimento causado pela estagnação da expansão do setor. No âmbito de algumas dessas iniciativas surgem os primeiros esforços estatais concretos de interligação de sistemas eletroenergéticos. A criação da CHESF, primeiro grande empreendimento federal, sinalizaria a tendência que viria a se consolidar e se aprofundar, apontando para a efetiva dissociação jurídica entre as fases da indústria e para a intensificação da interligação de sistemas.

(v) O Plano Nacional de Eletrificação – PNE, objeto do Projeto de Lei nº. 4.277/54, erige como diretrizes fundamentais da política energética, dentre outras, o fomento à interligação de sistemas elétricos – com a identificação de uma grande área passível de interligação e outra que manteria sistemas isolados –, e a compatibilização técnica dos sistemas por meio da normalização e da unificação de freqüência. A par de não haver sido aprovado, o PNE lançou diretrizes básicas para o desenvolvimento e expansão do setor, que restariam positivadas posteriormente com a edição do Decreto nº. 41.019/1957.

(vi) Em positivação à diretriz de estímulo à interligação dos sistemas elétricos, o Decreto nº 49.019/1957 fornece regras mais detalhadas quanto às medidas para a centralização de sistemas de geração de energia elétrica, que poderia ocorrer mediante três modalidades diversas. Coexistiriam, nos termos do Decreto, (a) o processo de interligação simples de sistemas de entidades diversas, cada uma com critério próprio de operação e livre aplicação de suas disponibilidade de energia; (b) o processo de integração em uma única entidade e uma operação centralizada da geração, transmissão e distribuição de energia elétrica aos consumidores; e (c) o processo de coordenação da operação da geração e da transmissão de energia elétrica para fornecimento às entidades distribuidoras. Este último processo, que poderia ser adotado somente de forma voluntária, mediante aprovação do CNAEE, surge como precursor do modelo que será adotado com a massificação das interligações sistemas e decorrente complexificação da sua operação.

(vii) Na linha da diretriz de estímulo à ampliação das interligações de sistemas, então positivada, verifica-se o crescimento das interligações das geradoras e das redes, possibilitado por medidas de unificação de freqüência e normalização de aspectos técnicos correlatos. Referido crescimento acompanha-se de um notável incremento da complexidade operacional, o que demandou a introdução de um novo modelo que encontraria

na centralização e coordenação da operação dos sistemas o caminho para a racionalização e otimização da utilização das instalações de geração e transmissão. Os GCOIs, órgãos colegiados no âmbito da Eletrobrás, assumem papel de protagonismo nesse novo modelo, cuja implantação acarretou verdadeira especificação/autonomização técnica de uma nova atividade no âmbito do setor elétrico brasileiro: a coordenação da operação dos sistemas eletroenergéticos interligados.

(viii) A implementação da interligação dos mais significativos sistemas eletroenergéticos do país, os da região Sul e Sudeste, possibilitou o escoamento da energia elétrica decorrente do imenso salto na escala da produção proporcionado por Itaipu Binacional. Concebida-se, assim, o Sistema Interligado Nacional – SIN, integrado posteriormente pelos sistemas que compreendiam a região Nordeste e parte da Região Norte.

(ix) Com a reestruturação setorial ocorrida a partir da década de 1990, as atividades anteriormente desempenhadas pelo GCOI são transferidas para o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, criado como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. O ONS passa a desempenhar, por força da Lei nº. 9.648/1998 e do Decreto nº. 5.081/2004, a atividade de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional – SIN, mediante autorização do Poder Concedente e sob a fiscalização da ANEEL.

Pela segunda tendência, verificou-se o processo de segregação/especialização técnica e jurídica das fases da indústria de energia elétrica. O enfoque em tal tendência permitiu a compreensão do fenômeno pelo qual se origina um novo serviço onde antes havia apenas uma função, acessória de outro serviço.

Referido processo pode ser assim resumido:

(i) Inicialmente, observa-se uma disciplina jurídica fragmentária da indústria, centrada na contratação barganhada com os Municípios da ocupação de bem público (com exclusividade) para fornecimento de energia elétrica destinada a serviços comunais ou autoprodução industrial, sem distinção jurídica entre as fases da indústria (geração, transmissão e distribuição).

(ii) O período de hegemonia estrangeira que se seguiu continuou marcado pela disciplina jurídica fragmentária e empírica, decorrente da contratação barganhada em nível municipal. Tal disciplina ainda não regrava de forma específica cada fase da indústria, obstando a dissociação entre elas – o que se repetia, também, nas escassas

normas federais sobre o assunto.

(iii) Adotando novos princípios de intervenção estatal no domínio econômico, a Constituição de 1934, de forma pioneira, faz constar de sua disciplina o tema energia elétrica. Acabou por tratar apenas das questões referentes à energia hidrelétrica, enfocando-se a geração. Deixou, assim, de dispensar tratamento para a energia proveniente de outras fontes e para as demais fases da indústria, que permaneciam acessórias da geração. No mesmo ano promulga-se o Código de Águas, o qual reprisa as inovações e determinações da Constituição de 1934 e confere tratamento marginal às atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, as quais são mencionadas apenas de passagem pelo artigo 151, “e”, que prevê o direito dos concessionários de estabelecer linhas de transmissão e de distribuição.

(iv) Com a Constituição de 1937 e o Decreto-Lei nº. 852/1938, inicia-se a especificação da disciplina jurídica das atividades de transmissão e distribuição de energia, as quais passam a depender, exclusivamente, de título federal. No entanto, as atividades ainda não são suficiente e autonomamente reguladas – muito por força do caos normativo que caracteriza o período, marcado pela intensa produção legislativa, ora em direção à implementação do Código de Águas, ora em direção diversa.

(v) A ausência de regulação autônoma das etapas da indústria perdura até a edição do Decreto nº. 41.019/1957 que, depois de um longo período, surge como ponto culminante dos esforços de implementação do Código de Águas, consolidando o marco normativo setorial. Por força do referido Decreto, observa-se de forma decidida, pela primeira vez, a disciplina autônoma das fases que sucedem a de geração, passando-se a cogitar, a partir de então, de autonomia jurídica das atividades de distribuição e transmissão, que podiam ser concedidas de forma conjunta ou separada da atividade de geração.

(vi) Com o advento da Constituição de 1967(69), as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, cada uma dotada de disciplina jurídica autônoma, passam a constituir serviços de energia elétrica de competência da União Federal.

(vii) A Constituição de 1988 manteve como competência da União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica. Observa-se a partir da década de 1990 a reestruturação do setor elétrico, levada a cabo por um conjunto de normas infraconstitucionais que mantêm autônoma a disciplina dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. O marco normativo introduzido a partir da reestruturação

parece haver segregado, ainda, a comercialização de energia elétrica como serviço de energia elétrica autônomo.

Contextualizada historicamente a base empírica sob a qual a atividade investigada incide e descrito o processo pelo qual segregaram-se juridicamente os típicos (ou tradicionais) serviços de energia elétrica, partiu-se para uma incursão pelo direito constitucional.

Abordou-se inicialmente a disciplina constitucional das atividades reservadas ao Estado e o regime jurídico mínimo ao qual se submetem. O aporte teórico adotado para tal abordagem permitiu concluir que os serviços e instalações de energia elétrica constituem atividades reservadas ao Poder Público, competências econômicas públicas prestacionais não necessariamente e automaticamente qualificadas como serviços públicos – qualificação que depende da atuação do legislador ordinário, conferindo-lhes um regime jurídico especial (artigo 175 da Constituição de 1988).

Nesse contexto, os serviços e instalações de energia elétrica, como atividades reservadas, submetem-se a um regime jurídico mínimo imposto pela Constituição. Significa dizer que, como competências públicas, são de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade do titular e imprescritíveis. Além disso, o seu desempenho deve se pautar na observância dos princípios encartados no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, na medida em que se referem não apenas subjetivamente à Administração Direta e Indireta, mas à própria função administrativa.

Abordou-se, em seguida, a interpretação das modalidades de exercício da competência atribuída à União pelo artigo 21, XII, “b”, da Constituição. Neste ponto, assentou-se que os serviços e instalações de energia elétrica podem ser explorados diretamente pela União – normalmente por meio da criação de pessoas jurídicas estatais – ou indiretamente, mediante ato de delegação – concessão, permissão ou autorização – transferindo-se a terceiros o exercício (apenas) da competência.

Verificou-se que a interpretação mais adequada do comando constitucional impõe a conclusão de que a previsão de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica mediante autorização constitui exercício indireto da competência pela União. Ou seja, assim como a concessão e a permissão, a autorização, no caso, possui natureza delegatória.

Por fim, abordou-se a interpretação da expressão “serviços e

instalações de energia elétrica”. No silêncio da Constituição, assentou-se que cabe ao legislador ordinário – observados certos limites – a identificação, dentre todas as atividades relativas à indústria de energia elétrica, daquelas que se encontram sob o domínio normativo do artigo 21, XII, “b”, da Constituição de 1988, distinguindo-as daquelas que, ainda que se vinculem à indústria energética, podem ser exploradas livremente pelos particulares.

Tais limites restaram assim enunciados: ao densificar o referido comando constitucional, o legislador ordinário deve: (i) garantir o exercício pleno e completo da competência pública; e (ii) evitar que o princípio da livre iniciativa – regra geral do exercício das atividades econômicas – seja desnecessariamente sacrificado.

Nesse contexto, utilizando-se de critério que respeite tais limites, o legislador ordinário identificou certas atividades como serviços de energia elétrica. Vale destacar que outras atividades podem vir a ser qualificadas como tanto, principalmente pela segregação jurídica de um serviço onde antes havia apenas uma função, acessória de outro serviço.

O aporte teórico exposto nesta seção fundamentou a interpretação do artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998 e atos regulamentares. Exsurge da interpretação empreendida a conclusão de que a figura que se construiu historicamente, a atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, tal como emerge do referido diploma legal, constituiu-se, do ponto de vista jurídico, como serviço de energia elétrica autônomo – atividade reservada.

Referida conclusão resulta das seguintes ponderações:

(i) A exemplo da transmissão e distribuição de energia elétrica, a atividade em comento passou pelo processo mediante o qual se verifica a especialização de um serviço onde antes havia apenas função de outro serviço. Aquelas atividades, antigas funções da atividade de geração, foram segregadas totalmente deste serviço, constituindo serviços autônomos. De forma diversa – mas semelhante –, na hipótese investigada, da função “operação das instalações” – seja da geração, seja da transmissão – retirou-se o aspecto substancial, que lhe confere o significado: as decisões sobre modo e momento da operação. Manteve-se sob a responsabilidade dos agentes, entretanto, a operação física de suas instalações, realizada em estrita consonância com a atividade de coordenação, cuja autonomia resta caracterizada.

(ii) A atividade de coordenação e controle da operação do SIN admite

ser qualificada como serviço de energia elétrica, visto que está exclusiva, direta e permanentemente vinculada à obtenção e ao manejo material da utilidade. Nada obstante a sua subsunção a tal critério de identificação, cabe apenas ao legislador ordinário qualificá-lo como serviço daquela natureza. Para fazê-lo, nada impede que adote outro critério de identificação, desde que respeite aqueles limites constitucionais que condicionam a densificação do artigo 21, XII, “b”, da Constituição 1988.

(iii) eventual qualificação da atividade em tela como serviço de energia elétrica respeitaria os limites constitucionais apontados: garantiria o exercício pleno da competência federal e não implicaria sacrifício desnecessário da esfera de liberdade econômica dos particulares.

(iv) Assentadas tais premissas, passou-se à efetiva interpretação do artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998, perquirindo-se o seu conteúdo. Verificou-se, em primeiro lugar, que o diploma legal e o seu regulamento reconhecem, no mínimo, a autonomia da atividade, conferindo-lhe regime jurídico próprio – marcado pela fiscalização e regulação da ANEEL.

(iv.1) Tal aspecto, por si só, permite concluir, apenas, que se está diante de uma atividade de proeminente interesse público e que, por isso, se submete a uma especial regulação e fiscalização do Poder Público. Outro aspecto da disciplina jurídica estabelecida pelo diploma legal, entretanto, permite ir além: as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão, no âmbito do SIN, são desempenhadas *mediante autorização do Poder Concedente*.

(iv.2) A interpretação mais adequada do dispositivo impõe a conclusão de que a autorização em questão possui natureza delegatória. O ato viabiliza não o exercício *facultativo* de uma atividade que preexistia no patrimônio jurídico de um particular como direito subjetivo, mas sim, o exercício *obrigatório* da atividade, denotando transferência do exercício (apenas) de uma competência prévia do Poder Concedente ao destinatário do ato. Verifica-se, assim, que o referido diploma reconhece as atividades de coordenação e controle da operação do SIN como competência do Poder Concedente, a serem desempenhadas, mediante delegação (autorização) pelo ONS. O comando constitucional que permite tal reconhecimento encontra-se inscrito exatamente no artigo 21, XII, “b” da Constituição de 1988.

Assim, densificando o dispositivo constitucional, o legislador ordinário

reconheceu as atividades de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional como serviço de energia elétrica autônomo, competência material da União. Trata-se, portanto, não somente de uma mera atividade de interesse público sujeita a uma especial regulação, mas de uma *competência econômica pública prestacional*.

Como visto, tal conclusão não implica necessária e automaticamente que tais atividades configurem serviço público. Assim será se o legislador ordinário conferir-lhe o regime jurídico delineado pelo artigo 175 da Constituição de 1988. Da conclusão resulta apenas que as atividades de que se cogita estão sujeitas àquele regime jurídico mínimo de direito público das competências públicas.

Portanto, conclui-se que o Operador Nacional do Sistema – ONS, nos termos da Lei nº. 9.648/1998 e do Decreto nº. 5.081, exerce, mediante delegação (autorização), uma competência econômica pública prestacional, consistente na atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional. Trata-se de específico serviço de energia elétrica, dotado de autonomia e sujeito a um regime jurídico mínimo de direito público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____, Celso Antônio. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

BRASIL, Empresa de Pesquisa Energética. Balanço Energético Nacional 2010: ano-base 2009. Rio de Janeiro: EPE, 2010

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FADEL, Marcelo Costa. **O Direito da Energia Elétrica Sob a Ótica do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

GASTALDO, Marcelo Machado. **Histórico da Regulamentação do Setor Elétrico Brasileiro**. In: Revista O Setor Elétrico, janeiro de 2009. Disponível em www.osetoreletrico.com.br/.../ed.36_fasciculo_capitulo_1_direito_em_energia_eletrica.pdf. Acesso em: 04.03.2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____, Eros Roberto. **Direitos conceitos e normas jurídicas**. São Paulo, Ed RT, 1988

HISTÓRIA DA OPERAÇÃO do Sistema Interligado Nacional: Depoimentos. Rio de Janeiro: Centro de Memória da Eletricidade no Brasil, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6^a ed. rev. e autal. Belo

Horizonte: Forum, 2010.

_____, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. **Introdução – O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória**. In: LANDAU, Elena. Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A Indústria Elétrica e o Código de Águas: o Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a *Concession de Service Public* e a *Regulation of Public Utilities***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

_____, Luiz Gustavo Kaercher. **Introdução ao Regime Jurídico da Indústria Elétrica: premissas gerais**. Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, n. 28, p.143-191, jul/dez 2007.

_____, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

_____, Luiz Gustavo Kaercher. **Premissas para um leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para para a identificação de uma política energética constitucional - A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

ONS. **O ONS e a Operação do Sistema Interligado Nacional – SIN: Apresentação visita técnica do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil – SAJ**. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/apresentacao-visita-cnos>. Acesso em 05.05.2011

PANORAMA do Setor de Energia Elétrica no Brasil. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988.

PIMENTA, André Patrus. **Serviços de Energia Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado**. In: CASTRO, Marcus Faro de e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Direito da Energia Elétrica no Brasil: Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. 3^a ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RENNÓ, Marília e SAMPAIO, Patrícia. **Transmissão de Energia Elétrica: Apresentação do Modelo Brasileiro**. In: LANDAU, Elena. Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.