



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**A REGULAÇÃO PELA CRISE NOS MERCADOS
DE ENERGIA ELÉTRICA, MINERAÇÃO E PETRÓLEO**

Caio Lacerda de Castro
Matrícula: 09/07944

Brasília – DF
Janeiro de 2013

Caio Lacerda de Castro

**A REGULAÇÃO PELA CRISE NOS MERCADOS
DE ENERGIA ELÉTRICA, MINERAÇÃO E PETRÓLEO**

Trabalho final de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB), desenvolvido sob orientação do Professor Doutor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Brasília – DF
Janeiro de 2013

FOLHA DA APROVAÇÃO

*Dedico esse trabalho aos meus pais:
Nilva Lacerda Rios de Castro e
Marcelo Macedo de Castro,
Exemplo de amor e dedicação,
Meus maiores amigos*

AGRADECIMENTOS

À Luísa Anabuki, pela inspiração que me traz todos os dias e pelo apoio incondicional.

A minha família, por sempre acreditar e me encorajar a superar os maiores desafios.

Aos grandes amigos que me acompanharam durante o curso de graduação, em especial Luísa Anabuki (de novo!), Gabrielle do Nascimento Fernandes, Cássio Lourenço Ribeiro, Rafael Garcia, Marcel Portela e João Gabriel, sem os quais o percurso teria sido menos rico e, certamente, menos divertido.

Aos pesquisadores do Grupo de Estudos em Direito de Recursos Naturais (GERN), pelos incontáveis debates que me ajudaram a amadurecer a ideia deste trabalho. Em especial ao Professor, pesquisador e amigo Adriano Drummond Cançado Trindade, pela ajuda e orientação diárias.

Ao orientador e Professor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, pela paciência, dedicação e numerosa colaboração em sala de aula, nas reuniões do GERN e, sobretudo, pelo grande trabalho de pesquisa, sem os quais esse trabalho padeceria de uma linha mestra.

RESUMO

Inspirado no contexto atual brasileiro de revisão concomitante dos marcos regulatórios dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, fomos instigados a fazer uma reflexão sobre os fundamentos jurídicos mais basilares que ordenam a lógica regulatória desses setores.

De início, percebemos que, no Brasil, os setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás muito se assemelham e estão intimamente relacionados ao atendimento do interesse público; por outro lado, constatamos também que divergem perceptivelmente no aspecto normativo, e possuem regulações próprias, independentes e autônomas entre si.

É essa constatação de desigualdade normativa ante um aparente objetivo comum (o atendimento ao interesse público) que orienta nosso estudo acerca da identificação dos fundamentos jurídicos que propiciam o desenvolvimento regulatório. Qual a razão para três setores, a princípio idênticos na busca do interesse público, possuírem abordagens regulatórias tão distintas? Seria apenas uma questão de ordem técnica, que originaria três regulações altamente complexas e autônomas? Ou haveria um fator jurídico de diferenciação regulatória?

Nossa análise toma o Estado como agente central da regulação setorial, tanto por este ser um agente privilegiado detentor exclusivo da competência regulatória, como pelo fato de ser, também, um agente econômico privilegiado, sempre que exerce a atividade empresarial. Assim, identificamos as formas de atuação do Estado nos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás e buscamos dar-lhes significação e fundamentação jurídicas.

Nesta empreitada, fazemos inicialmente uma análise constitucional para constatar a incidência do interesse público sobre as atividades de energia elétrica, mineração e petróleo & gás e, após, seguimos os passos da doutrina brasileira tradicional de Direito Administrativo, que justifica e dá conteúdo jurídico à regulamentação dessas atividades segundo a dicotomia entre Serviços Públicos ("SP") e Atividades Econômicas em Sentido Estrito ("AEE").

Tão logo passamos a discutir a dicotomia SP x AEE e sua aplicação nos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, percebemos que a regulação contemporânea não se adequa às limitações teóricas propostas. Em

outras palavras, as atividades nesses três setores não se comportam conforme a principiologia defendida pela doutrina tradicional de direito administrativo, que defende a vinculação dos serviços de energia elétrica à categoria de serviço público, enquanto mineração e petróleo & gás seriam atividades econômicas em sentido estrito.

Identificada a incompatibilidade da dicotomia SP x AEE para justificar as diferenciações regulatórias existentes no plano abstrato, uma análise histórica da regulação setorial nos sugere uma outra resposta.

Em um primeiro aspecto, concluímos inexistência de um elemento jurídico capaz de distinguir, *a priori*, as atividades de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, sendo claro apenas a existência da vinculação dessas atividades ao atendimento do interesse público. Em um segundo aspecto, identificamos que o interesse na regulação setorial, no Brasil, tem por origem um elemento meta-jurídico, consubstanciado em momentos de crises econômicas, sociais e políticas.

Assim, é a *regulação-pela-crise* o fator de diferenciação regulatória para os setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração, ao passo que a fundamentação jurídica dessa regulação fica adstrita apenas à necessidade de se atender o interesse público.

O Estado, por sua vez, tem papel fundamental na estruturação dos setores regulados para o atendimento ao interesse público. Para tanto, o Estado deve utilizar-se não só de elementos jurídicos, mas também de instrumentos econômicos e procedimentais (entre outros) de forma que toda alteração nos marcos regulatórios atenda a finalidade última que é efetivar, no plano concreto, direitos e garantias constitucionalmente assegurados, e assim fazer das atividades reguladas um elemento de alavancagem do desenvolvimento econômico e social de um país.

Palavras Chave: Regulação; Serviços Públicos; Recursos Naturais

ABSTRACT

Encouraged by the current context of simultaneous reviews of the Brazilian regulatory frameworks for the electricity, oil & gas and mining sectors, we proposed to identify what are the main legal fundamentals that order the regulatory mechanism of such sectors.

Firstly, we realize that, in Brazil, the electricity, mining and oil & gas sector are much alike and closely related to the concept of public interest; on the other hand, we also realize that such activities differ significantly in their regulatory aspects, each activity having a specific, independent and autonomous regulation.

It is such normative inequality, apparently contradictory to the common purpose shared by the three regulated sectors (to give effect to the public interest), that guides our study to identify what are the legal foundations that justifies the regulatory development. What are the reasons for three sectors, apparently sharing a common purpose, to have such different regulatory approaches? Is it the case of mere technical aspects that originate three autonomous and highly complex regulations? Or is there a legal aspect for the regulatory distinction.

Our analysis conceives the State as a central agent of industry regulation, both because it is a privileged agent holding exclusive regulatory jurisdiction, and also due to the fact it is a privileged economic agent, whenever carrying out entrepreneurial activities.

In this venture, we initially proceed with a constitutional analysis to evidence the binding between public interest and the activities of electricity, mining and oil & gas and, continuously, we follow the footsteps of the traditional doctrine of Administrative Law in Brazil, which justifies and gives content to the legal regulation of these activities according to the dichotomy of Public Utilities ("SP") and Economic Activities in Strict Sense ("AEE").

As soon as we discuss the dichotomy of SP x AEE and its usage in the sectors of electricity, mining and oil & gas, we realize that the contemporary regulation is not properly related to the theoretical implications suggested. In other words, the activities in such three sectors do not behave in accordance to the principles defended by the traditional doctrine of Administrative Law, which binds the

electricity services to the category of public utility, whilst mining and oil & gas are bound to the category of economic activities in strict sense.

Identified the incompatibility of the dichotomy SP x AEE to justify the regulatory differences existing, in abstracto, a historical analysis of industry regulation suggests another answer.

As a first aspect, we defend the absence of a legal justification able to priorly distinguish a priori the electricity, mining and oil & gas sectors, being evidenced only the existence of a common purpose for these activities to serve the public interest. As a second aspect, we identified that the driving force for the industrial regulation in Brazil surpasses the strict legal analysis, and is a consequence of periods of economic, social and political crises.

Hence, the cause for distinguishment of the regulatory frameworks for the electricity, oil & gas and mining sectors follows the rule of regulation-by-crisis, and the legal fundament of such changes to the regulatory frameworks is limited to the serving of public interest.

The State, in its turn, plays a key role in structuring the regulated sectors to meet the public interest. To act in such manner, the State must not only use legal fundaments, but also economic and procedural instruments (among others), so all changes to the regulatory frameworks attend their ultimate goal, which is to make effective, at a concrete level, the secured constitutional rights and guarantees, and thus have the regulated activities used as an improvement mechanism for the economic and social development of a country.

Keywords: Regulation; Public Services; Natural Resources

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÔNIMOS

ACR	Ambiente de Contratação Livre
ACL	Ambiente de Contratação Regulada
AEE	Atividade Econômica em Sentido Estrito
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
Cfem	Compensação Financeira Pela Exploração de Recursos Minerais
CHESF	Companhia Hidro Elétrica do São Francisco
CNAE	Conselho Nacional de Águas e Energia
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
ELETROBRAS	Centrais Elétricas Brasileiras
GCOI	Grupo de Controle, Otimização e Inteligência Computacional Aplicados a Sistema de Energia Elétrica.
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MME	Ministério de Minas e Energia
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S.A.
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPT	Programa Prioritário de Termelétricidade
PRS	Plano de Recuperação Setorial
SP	Serviço Público
Revise	Revisão Institucional do Setor Elétrico

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	12
II. OS PRESSUPOSTOS DA ATUAL REGULAÇÃO SETORIAL	17
II.1 Os pressupostos constitucionais	17
II.2 Repercussões Constitucionais e a Interpretação Tradicional da Ordem Econômica Brasileira. A Escola do Serviço Público	21
III NECESSIDADES REGULATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS	31
IV UM OLHAR AO PASSADO. NASCIMENTO E ESPECIALIZAÇÃO DOS TRÊS IRMÃOS	47
IV.1 A República e a Federalização das Atividades de Mineração e Energia Elétrica (1889-1934)	47
IV.2 A Centralização dos Marcos Regulatórios Setoriais (1934-1945)	58
IV.3 Estatização e Estado Empresário (1946 - 1990)	69
IV.4 Estado Regulador e complexificação das interações setoriais (a partir de 1990)	78
IV.5 O que nos conta a evolução dos marcos regulatórios	89
V A PUBLICATIO COMO BASE FORMAL COMUM DAS ATIVIDADES REGULADAS	92
V.1 Além da mera operação formal da publicatio. Razões e fundamentos para a especialização.	104
VI CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A ATUAÇÃO ESTATAL NOS SETORES REGULADOS.	114
VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

I. INTRODUÇÃO

O Estado é, simultaneamente, agente jurídico e agente econômico privilegiado, detentor do monopólio do direito positivo e de capacidade para interagir com o mundo econômico em suas estruturas e institutos mais basilares. Não por outra razão, a atuação do Estado ao criar normas e ao atuar diretamente com os mercados deve ser constantemente re-refletida, de modo que o Agir Estatal, concebido como a atuação em âmbito legislativo e executivo¹, possa sempre estar fundado em premissas de legalidade.

É sob essa perspectiva, de que o Agir Estatal deve ser refletido e fundamentado, que buscaremos definir os limites de atuação legítima do Estado em três setores cruciais, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico, a saber, a mineração, os hidrocarbonetos, representados por petróleo e gás, e a energia elétrica.

Dentro da lógica atualmente imposta pela sociedade moderna ocidental, que demanda do Estado um *moto continuo* de prosperidade e riqueza, as atividades desempenhadas por agentes privados e públicos nos setores de mineração, petróleo & gás e energia elétrica têm fundamental relevância para o desenvolvimento nacional, e servem para uma alavancagem econômica e social. Os mesmos setores, contudo, podem tornar-se elementos desestruturantes das cadeias produtivas existentes² e como consequência podem ser responsáveis pelo estrangulamento e prostração do desenvolvimento nacional. Como não poderia ser diferente, o Direito (e o Estado) tem papel central na regulação dessas atividades econômicas, de forma que o privilégio da abundância dos recursos naturais não reverta-se em maldição para o desenvolvimento econômico e social.

¹ Em relação a este ponto, é necessário fazer uma observação elementar, para não haver confusão sobre quais os propósitos desse trabalho. Nosso primeiro corte temático está na subdivisão do Direito em dois ramos distintos.

O primeiro, o Direito Contencioso Clássico, caracterizado por direitos pretendidos e suas respectivas oposições (entre outras possíveis situações bilaterais contenciosas) que, majoritariamente, debruça-se sobre problemas de caráter concreto. Trata-se do direito aplicado pelos tribunais do Judiciário e da Administração Pública, estes na medida de suas competências especiais, e também pelas câmaras de arbitragem.

O segundo ramo, diz respeito ao Direito Propositivo, caracterizado pela criação de normas jurídicas e sua execução, que são as formas com que, *grosso modo*, os poderes do Legislativo e do Executivo interagem com o Direito e seus instrumentos. Neste trabalho, nossa atenção principal é com o Direito Propositivo, isto é, com as formas legítimas do Estado em legislar e executar políticas nos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás.

² SINNOTT, 2010.

Esta "fundamental relevância para o desenvolvimento nacional" contida nas atividades de mineração, energia elétrica e petróleo & gás revela-se sob a perspectiva jurídica na forma do *interesse público*, que faz com que o Agir Estatal seja especialmente enfático na regulação e na atuação econômica. E se buscamos justamente definir os limites de legalidade do Agir Estatal para os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, torna-se bastante curioso constatar que sob a mesma insígnia do *interesse público*, o Estado atua e regula de maneiras muito distintas cada um dos setores.

Veremos que a leitura tradicional da nossa Ordem (jurídica) Econômica, com base no texto da Constituição de 1988, tem como principal característica segregar os setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração na forma de três regulações distintas, a saber, a regulação de serviços públicos, monopólios e atividades econômicas em sentido estrito, respectivamente. Sob essa perspectiva, o Agir Estatal estaria sujeito a três formas distintas de orientação, e as decisões executivas e regulatórias tomadas para um setor não necessariamente seriam legítimas se aplicadas a um outro tipo de atividade.

É essa constatação de desigualdade que orienta nosso estudo acerca da legitimidade de atuação estatal. Qual a razão para três setores, a princípio idênticos na busca do interesse público, possuírem abordagens regulatórias tão distintas? Seria apenas uma questão de ordem técnica, que originaria três regulações altamente complexas e autônomas? Ou haveria um fator jurídico de diferenciação regulatória?

Em específico, buscaremos compreender os fundamentos jurídicos responsáveis pelo desenvolvimento normativo dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás. Delimitada a base jurídica das atividades de mineração, petróleo & gás e energia elétrica, poderemos fazer uma crítica mais bem fundamentada acerca as ações investidas pelo Estado na gestão e normatização dos setores regulados, e discutir com maior propriedade a legitimidade dessas ações com base no panorama regulatório identificado.

Nosso estudo tem início na análise da solução proposta pela visão tradicional do direito administrativo brasileiro, que defende existir, na Ordem Econômica, um fator jurídico de diferenciação regulatória. A característica jurídica de diferenciação seria, então, a atividade ser classificada como serviço público ou como

uma atividade econômica essencialmente privada, cada qual ensejando uma postura distinta de atuação legítima estatal.

Nessa teoria, as atividades desempenhadas pelo Estado são classificadas em *intervenção* e *atuação*, conforme as atividades econômicas são denominadas *serviços públicos* ("SP") ou *atividades econômicas em sentido estrito* ("AEE"). Se essas são, então, as estruturas basilares que supostamente ordenariam e diferenciariam a regulação setorial, nada mais pertinente, portanto, que problematizar esses mesmos fundamentos essenciais, e verificar se, de fato, há sustentação jurídica para a dicotomia SP x AEE.

A conclusão preliminar a que chegamos, contudo, é que a aplicação da dicotomia SP x AEE, ainda que tenha importância prática no estudo de casos concretos, é impraticável no aspecto macro. Isto é, a diferenciação que serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito eventualmente tenham entre si não é capaz de explicar o fenômeno das diferentes formas de regulação setorial.

Constatada a insuficiência da dicotomia SP x AEE para fundamentar a legitimidade do Agir Estatal nos setores regulados, damos início, então, a uma segunda etapa de investigação. Esta segunda etapa, de cunho eminentemente histórico, tem por base o fato de energia elétrica, petróleo & gás e mineração terem sofrido uma unificação regulatória, durante as décadas de 1930 e 1940, que as situaram sob os mesmos paradigmas e princípios jurídicos. Qual a razão dessa unificação? Mais importante, após a unificação, quais foram os elementos responsáveis pela diferenciação desses setores em ritmos distintos, de forma a originar, meio século depois, três setores autônomos e independentemente regulados?

A análise histórica é feita por etapas, abordando simultaneamente as alterações regulatórias promovidas, em um mesmo contexto político, social e econômico, nos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração. Observaremos o fenômeno da unificação dos marcos regulatórios sob a batuta da União Federal, até os desenvolvimentos que propiciaram o surgimento do modelo brasileiro de Estado Regulador, fundado nas agências reguladoras.

Deve ser destacado, contudo, que não fazemos, neste trabalho, uma análise abrangente da história dos setores regulados, mas tão somente um estudo dos fatores de aproximação e distanciamento dos marcos regulatórios de energia elétrica, petróleo & gás e mineração no curso da história. Trata-se, portanto, de uma

narrativa parcial e, sobretudo, *interessada*, com o objetivo de tentar identificar os elementos de mudança normativa, mais do que fazer um retrato fiel dos marcos regulatórios existentes em diversas etapas de nossa história recente.

Ao fim, constataremos que nem mesmo uma análise histórica nos permite identificar um elemento jurídico de diferenciação setorial. Em contrário, nos parecerá claro que o único elemento jurídico fundamental relativo aos setores regulados de energia elétrica, petróleo & gás e mineração é o *interesse público*, igualmente considerado nos três setores. Ainda, a análise histórica nos mostrará que o desenvolvimento regulatório brasileiro tem relação com as diferenciações técnicas de cada setor, mas, primordialmente, tem como força motriz fatores meta-jurídicos, como crises políticas, econômicas e sociais de âmbito macro (internacional/nacional), micro (setorial), ou, ainda, intra-setorial.

A ausência de um elemento jurídico de diferenciação nos sugere, também, que o desenvolvimento futuro da regulação setorial é incerta, e não necessariamente caminhará com passos rumo a uma maior liberalização ou, em oposto, rumo a um maior controle e estatização. O grande fator de risco regulatório, concluiremos, é que é o próprio Estado quem define, por conta própria, os limites de sua atuação. Em outras palavras, é o próprio Estado quem compõe as regras e princípios que definirão se o Agir Estatal é lícito (ou não) em uma determinada atividade regulada.

Diante da conclusão de que o Estado, sob o panorama estritamente jurídico-regulatório, tem grande liberdade para definir o próprio conceito de legitimidade de suas ações, tecemos breves considerações sobre os elementos adicionais que poderiam reduzir essa ampla discricionariedade do Agir Estatal.

Nesta linha, percebemos que o conceito de legitimidade da atuação estatal supera --- e muito --- a análise estritamente jurídica, sobretudo se lembrarmos que passamos hoje por um período de intensa rediscussão do papel do Estado e da normatização setorial. Principalmente diante do fato das teorias jurídicas não conseguirem explicar, autonomamente, o fenômeno da regulação setorial, teremos de buscar uma explicação necessariamente multifacetada e multidisciplinar.

Terá especial valor para definir a legitimidade do Agir Estatal, portanto, uma análise conjunta de Direito e de Economia, com o objetivo de fazer das ações do Poder Público instrumentos os mais eficientes possíveis para a efetivação de

direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a legitimidade do Agir Estatal é aferida no plano da realização do *interesse público*, ainda que seja difícil sua conceituação teórica.

Ao fim, na tentativa de tentar prever de forma abstrata a atuação estatal legítima, bem como os futuros desenvolvimentos regulatórios, a constatação da inexistência de um elemento jurídico diferenciador dos marcos regulatórios setoriais nos relembra que a regulação setorial não é um fim em si mesmo, isolada, e só faz sentido quando posta a trabalhar em função de um projeto, econômico e social, de desenvolvimento nacional.

II. OS PRESSUPOSTOS DA ATUAL REGULAÇÃO SETORIAL

II.1 *Os pressupostos constitucionais*

A Constituição de 1988 é necessariamente o ponto de partida para qualquer tentativa de compreensão dos pressupostos jurídicos da participação do Estado na economia e a conseqüente regulação econômica que advém dessa atuação estatal.

Dentre os fundamentos mais basilares de nossa organização social, a *dignidade da pessoa humana* (ainda que de conteúdo jurídico incerto) serve-nos de elemento justificador da convivência em sociedade. A dignidade expressa no texto constitucional declara os objetivos de *prosperidade e bem estar social*, refletidos na busca constante de máxima realização de direitos e garantias individuais e sociais. O Estado assume para si responsabilidade significativa na realização concreta dos direitos assegurados aos seus cidadãos, e, para tanto, reconhece a relevância do desenvolvimento econômico e social da nação.³ A realização de direitos fundamentais, portanto, torna-se o fator motriz da formação do ordenamento jurídico.

Por sua vez, a constitucionalização dos diversos ramos do direito atrai, para esse ramos, também o mesmo objetivo de afirmação de direitos fundamentais. Esse processo de valorização principiológica torna o texto constitucional mais que uma carta meramente política para dotá-lo de força jurídica, de forma que suas disposições servirão de orientação à interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

Sendo, portanto, norma jurídica fundamental, a Constituição de 1988 elenca um rol de princípios que servirão para ordenar a Ordem Econômica brasileira, e conseqüentemente, as formas de atuação do Estado na Economia.

Nesse rol de princípios, observamos um plexo de direitos individuais e sociais. De um lado, temos a adoção do modelo de organização capitalista, sendo a livre iniciativa princípio fundamental da República (art. 1º, IV, CF) e também da Ordem Econômica (art. 170, *caput*, CF); a garantia à propriedade e aos bens de produção (arts. 5º, XXII e 170, II, CF); e a defesa da liberdade da atividade econômica, sem necessidade de autorização prévia (art. 170, parágrafo único,

³ ARENDT, 2010.

primeira parte, CF). Do outro lado (o "lado social"), a Constituição de 1988 elenca como imperativos da sociedade brasileira a *cidadania e dignidade da pessoa humana* (art. 1º, II e III, CF); a valorização e dignidade do trabalho (arts. 1º, IV e 170, *caput*); limita o direito de propriedade ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII); e sujeita a liberdade de atividade econômica à necessidade de autorização prévia para os casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único, primeira parte, CF).

O próprio Estado define-se na Ordem Econômica como agente fomentador do desenvolvimento e bem geral da nação (art. 3º, II e IV, CF), sendo-lhe permitido atuar economicamente, desde que presentes os imperativos de segurança nacional, ou relevante interesse coletivo (art. 173, CF).

Como um grande pano de fundo, portanto, a Constituição fornece os limites macros da atuação econômica dos agentes públicos e privados: (i) sustenta os fundamentos básicos para o modelo capitalista de produção, (ii) limita a atuação privada em nome de um Bem Estar Social e (iii) define o Poder Público como um agente crucial no desenvolvimento econômico e social, porém com participação direta subsidiária⁴ nas atividades econômicas.

Se estamos buscando os pressupostos da atual regulação setorial, nossa primeira análise será fazer uma adequação dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás ao nosso contexto constitucional contemporâneo, eminentemente liberal, com restrições excepcionais à iniciativa privada (e ao *modus operanti* privado), como é o caso da conformação social da propriedade e em casos de segurança nacional ou relevante interesse público.

Para energia elétrica, mineração e petróleo & gás, logo percebemos que os princípios gerais da Ordem Econômica não são os únicos elementos vinculantes, sendo identificado em diversas passagens do texto constitucional abordagens específicas para cada um desses setores.

De se destacar, inicialmente, a competência privativa da União em regular as atividades desses três setores⁵, fazendo sugerir que embora existente a

⁴ Conforme leciona Alexandre Santos de Aragão: "*Inserto no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade, está o Princípio da Subsidiariedade, que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível*" (ARAGÃO, 2003, p. 132)

⁵ Art. 22, CF: Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (...)

iniciativa privada, esta estará sujeita a uma maior atuação estatal em sua competência legiferante, pelo menos. Seguimos adiante, e verificamos que os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais (incluído os hidrocarbonetos⁶) são bens públicos da União, e portanto sua exploração significa a apropriação por um particular (não raro de forma exclusiva) sobre um bem que deveria ser de fruição de toda a sociedade⁷. Ao fim, evidenciamos os artigos 21, XII, 176 e 177 da Constituição Federal, que declaram a forma com que os agentes públicos e privados poderão executar as atividades dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, respectivamente.

Se a regra geral estampada na Ordem Econômica da Constituição de 1988 é o exercício econômico sob mãos do setor privado, em uma primeira análise os setores objeto de nosso estudo parecem afastar-se claramente dessa regra. Quer dizer, para a maioria das atividades econômicas, a característica de subsidiariedade da atuação estatal já surte efeitos imediatos nos limites da regulação e atuação do Estado. Como a Constituição de 1988 define os setores econômicos, regra geral, como de atuação preponderante dos agentes privados, há pouca ou nenhuma intervenção direta e específica do Estado sobre maioria dos setores econômicos, que ficam sujeitos apenas ao ordenamento jurídico em seu espectro mais geral. Para nosso caso específico, contudo, o caráter de subsidiariedade da participação do Estado traz pouco efeito sobre a capacidade de regulação, atuação e intervenção do Estado nos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás.

Em verdade, a partir de uma simples observação despreziosa do texto constitucional, a nós foi possível concluir que energia elétrica, petróleo & gás e mineração são mais do que meras atividades privadas. Em contrário, o constituinte de 1988 fez questão de expressar que se tratam de áreas de amplo interesse (relevância) público, o que também não é difícil de constatar na prática desses setores, seja em razão (i) dos vultosos investimentos necessários, (ii) dos serviços e produtos oferecidos por esses setores e (iii) dos benefícios e/ou malefícios decorrentes do bom ou mal exercício dessas atividades. Por consequência do

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

⁶ Petróleo e gás não são, no rigor técnico, "recursos minerais", mas foram assim denominados pelo constituinte de 1988.

⁷ A nós não interessa esmiuçar o conceito de bens públicos entre aqueles de uso comum, especial ou dominical, bastando apenas enfatizar a natureza pública dos recursos naturais de energia elétrica, mineração e petróleo & gás.

manifesto interesse público, a atuação estatal nesses setores torna-se explícita e direta.

Além de manifesta, a atuação/regulação do Estado nos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração é notavelmente distinta das demais atividades econômicas, e também entre si.

Se estamos buscando definir quais os limites de atuação legítima do Estado nesses três setores, torna-se crucial compreender por que atividades econômicas igualmente relacionadas com o interesse público⁸ permitem abordagens estatais tão diferenciadas. Seria apenas uma questão de ordem técnica, que originaria três regulações altamente complexas e autônomas? Haveria um fundamento jurídico específico, que repercutiria de formas distintas nos setores energia elétrica, petróleo & gás e mineração e, assim, promoveria diferentes níveis de regulação e atuação do Estado?

Até o momento, as premissas jurídicas mais básicas (constitucionais) sugerem apenas que o Estado é imbuído de competência constitucional para promover o desenvolvimento econômico e o pleno gozo dos direitos de seus cidadãos, por meio da garantia (concomitante) da preponderância do livre mercado e da livre iniciativa como estruturas basilares do sistema capitalista de produção e --- em sentido oposto/complementar --- do bem estar social e dignidade da pessoa humana, com possibilidades claras de limitação a esse mesmo livre mercado e livre iniciativa⁹.

A análise preliminar da Constituição de 1988 nos permitiu identificar aquilo que podemos denominar de "quadro normativo macro" dos setores regulados, e chegamos à conclusão de que tanto petróleo & gás, quanto energia elétrica e mineração estão sujeitos a uma atuação estatal mais presente, que as distinguem das atividades eminentemente privadas. Essa análise preliminar, contudo, não é suficiente para justificar a distinção da regulação dos setores de energia elétrica,

⁸ *Igualdade*, aqui, significa que os três setores (energia elétrica, petróleo & gás e mineração) atraem para si a atenção do Estado na busca de promover o interesse público. Não se trata de fazer uma valoração subjetivista acerca da relevância comparativa entre os três setores, mas tão somente apontar que todos estão sujeitos, de uma forma ou de outra, à regulação estatal.

⁹ A propósito, essa ambivalência aparentemente autofágica é típica do modelo de Estado Regulador (conforme detalhando adiante), que surge do reconhecimento das insuficiências dos modelos clássicos do Estado Liberal e do Estado de Bem Estar, apontadas durante o século XX. Sobre o assunto, já tratamos em outro trabalho: *"O Estado Regulador em nada é diferente dos modelos teóricos do Liberalismo e do Estado de Bem-Estar, que o antecederam e, de certa forma, não os substituiu. É, grosso modo, uma conformação resultante da insuficiência dos modelos liberal e de bem-estar de busca pela concretização dos direitos individuais."* (CASTRO, 2011, p.43)

petróleo & gás e mineração entre si. Para tanto, será necessário estudarmos mais a fundo as interações entre Estado e o setor privado, conforme interação para compor a ordem econômica brasileira.

II.2. Repercussões Constitucionais e a Interpretação Tradicional da Ordem Econômica Brasileira. A Escola do Serviço Público.

Felizmente, existe uma extensa bibliografia sobre a atuação do Estado na Ordem Econômica que nos auxilia na tarefa de identificar os atuais pressupostos jurídicos que abalizam os marcos regulatórios dos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração. Ainda melhor é perceber que os três setores são, inclusive, utilizados como referências paradigmáticas, tomados pela maioria dos estudiosos de Direito Administrativo como exemplos didáticos para a diferenciação das formas de atuação do estado na Economia.

Segundo a doutrina majoritária que estuda o Direito Administrativo Brasileiro é possível identificar determinadas características básicas em cada um dos setores sujeitos à atuação do Estado que, apresentadas distintamente pela Constituição Federal de 1988 (e, conseqüentemente, por cada uma das regulações setoriais), nos permite identificar os vários fundamentos jurídicos que legitimam formas distintas de regulação setorial. Com base nessas características essenciais, seria possível, portanto, definir os limites de atuação/intervenção do Estado, conforme regras preponderantes de Direito Público ou de Direito Privado.¹⁰

Ainda segundo essa doutrina mais tradicional, por meio da identificação dessas características essenciais das atividades econômicas sujeitas à atuação do Estado, seria possível distinguir as diversas atividades econômicas entre *serviços públicos* e *atividades econômicas em sentido estrito*. Este binômio, por sua vez, representaria o fundamento jurídico principal a justificar as distintas formas de atuação estatal na economia, bem como as distintas formas de regulação setorial.

A Escola do Serviço Público (como podemos denominar essa orientação majoritária da doutrina de direito administrativo) *grosso modo* identifica

¹⁰ Ver, entre outros, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella di Pietro e Marçal Justen Filho. Para Bandeira de Mello "*Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.*" (MELLO, 2005, p. 575)

certas atividades como de inerente prestação pelo Estado, sujeitando-as a um regime jurídico preponderantemente de Direito Público¹¹. As razões que identificam uma atividade enquanto serviço público, contudo, oscilam dentro dessa mesma doutrina, e ora são definidos como serviços públicos (i) as atividades prestadas exclusivamente pela Administração Pública, (ii) as atividades dotadas de certas características "essenciais", ou (iii) as atividades que tem por objetivo o atendimento a uma finalidade específica¹².

Uma corrente *subjetivista* afirma que o serviço público é aquele tipicamente desempenhado pelo Estado e, nesse sentido, confunde-se com a própria Administração Pública. Em *sentido material*, o conceito de serviço público é reservado para designar uma *atividade relevante* para a sociedade. E por sua vez sob o viés *formal*, serviços públicos são aqueles submetidos a um regime jurídico especial de direito público. As dificuldades em identificação dos serviços públicos são tantas que, não raro, resultam em definições genéricas, que tentam abraçar todos os seus possíveis elementos formadores:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.¹³

Uma das formulações clássicas da Escola do Serviço Público é a proposta por Eros Grau, em seu livro "*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*", sem dúvida um dos principais e mais conhecidos trabalhos sobre a ordem econômica brasileira em seu prisma jurídico. Em sua abordagem, leciona Eros Grau

¹¹ Liderada pelos ensinamentos do jurista francês Léon Duguit, o serviço público é definido como atividade calcada no direito administrativo. "*Para estes autores, a diferença essencial entre as actividades dos particulares e a actividade pública residia no facto de que esta está inteiramente consagrada à gestão de empreendimentos destinados a satisfazer o interesse geral, ou seja, os serviços públicos (...). A partir daí, podemos definir o direito administrativo como o direito dos serviços públicos. (...) Fornece-lhe também o seu conteúdo: todas as soluções próprias do direito administrativo se explicam pelas necessidades do serviço público*" (RIVERO, 1981, p. 38, *apud* NETO, 1998, p. 14)

¹² "O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado pelos órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceitualização formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade". (MEIRELLES, 2007, p. 294)

¹³ Op. cit. A definição de Meirelles abrange praticamente tudo: atividades prestadas diretamente ou não pelo Estado, para satisfação de atividades essenciais ou não. Note-se, ainda, que a ideia de serviço público como uma atividade de "simples conveniência" do Estado tem a capacidade de afastar a própria essencialidade pública da atividade.

que a Constituição traz mais de um significado à expressão "atividade econômica", razão pela qual existe confusão e dificuldade em definir o funcionamento da Ordem Econômica brasileira e, conseqüentemente, em distinguir as diferentes formas de interação do Estado com a economia. Explicando a plurissignificação, portanto, sustenta Eros Grau a existência de um *sentido amplo* do termo "atividade econômica", que abarcaria todas as formas de atividade econômica. A atividade econômica em sentido amplo, por sua vez, estaria dividida em duas categorias, a saber, **(i)** os *serviços públicos*, que consistiriam nas atividades expressamente reservadas ao Estado pelo texto constitucional, aos quais caberia a disciplina legal do artigo 175¹⁴ da Constituição de 1988; e **(ii)** as *atividades econômicas em sentido estrito*, que abarcaria os setores destinados à iniciativa privada, podendo o Estado agir apenas em caso de interesse público e segurança nacional, conforme a disciplina dos artigos 170 e 173¹⁵ da Constituição Federal¹⁶.

A atuação legítima do Estado ficaria sujeita, portanto, às características específicas desses dois grupos de atividades econômicas distintas, representadas pelos *serviços públicos* e pelas *atividades econômicas em sentido estrito*. Aos serviços públicos aplicar-se-ia um regime jurídico típico de direito público, em que o Estado *atua* e exerce legitimamente suas *prerrogativas públicas*, eis que inexistente a competição na prestação desses serviços. Às atividades econômicas em sentido estrito, todavia, aplicar-se-ia o regime jurídico de direito privado (por ser a atividade econômica típica dos agentes privados), em que qualquer interação do Estado deve ser analisada sob a ótica da *intervenção*, não havendo, em regra, legitimidade para o Estado se sobrepor às regras de mercado (Direito Privado) na prestação dessas atividades econômicas em sentido estrito.

Para distinguir ambas espécies (serviço público em oposição à atividade econômica em sentido estrito) que compõem o mesmo gênero (atividade econômica em sentido amplo), Eros Grau apresenta um outro binômio: interesse coletivo x interesse social. Conforme leciona Eros Grau, "*este [interesse social] está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são auferidos no plano da sociedade civil, expressando*

¹⁴ Art. 175, CF: "*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.*"

¹⁵ Art. 173, CF: "*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.*"

¹⁶ GRAU, 2012

particularismos, interesses corporativos"¹⁷. Respectivamente, interesse social e interesse coletivo representariam a essência do serviço público e da atividade econômica em sentido estrito. É a partir da vinculação das atividades econômicas, ora com a *coesão social*, ora com os *interesses coletivos*, que poderíamos, segundo essa ótica material da Escola do Serviço Público, identificar quais são os *serviços públicos* e as *atividades econômicas em sentido estrito*, respectivamente.

Na leitura proposta por Eros Grau, os serviços públicos seriam essencialmente atividades de titularidade do Estado, em razão da relevância pública existente na consecução do interesse social, isto é, da coesão social aferida no plano da universalidade¹⁸. Por esta razão, os serviços públicos seriam integralmente detidos pelo Estado, sendo que a finalidade da prestação do serviço público seria o exercício da atividade em si mesma, haja vista a sua essencialidade. Ainda, mesmo no caso de serviços públicos delegados aos agentes privados, não caberia falar em competição entre esses agentes, eis que o *lucro* auferido na atividade seria apenas o meio para atingir a finalidade, que é a prestação do serviço.

As regras de mercado ficariam sujeitas à prestação eficiente e universalização do serviço público. Por fim, uma vez que o lucro não seria a finalidade da atividade, mas sim a prestação eficiente e universal do serviço público, não haveria justificativa para uma atuação em regime de competição. Por essa razão, o Estado poderia atuar sob regime jurídico distinto (privilegiado) em comparação aos particulares que prestam o mesmo serviço público, sob a forma de atividade regulada, se necessário fosse para a melhor organização e máxima eficiência do setor regulado. Nesse sentido, vale trazer à análise o voto do Ministro Ayres Britto¹⁹, fiel adepto da doutrina de Eros Grau, que bem sintetiza os efeitos da classificação das atividades econômicas enquanto serviços públicos:

Aqui [no serviço público] não se trata de concorrência; (...) não se trata de mercado. A atividade definida pela Constituição como de serviço público, e

¹⁷ GRAU, 2012, p. 124.

¹⁸ GRAU, 124. Ver, também, Juarez FREITAS: "*serviço público é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar publicista. (...) A essencialidade vincula, pois, os serviços e as pessoas que o prestam ao comando do princípio da preponderância teleológica do interesse público*" (Freitas, 1995, pp. 31-32,

¹⁹ Nesse sentido, ver o voto do Ministro Ayres Britto no Recurso Extraordinário nº 599.628 que, apesar de vencido, faz uma excelente análise e interpretação da estrutura jurídica aplicável aos serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, conforme a doutrina capitaneada por Eros Grau.

esse é o caso, é pré-excluída do mercado, quando o próprio setor público é que se encarrega da prestação do respectivo serviço. Não há lucro, o lucro é eventual, e não é o fim da atividade. (...)

O artigo 173 da Constituição não se aplica (...), porque o artigo 173 dispõe sobre atividade econômica do Estado, que se dá em caráter excepcional, porque a atividade é própria da iniciativa privada (...).²⁰

Na outra ponta, as atividades econômicas em sentido estrito estão vinculadas a particularidades e a interesses *coletivos* (mas não *sociais*, na expressão de Eros Grau) de menor abrangência no plano do Estado. Por isso mesmo, devem essas atividades de menor impacto na tessitura social ser realizadas sob a égide da concorrência e do Direito Privado, em função de nossa Constituição Federal instituir o primado do livre mercado e livre iniciativa.

O Estado, ao ingerir nessas atividades econômicas em sentido estrito, não pode utilizar-se de suas prerrogativas públicas em atentado à concorrência com os agentes privados, que realizam a mesma atividade. Igualmente, mesmo no caso de ser instituído o monopólio sobre atividades econômicas em sentido estrito, o Estado assim o faz em atendimento aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, mas não para prestar um serviço público a seus cidadãos. Por essa razão, mesmo nos setores monopolizados o Estado não poderia valer-se de suas prerrogativas públicas, relacionando-se com os agentes privados sobremaneira na forma do Direito Privado²¹.

²⁰ Esclarecimentos do Ministro Ayres Britto ao Voto do Ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, Eletronorte x Sondotécnica. 1º de dezembro de 2010, p. 191.

²¹ Novamente, Ayres Britto sintetiza com maestria os fundamentos jurídicos decorrentes do binômio serviço público x atividade econômica em sentido estrito, conforme a leitura de Eros Grau (Voto do Ministro Ayres Britto no Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, Eletronorte x Sondotécnica. 1º de dezembro de 2010, p. 169.):

"Aflora à inteligência que os órgãos e entidades da Administração Pública existem vocacionalmente para o desempenho de atividades públicas, nelas embutido aquilo que a doutrina e jurisprudência conceituam como serviço público. Tal desempenho corresponde ao comportamento normal ou à conduta-padrão de todo o setor público (do qual as empresas estatais fazem parte), pela consideração de que: a) '(...) a prestação de serviços públicos (...) incumbe ao Poder Público' (caput do art. 175 da Lei Maior); b) a protagonização empresarial de atividade econômica pelo Estado, se faz em caráter excepcional, seja porque o espaço das atividades produtivas já foi reservado pela Constituição aos particulares (parágrafo único do art. 173), seja porque o próprio caput do artigo constitucional de n. 173 deixa claro que não é típico do Poder Público atual enquanto empresário (...) Daí que, em se tratando de serviço público, a lei comum apenas tenha que instituir a empresa do Governo, a ela adjudicando diretamente o exercício da atividade. Sem a menor cogitação de disputa com a iniciativa privada, que não tem serviço público para oferecer à Administração. O Governo é que tem serviço público para ofertar à iniciativa privada, no plano do exercício, se não optar pela delegação a uma das suas empresas (...).

É razoável, contudo, a tese de que as empresas estatais de atividade puramente econômica se nivelem aos particulares, enquanto fontes supridoras das necessidades materiais do próprio Estado-administração-direta, Estado-autarquia, ou Estado-fundação, à face do que dispõe o parágrafo primeiro do art. 173 da Lei Maior, 'verbis':

Na moderna leitura da Escola do Serviço Público, novos elementos foram adicionados à prestação do serviço público. Entre eles, a *competitividade* e *eficiência* dos prestadores do serviço, que ganharam força com a adoção do modelo de agências para os setores sujeitos à regulação estatal. Em certo aspecto, a Escola do Serviço Público, de origem francesa, assimila parte da tradição norte americana de regulamentação dos serviços de utilidade pública (*public utility*), com a implantação de critérios como serviço pelo custo²², equilíbrio financeiro da concessão de serviço público, entre outros. Permanece válida, no entanto, todo o caráter público da atividade, conforme leciona a Escola do Serviço Público, a saber, a primazia do interesse público sobre o privado, da prestação continuada, generalidade e obrigatoriedade da organização e prestação do serviço, responsabilidade objetiva, modicidade tarifária e universalidade, sempre que for o caso da prestação de um serviço público.

Da exposição acima, podemos concluir que a doutrina administrativista tradicional apresenta conteúdo jurídico distinto às atividades reguladas, na medida em que atendem a um serviço público, em um plano de universalidade, ou a atividades econômicas em sentido estrito, em que a atividade tem impacto menor na tessitura social, quando comparado aos serviços públicos.

Ainda, percebemos que o Estado pode atuar isoladamente ou em conjunto em qualquer dos casos, seja em serviço público ou em atividade econômica em sentido estrito. Isso porque os serviços públicos são da própria essência do Estado, sendo este o responsável direto pela titularidade e execução dos serviços. Na hipótese de delegação a agentes privados, assim o faz para melhor atender às exigências do serviço público, e não para fomentar um regime de competição entre o setor público e o privado. No caso das atividades econômicas em sentido estrito, basta adicionar o sinal inverso e verificar que as atividades são típicas dos agentes privados, mas sujeitas à intervenção do Estado em razão de sua relevância à segurança nacional e ao interesse coletivo. Mesmo na hipótese de intervenção máxima estatal, que seria o monopólio, não estaria desvirtuado o caráter

A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias" (ênfases conforme o original)"

²² Conforme o artigo 9º de nossa lei de concessão e permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995): "A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato."

privado da atividade econômica, de modo que o Estado não poderia gozar ilegitimamente de prerrogativas que só lhe são permitidas quando atuando no atendimento de uma finalidade eminentemente pública. Todas essas características podem ser sintetizadas no quadro abaixo:²³

<i>Serviço Público</i>	<i>Atividade econômica em sentido estrito</i>
a. privilégio	a. monopólio
b. atuação, ainda em regime de privilégio, de mais de um concessionário ou permissionário do serviço	b. competição

Bem definidas as implicações jurídicas propostas pela Escola do Serviço Público na teorização da Ordem Econômica, que distingue as atividades econômicas em serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, a doutrina prossegue, então, a definir quais as atividades elencadas constitucionalmente como serviços públicos, e quais as atividades tipicamente econômicas, em seu sentido estrito. Tomando Eros Grau como exemplo, este indica os artigos 21, X, XI e XII; 25, §2º e art. 30, V da Constituição Federal como serviços públicos, "*pois é certo que a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público*"²⁴²⁵.

Nesse contexto, e nos focando especificamente em nosso objeto de estudo, podemos concluir que apenas o setor de energia elétrica se enquadra como serviço público, nos termos da concepção tradicional do direito administrativo:

Art. 21, CF. Compete à União:

(...)

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

(...)

²³ GRAU, 2004, p. 119

²⁴ GRAU, 2004, p. 121

²⁵ Na mesma esteira, ARAGÃO: "De forma mais específica, temos, sobretudo, o art. 175, que aborda os serviços públicos, sem se referir a nenhum deles especificamente, dispondo que são de titularidade do Estado, mas que podem ser prestados indiretamente por delegatários privados. **Também há dispositivos prevendo serviços públicos em espécie, conferindo-os seja à União (art. 21, X a XIII), aos Estados-membros (art. 25, §2º) ou aos Municípios (art. 30, V)**" (2007, p. 313).

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

Com efeito, ao setor de energia elétrica se aplicariam preponderantemente as regras de serviço público e princípios de direito administrativo, tais como o princípio da continuidade do serviço, impessoalidade, universalidade, modicidade tarifária e supremacia do interesse público sobre o privado.

O setor de petróleo & gás, mencionado na Constituição em seu artigo 177 não estaria classificado como serviço público. Em contrário, a sua definição expressa como *monopólio da União* tem por consequência a definição do setor enquanto atividade econômica em sentido estrito, em regime de monopólio.

Art. 177, CF. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

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; (...)

Por fim, o setor de mineração, a que a Constituição faz referência no artigo 176, tampouco seria serviço público e, muito menos, monopólio da União. Segundo a teoria clássica, portanto, ficariam as atividades de mineração classificadas como atividades econômicas em sentido estrito, em regime de competição entre os agentes privados (ressalvado o monopólio sobre minérios nucleares)²⁶:

Art. 176, CF. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Art. 177, CF. Constituem monopólio da União:

(...)

²⁶ "[A mineração] é atividade econômica industrial e extrativa. Não é serviço público, porque não deve ser executado pela Administração, mas por empresa brasileira, conforme preceitua a Constituição" (FREIRE, 2007, p.30).

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.

A mineração, contudo, não pode ser classificada como uma atividade privada típica, eis que as jazidas, em si, são de titularidade da União. Por essa (e outras) razão, existe uma forte e inegável presença estatal no setor minerário (havendo, inclusive, a imposição do Estado ao particular em promover o exercício compulsório do exercício da atividade de mineração²⁷) de forma que o melhor enquadramento do setor, seria sob a forma de uma atividade de natureza "quase privada".

Como consequência da atual estruturação teórica para os setores regulados, podemos apresentar o seguinte quadro para as áreas de nosso estudo:

Energia Elétrica	Serviço Público. Ampla atuação estatal sob o regime de Direito Público. Agentes delegados de serviço público sujeitos às regras de direito administrativo e princípios de direito público, entre outros, o da continuidade do serviço, da universalização e responsabilidade objetiva.
Petróleo & Gás	Atividade econômica em sentido estrito. Monopólio. Forte atuação estatal, porém em relação de direito privado com terceiros privados relacionados ao setor.
Mineração	Atividade econômica em sentido estrito. Competição. Atividade "quase-privada", no sentido de que existe regulação apenas enquanto o bem é de titularidade da União (contido na jazida mineral). Isto é, após a lavra, o particular passa a ser proprietário do bem mineral, cessando a regulação estatal. O Estado atua em regime de igualdade e

²⁷ "De resto, a atuação estatal ordenadora do processo econômico se manifesta de modo tão incisivo que, por vezes, não se limita o Estado a simplesmente impor a celebração coativa de contratos, mas define como compulsório o próprio exercício da atividade econômica. São os casos, exemplares, dos titulares de um privilégio de invenção ou de concessão para a exploração de jazida mineral, que deles serão despojados na hipótese de deixá-los sem exploração. Aí, na verdade, não se configura contratação coativa, mas exercício coativo de atividade econômica." (GRAU, 2004, p. 88)

competição entre os agentes privados. Baixa intervenção estatal e impossibilidade de conferir prerrogativas públicas aos agentes atuando em nome do Estado.

É importante frisar que, *a latere* da classificação constitucional das atividades econômicas entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, Eros Grau (e também a doutrina majoritária) admite a variação do conceito de serviço público no decorrer do tempo. Com efeito, Eros Grau é categórico ao mencionar que as atividades consideradas como serviço público e como atividades econômicas em sentido estrito variam de acordo com a passagem dos diversos contextos históricos, e conforme se alteram as forças conflitantes do trabalho e do capital²⁸²⁹.

A conceituação de serviço público conforme o viés histórico é de extrema pertinência para o entendimento da evolução dos marcos regulatórios setoriais, muito embora não seja dada verdadeira importância ao assunto. Como veremos abaixo, o foco excessivo em um rol taxativo de serviços públicos supostamente indicados na Constituição Federal (esquecendo-se do elemento espaço-temporal) tornou a teoria tradicional (Escola do Serviço Público) sobre a Ordem Econômica demasiada inerte, de modo a não mais retratar com fidelidade a atual conformação da ordem econômica e seus agentes públicos e privados.

²⁸ A simbologia do conflito entre trabalho e capital é marcante nos primeiros capítulos de *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, e está vinculada, certamente, ao momento em que o livro foi escrito, ainda em 1990, quando estavam presentes dois modelos conflitantes de Estado, o Liberal e o de Bem Estar Social. Atualmente, podemos substituir a dicotomia trabalho-capital por outra mais abrangente, do interesse público / interesse privado.

²⁹ GRAU, 2004.

III. NECESSIDADES REGULATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS

As necessidades regulatórias contemporâneas têm por premissa fundamental responder de forma satisfatória um novo problema típico da esfera pública moderna: "*como assegurar que direitos e garantias existentes apenas no plano ideal possam ser, em sua máxima extensão, realizadas no mundo concreto?*"³⁰.

Certos de que a ordem econômica tem fundamental relevância para a realização desses direitos abstratamente assegurados, podemos dizer com boa margem de segurança que qualquer resposta sugerida a essa indagação refletirá em uma solução de regulação econômica. Quer dizer, o Estado Moderno, desde sua concepção, não admite a "não-regulação", isto é, a assistematização econômica. Até mesmo a opção por não regular é uma decisão de natureza regulatória, eis que conscientemente instituída como modelo de organização social capaz de realizar direitos e garantias individuais e sociais.³¹

Sendo pressuposto do Estado Moderno, pois, tratar adequadamente de questões econômicas em vistas ao bem estar de seus cidadãos, o que varia com a mudança dos contextos políticos e sociais é tão somente a *forma* de regulação.

Em poucas linhas, apesar de serem tratados normalmente como antagônicos, os modelos de Estado Liberal e de Estado de Bem Estar social pautam-se sob as mesmas inovações, quais sejam, a afirmação do homem moderno e a afirmação das garantias individuais. São apenas respostas diferentes para um problema em comum, que exsurge dessas inovações, qual seja a dicotomia entre idealização – direitos individuais *in abstracto* - e concretização - direitos individuais *in*

³⁰ A indagação é decorrente do próprio desenvolvimento do Estado Moderno Ocidental, que teve como grande característica a inserção do *Homo oeconomicus* e seus interesses dentro de um espaço de discussão pública. Fala-se do Estado Moderno Ocidental, então, como a fase do antropocentrismo, do surgimento de direitos individuais ideais (*in abstracto*) e do interesse público em realizar ditos direitos ideais no mundo concreto (garantias individuais *in concreto*). Nesse contexto, o Estado Moderno diferencia-se de seus antecessores (Clássico e Medieval) justamente por possuir esse componente adicional, que é a busca sempre perpétua pela maximização do bem-estar da sociedade em um exercício de garantia concreta dos direitos e garantias abstratamente idealizados. Esta consciência de direitos é característica marcante do advento da modernidade. (ARENDRT, 2010)

³¹ Uma leitura acurada do trabalho de ARENDRT nos permite concluir que o pensamento preponderante durante o desenvolvimento da racionalidade moderna sempre foi a universalização de direitos individuais. Na concepção pré-moderna a inexistência desse ideal de universalização impediu com que o espaço público fosse capturado por uma gestão estatal (tipicamente moderna) que busca pelo desenvolvimento econômico a maximização do gozo dos direitos e garantias individuais. Não que a liberdade, a estabilidade financeira e a vida privada não fossem importantes para o homem pré-moderno, mas tais preocupações jamais tomaram o espaço de discussão na Ágora ou no Senado romano. (ARENDRT, 2010)

concreto. Na visão do liberal clássico, essa dicotomia é tênue, bastando ao Estado assegurar as condições mínimas de convivência social, para que os homens, autonomamente e por meio da propriedade e do trabalho, possam alcançar a vida digna. Por sua vez, a visão do Estado de Bem Estar Social funda-se na distância entre as garantias individuais *in concreto* e *in abstracto*, sendo função do Estado – ante a incapacidade do indivíduo *per se* – assegurar a concretização de direitos para todos os seus cidadãos.³²

E por haver a preocupação política sobre a atuação econômica, não se pode mais falar em não-intervenção pública na economia, ainda que o Estado atue de forma mínima. Esse denominador comum já foi notado recorrentes vezes, como, por exemplo, na lição de Carl Schmitt:

A não intervenção (...) nada mais é do que a intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro, mostrando-se novamente a simples verdade da frase, aparentemente, tão paradoxal pronunciada por Talleurand para a política externa: a não intervenção é um conceito difícil, significando aproximadamente o mesmo que a intervenção.³³

Estabelecido, portanto, que existe intervenção econômica sob qualquer espectro da atuação estatal moderna (não havendo, então, algo como a "não-intervenção plena"³⁴)³⁵, uma orientação ao nosso estudo seria identificar em que situação o Estado Brasileiro mais se amolda, se em uma orientação liberal ou se em uma orientação de bem-estar. Já iniciamos este trabalho de identificação dos pressupostos basilares de nossa Ordem Econômica no capítulo anterior, quando tratamos das premissas fundamentais instituídas pela Constituição de 1988.

³² A polaridade entre as ideias propostas por ambas linhas teóricas (Estado Liberal x Estado de Bem Estar) não decorre, contudo, da dicotomia *intervenção vs não-intervenção*, mas sim são reflexos unívocos da inserção da preocupação econômica no espaço público.

³³ *Apud* ARENDT, 2010, p. 84.

³⁴ "Embora nos últimos anos se tenha falado muito na profusão do "Estado Regulador" na América Latina, a atividade regulatória sempre esteve entre as atribuições do Estado [Moderno]. Em geral, a atividade regulatória ocorre de dois modos: diretamente, por meio do provimento de bens e serviços públicos pelo próprio Estado, via empresas estatais que atuam em setores de monopólios naturais ou não; ou a partir de sua própria estrutura tradicional, como ministérios ou órgãos a eles subordinados" (CRUZ, 2009, p. 54).

³⁵ Inspirados na lição de Carl Schmitt quando este afirma que a não intervenção significa aproximadamente o mesmo que a intervenção, somos forçados a concluir, então, que o conceito de intervenção econômica está arraigado à opção política de pensar economicamente, no espaço público. Assim, somente haveria a não intervenção econômica, em seu sentido mais puro, caso não houvesse nenhum interesse público relacionado ao agir econômico, isto é, caso não houvesse nenhuma instrumentalização da economia para quaisquer fins públicos, sejam qual forem.

Aqui podemos dar um passo adiante, e perceber que Estado brasileiro é figura intermediária entre o Estado Liberal Clássico e o Estado de Bem-Estar Social, fruto de uma experiência é lhe própria (mas não exclusiva), resultado de sua história política e econômica.

É assim, resultante, *grosso modo*, da insuficiência e falência dos modelos liberais e de bem-estar social no Brasil durante o século XX para a real concretização dos direitos individuais, que o Estado Brasileiro adota, hoje, a figura intermediária do Estado Regulador. O Estado Regulador, em seus fundamentos mais básicos, em nada é diferente dos modelos teóricos do Liberalismo e do Estado de Bem-Estar, que o antecederam e, de certa forma, não os substitui, pois fundamenta-se na mesma lógica de propiciar a máxima concretização de direitos e garantias individuais assegurados em plano abstrato.

Não se moldando aos modelos de Estado-mínimo e de Estado-máximo, o Estado Regulador toma para si o pressuposto de que o papel interventor estatal tem, sim, fundamento e pertinência, porém apenas em relação a determinadas atividades pontuais, que são entendidas como de essencial interesse público para a concretização de direitos e garantias individuais³⁶. Noutras palavras, o pressuposto do Estado Regulador (e também da *ratio* que irá pautar as necessidades regulatórias contemporâneas) é a compreensão da intervenção estatal como essencial para a efetivação de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que essa mesma intervenção fica restrita a serviços e atividades consideradas de interesse público. É esse o caso, por exemplo, da prestação de atividades típicas de Estado (como poder de polícia, tributação, etc.), bem como a regulação de determinadas atividades econômicas de grande relevância social.³⁷

³⁶ ARANHA, LOUREIRO, inédito.

³⁷ Essa aproximação brasileira ao modelo de Estado Regulador é bastante recente e, no plano federal, tem início na Constituição de 1988 e suas primeiras emendas. Em sua redação original, a Constituição de 1988 fazia bem lembrar um retrato de Estado brasileiro fortemente interventor, inovador em diversos direitos (principalmente de ordem social), a sugerir a conclusão de que o Estado Brasileiro, à época, tendia ao modelo de Estado de Bem-Estar Social. Não tardaria, contudo, a ser dado o início a uma significativa reforma estrutural do Estado, buscando reduzir a dívida pública, sanear as finanças de governo e retomar os investimentos e as atividades privadas, por meio de um *Programa Nacional de Desestatização* que fomentasse a transferência de atividades outrora controlados pelo Estado à iniciativa privada.

Nesse movimento de gradual abertura ao capital privado, além das medidas infra-constitucionais, é essencial fazermos menção às Emendas Constitucionais nºs 6 (revogou o artigo 171, que dispunha sobre normas protetivas às empresas brasileiras em relação às estrangeiras; revogou o artigo 170, IX, que consistia no tratamento privilegiado de empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; alterou o artigo 176, §1º que dispunha que somente empresas brasileiras de capital nacional poderiam efetuar a pesquisa, a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de

O modelo de Estado Regulador permitiu o gradual desvencilhamento do Estado às atividades econômicas e, concomitantemente, fez surgir a necessidade de regular-se o ingresso e exercício dos agentes privados em setores anteriormente de atuação praticamente exclusiva estatal. Isso porque, a necessidade de regular tornou-se essencial no momento em que o Estado abriu mão de executar diretamente as atividades econômica³⁸. Como consequência, foram inaugurados diversos braços da Administração Pública Indireta, sob a forma de agências reguladoras, cuja principal missão seria a de acompanhar normativamente o desenvolvimento de setores econômicos sujeitos ao interesse público. Em nossa análise, cumpre destacar as atuações da Agência Nacional de Energia Elétrica ("ANEEL"), da Agência Nacional do Petróleo ("ANP") e do Departamento Nacional de Produção Mineral³⁹ ("DNPM").

Conforme essa estrutura desenhada pelo Estado Regulado Brasileiro, portanto, a atuação legítima do Estado nos mercados regulados passa a existir em dois estágios. O primeiro estágio é político e governamental, representado pela forma clássica de atuação do Estado na economia, por decisões e políticas públicas exaradas dos poderes legislativo e executivo. O segundo estágio é o das agências reguladoras, em que a regulação tem por objetivo atender às demandas de tecnicidade, flexibilidade e presteza normalmente exigidas pelos mercados e que não são possíveis de atender pelo funcionamento regular da Administração Direta.

4041

energia), **8** (instituiu como competência da União, a possibilidade de concessão ou permissão de serviços de telecomunicação e cria um órgão regulador para o setor), **9** (conferiu uma nova redação ao artigo 177, alterando a estrutura de monopólio da União), além das Emendas Constitucionais nºs 19, 36 e 40, que vieram pouco depois desse primeiro momento de abertura.

³⁸ "As empresas [no sentido de "atividade econômica"] que saem do domínio estatal e passam a fazer parte do domínio privado não podem estar submetidas, exclusivamente, às livres decisões de seus administradores, motivadas unicamente pelas contingências econômicas. Devem, sim, estar em consonância com interesses que transcendem os meramente capitalistas. Por esse motivo, ao retirar da máquina estatal tais empresas, nasce a necessidade de regulá-las intensamente" (MENDES, 2000, p. 108).

³⁹ Cumpre esclarecer que o DNPM não possui a forma de uma agência reguladora, e mais, apenas assumiu a forma mais independente de uma Autarquia Pública em 1994. O fato de o DNPM ser uma autarquia está muito mais associado a uma desatualização do marco regulatório do setor de mineração (Castro, 2011) do que a alguma razão específica que o diferencie das agências reguladoras. Tanto assim o é, que o DNPM exerce a função de regulador do setor de mineração, além das mais recentes propostas de alteração do marco regulatório mineral fazerem menção à transformação do DNPM em ANM - Agência Nacional de Mineração (vide resumo disponibilizado pelo Ministério de Minas e Energia, em <http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/noticias/Agencia_nacional_de_mineracao.pdf>. Acesso em 13 Nov. 2012).

⁴⁰ "Dada a especificidade de cada setor regulado, a eficácia da influência pretendida pelos preceitos normativos é diretamente proporcional a sua sintonia com a linguagem falada no setor, ou

No plano concreto dos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração, percebemos hoje que a dinamicidade dos mercados, está, mais uma vez, a exigir modificações fundamentais de regulação.

Apenas para citar poucos exemplos, passamos simultaneamente nos últimos anos por discussões normativas cruciais, que abordam os próprios fundamentos das atividades de exploração energética e de mineração. Assim foi **(i)** a discussão do novo marco regulatório do petróleo brasileiro na camada do pré-sal; também **(ii)** a fundação do Novo Mercado de Energia Elétrica e, depois, do Novíssimo Mercado de Energia Elétrica⁴²; e mais recentemente **(iii)** a discussão da renovação das concessões do setor elétrico (Medida Provisória nº 579/2012) e **(iv)** a proposta de instituição de um novo marco regulatório para o setor de mineração. Todas essas discussões, sem exceção, geram grandes polêmicas, sendo questionados principalmente os efeitos e a legalidade das alterações regulatórias realizadas pelo Estado e/ou suas agências. E não poderia ser diferente.

Isso porque as previsões para a demanda energética e mineral brasileira são de pleno crescimento. Na mineração, novas tecnologias propiciam a lavra de minérios em concentrações cada vez mais reduzidas, a progressiva valorização dos preços das *commodities*⁴³ aumenta o tempo de vida de uma jazida de minério, ao tempo em que é crescente o número de agentes econômicos que ingressam no setor⁴⁵. No setor elétrico, as mais recentes previsões estimam um

seja, com a conformação e dinâmica setorial. A indução de comportamento na direção do interesse público em um complexo setor de atividades depende de visão abrangente sobre o passado do setor e sobre a sua forma específica de ser, algo somente possível de se exercitar por estruturas especializadas e estruturadas para a função de acompanhamento pari passu das alterações conjunturais" (In ARANHA, LOUREIRO, inédito, p.4).

⁴¹ Para nossos fins, não é relevante a característica de *independência* das agências reguladoras frente ao Estado, uma vez que se trata apenas de independência parcial, sendo inegável o diálogo (e as influências mútuas) entre Administração Direta e Agências Reguladoras para a consecução do interesse público. Em nosso caso específico, portanto, as necessidades regulatórias são analisadas em seu aspecto mais amplo, abrangendo os campos de atuação tanto das agências reguladoras, quanto do Estado em sua atuação clássica.

⁴² SCHIRATO, 2010.

⁴³ Conforme dados do Fundo Monetário Internacional, o preço pago pela tonelada métrica seca do minério de ferro subiu mais de 750% em dez anos, após vinte anos de relativa estabilidade do valor real do minério. (IMF *in* INDEX MUNDI. Disponível em <http://www.indexmundi.com/pt/pre%EF0s-de-mercado/?mercadoria=min%3%a9rio-de-ferro&meses=360>. Último acesso em 17.1.2011)

⁴⁴ Sem a inclusão de petróleo e gás, o valor da produção mineral comercializada (somatório do valor de venda dos produtos minerais comercializados durante o ano) evoluiu (a preços constantes de 2008) de US\$ 8,7 bilhões para US\$ 28,0 bilhões, no período 1980 a 2008, com crescimento à taxa de 4,3% a.a.. (BRASIL, 2009)

⁴⁵ Um recente estudo coordenado pelo Ministério de Minas e Energia traz as previsões de alteração do mercado minerário brasileiro: "*Com a estabilização da economia e a implementação continuada de reformas estruturais, a indústria mineral seguirá apropriando os seguintes benefícios:*

crescimento médio de 4,2% ao ano, sendo que, em dez anos, sairemos de um consumo de 500TWh para 773,8TWh, um acréscimo de quase dois bilhões de reais em receita⁴⁶. Por fim, a descoberta do petróleo na camada do pré-sal fez com que o Brasil se tornasse detentor de reservas em escala mundial de uma das *commodities* mais cobiçadas do globo.

Essa perspectiva de grande crescimento setorial a curto, médio e longo prazo gera a possibilidade de alavancar a economia brasileira como um todo. Nesse aspecto, há possibilidades das atividades em energia elétrica, petróleo & gás e mineração promoverem (i) o *desenvolvimento regional*, por serem responsáveis, muitas das vezes, pela interiorização de atividades econômicas (caso da mineração e energia hidráulica, sobremaneira), pois as fontes de riquezas encontram-se onde as condicionantes geológicas as formaram; (ii) a *geração de empregos e aperfeiçoamento da mão-de-obra local e regional*, pelo efeito multiplicador que atividades de grande impacto projetam em etapas subseqüentes de serviço e produção (para cada emprego direto da atividade extrativa, outros tantos indiretos são criados nas etapas posteriores); (iii) a *geração de desenvolvimento de outros setores da economia*, por serem fornecedores de insumos indispensáveis à viabilização desses; e (iv) *fontes de tributos*, pois, além dos tributos tradicionais, os setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração são responsáveis por outras receitas fiscais e parafiscais, especialmente os Royalties sobre a exploração de petróleo e sobre o aproveitamento hídrico, e a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – Cfem, sobre a exploração mineral.

Por outro lado, se mal gerida, a exploração de riquezas naturais atua em sentido oposto, reduzindo o crescimento econômico, acentuando diferenças interregionais, aumentando a disparidade de renda entre os cidadãos, acentuando a corrupção da Administração Pública, isto sem falar na potencial degradação do meio ambiente - modificação dos regimes hídricos, principalmente das águas subterrâneas; impactos sobre a fauna e a flora; poluição das águas superficiais e

acesso a novos mercados e novas tecnologias, atração de capital estrangeiro, reestruturações societárias, promoção e viabilização de novos projetos, além de verticalizações e integrações intersetoriais. Apesar da presente descontinuidade conjuntural, os setores de aço, ferro-ligas, metais não ferrosos, fertilizantes e cimento retomarão o processo de expansão. Da mesma forma, o setor agrícola continuará ampliando a sua demanda por fertilizantes e corretivo de solo, enquanto a geração e a recuperação de infra-estruturas econômicas e sociais intensificarão a demanda por materiais de construção." (Brasil, 2009, p.11)

⁴⁶ BRASIL, 2012, p. 38.

subterrâneas; alteração das qualidades do solo agrícola e geotécnico; poluição do ar; poluição sonora; poluição visual; etc.⁴⁷

Esta dualidade é natural da exploração de recursos naturais e é o fenômeno que explica a razão de existirem países desenvolvidos e ricos em recursos naturais, ao tempo que, concomitantemente, existem países pobres que não conseguem utilizar seus recursos naturais para fundar seu desenvolvimento. A razão da dualidade está umbilicalmente ligada à gestão de dois potenciais riscos gerados pela produção e geração abundante de *commodities*.

A primeira delas é o desincentivo ao desenvolvimento de atividades econômicas que não estejam vinculadas à exploração dos recursos naturais (vale, principalmente, para os setores de mineração e de petróleo & gás). Isto porque uma produção a baixos custos, combinado com a venda de *commodities* a preços elevados, proporciona a obtenção de lucro a taxas muito superiores ao que é normalmente percebido para um dado investimento em um outro setor econômico. Esse lucro elevado e fora da normalidade do mercado funciona como um fator de incentivo à indústria de *commodities* supervalorizadas, e como um desincentivo para qualquer outra atividade econômica. Um super desenvolvimento de uma indústria que se aproveita das receitas oriundas de *commodities* sobrevalorizadas acarreta apreciação cambial da moeda nacional, eis que o mercado interno vê-se inundado por dólares advindos da exploração de recursos naturais. A consequência é um duplo revés às demais atividades econômicas exercidas, que (i) perdem em competitividade e (ii) tem margens de lucros reduzidas, quando comparadas às empresas de mineração. Nesse contexto, ocorre a planificação das atividades econômicas e a desindustrialização, fenômenos popularmente conhecidos como *Doença Holandesa* ou, como também denominado, *Maldição dos Recursos Naturais*.

Em casos de recursos naturais não renováveis, como os recursos minerais e petrolíferos, há de se acrescentar, ainda, o impacto econômico e social negativo, quando se chega ao fim da exploração da jazida. No momento em que

⁴⁷ A legislação ambiental brasileira está alinhada com a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), possibilitando que a atividade de exploração de recursos naturais não seja conflituosa ao alcance do desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. Como este artigo tem preocupação especial com a interação regulatória intrínseca dos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, não abordaremos o viés ambiental da regulação setorial, que certamente é merecedora de trabalho próprio.

cessa a atividade de extração, por esgotamento da jazida, toda a economia dela dependente, finda também⁴⁸.

Para além do problema da Maldição dos Recursos Naturais, que deve ser uma preocupação sempre presente na regulação econômica, sobretudo quando tratamos da exploração de recursos naturais (e, mais ainda, no caso de recursos não-renováveis), verificamos no cenário nacional e mundial uma reestruturação política e econômica em torno dos interesses associados a mineração, energia elétrica e petróleo & gás. Explicamos, um a um.

Em relação ao mercado de energia elétrica, estamos diante de uma potencial alteração paradigmática fundamental: a de que existe um polo produtor e um polo consumidor de eletricidade. As chamadas "redes inteligentes" de energia elétrica (ou *smart grid*, em inglês) prometem ganhos de eficiência energética, automação e operação remota do sistema elétrico⁴⁹ e, principalmente, a inserção do consumidor na cadeia produtiva de energia elétrica. Imagina-se, então, a transformação da própria cadeia produtiva do setor elétrico, hoje fortemente centralizada em alguns poucos geradores, para um mercado completamente diluído, em que cada cidadão terá autonomia para produzir sua própria energia e vender o excesso ao mercado. Nesse novo ambiente, as distribuidoras não mais contariam com um mercado cativo e, à medida que o sistema elétrico aumentasse sua capilaridade, ficariam os consumidores (todos) livres para adquirir energia da melhor forma possível.

Mesmo de forma menos ousada (se admitirmos que nos falta insumo tecnológico, e não só regulatório, para a implantação do *smart grid*), não faltam questões polêmicas e dificuldades no atual modelo regulatório de energia elétrica, que afetam diretamente a vida de toda a sociedade. É o caso da discussão das renovações das concessões de energia elétrica; também o caso do ingresso de novas matrizes energéticas (eólica, solar, petróleo e derivados, biomassa, etc.), muitos deles de forma subvencionada, com o objetivo de tornar plural o fornecimento energético brasileiro; da ampliação do Ambiente de Contratação Livre ("ACL") e as diferenças de regulação quando comparado ao Ambiente de Contratação Regulada ("ACR"), dentre outros.

⁴⁸ "A second is the idea that natural resource exploitation has low potential for linkages, product upgrading, and economic spillovers in other sectors." SINNOTT, *et. al.*, 2010, p. 16.

⁴⁹ RIBEIRO, 2011, p. 3.

Em relação ao petróleo & gás natural, resgatamos no passado recente um pouco de sua função extra-econômica. Isso porque as discussões ensejadas pelo pré-sal serviram para a redescoberta da função social e desenvolvimentista da exploração do petróleo, já sendo observada a reinserção estatal de forma mais pró-ativa no setor, com o objetivo de aumentar a ingerência sobre os recursos provenientes do petróleo & gás e melhor alocá-los ao atendimento do interesse público⁵⁰.

Por sua vez, a regulação do setor de mineração não poderia estar mais em voga, no Brasil e no mundo. Primeiramente, porque as significativas elevações dos preços das *commodities* minerais provocaram um novo ciclo de crescimento do setor e, em paralelo, fizeram com que governos do mundo todo revisassem sua política regulatória⁵¹. Atualmente se discute no Brasil a criação de um novo marco regulatório, com a transformação do DNPM em agência reguladora, a elevação das alíquotas de Cfem cobradas do explorador, bem como a instituição de um novo modelo de concessão de direitos minerários que não o regime de prioridade de áreas⁵².

Para além dos ganhos econômicos provocados pelo atual elevado valor das *commodities* minerais, acrescentou-se em um passado muito recente o

⁵⁰ Em estudo elaborado pela Câmara dos Deputados, antes da elaboração dos projetos de lei relativos ao petróleo da camada do pré-sal (PLs nºs 5.938/2009, 5.939/2009, 5.940/2009 e 5.041/2009), já se fazia o alerta para o fato de que a abertura do setor de petróleo & gás ao capital privado tinha, por consequência, a limitação da atuação do estado no exercício de seu monopólio constitucional:

"A Lei nº 9.478 limita o exercício do monopólio estatal na exploração e produção de petróleo e gás natural, pois obriga a União a assinar contratos de concessão para a pesquisa e a lavra, sendo o produto dessa lavra propriedade do concessionário.

Com a sanção dessa Lei, pouco resta da visão dos Constituintes de 1988 acerca dos estratégicos recursos naturais que são o petróleo e o gás natural. Para resgatar parcialmente essa visão, sugere-se a alteração da Lei nº 9.478 de modo a estabelecer maiores receitas e maior controle da União sobre a exploração e produção, principalmente em áreas de grande potencial e baixo risco exploratório, como no pré-sal.

Essas receitas e esse controle poderiam ocorrer com a celebração de contratos de partilha de produção entre o governo e as empresas petrolíferas. Como a Petrobras foi desnacionalizada e, de certa forma, privatizada, seria oportuna a criação de uma empresa pública para representar a União nesses contratos." (LIMA, 2008).

⁵¹ Apenas para citar alguns poucos exemplos, os seguintes países alteraram em passado próximo, ou pretendem alterar suas legislações nacionais acerca do setor mineral: Moçambique, Peru, Filipinas, Tanzânia, Bolívia, Polônia, Guatemala e Indonésia. (Fontes diversas. Em especial, o Boletim Mineração em Revista nºs 1, 2 e 3 de Pinheiro Neto Advogados, preparados sob a coordenação de Adriano Trindade).

⁵² Ao interessado em realizar pesquisa mineral, cujo requerimento tenha por objeto área considerada livre, é dada prioridade na obtenção do respectivo título mineral. Em outras palavras, receberá os direitos minerários aquele que primeiro requerer ao DNPM a área livre. O conceito de área livre é determinado pelos Artigos 11 e 18, do Código de Mineração; 16 e 17, do Regulamento ao CM; e artigo 5º, do Decreto nº 3.358/2000.

fator político-estratégico na exploração dos recursos minerais, o que em passado recente era pouco considerado. Nesse sentido, vale notar o poder que a China detém por produzir e controlar cerca de 95% da oferta mundial de terras raras⁵³, insumos essenciais para a produção de aparelhos de alta tecnologia. Não por acaso, quando a China resolveu unilateralmente reduzir a exportação de terras raras, inúmeros foram os protestos perante a Organização Mundial do Comércio⁵⁴. O Brasil, pouco tempo depois, passou a anunciar significativas descobertas de jazidas de terras raras, quase que como uma reação do mercado (e também do governo), buscando reduzir sua dependência à oferta chinesa dos minérios. O mesmo fator estratégico também é aplicável, no Brasil, a minerais fertilizantes, como fósforo e potássio. O Brasil, por ser um dos maiores importadores de NPK (Nitrogênio, Fósforo e Potássio) do mundo⁵⁶, reconhece o fator estratégico para agricultura brasileira da produção de fertilizantes para atendimento do mercado interno⁵⁷.

⁵³ CARDOSO *et al*, 2012, p. 370

⁵⁴ "BRUXELAS, 13 MAR - A União Europeia, os Estados Unidos e o Japão pediram formalmente à Organização Mundial do Comércio (OMC) que resolvesse uma disputa com a China sobre a restrição de Pequim sobre exportações de matérias-primas, incluindo elementos de terras raras, essenciais para grandes indústrias." (Jornal O Estado de São Paulo, 13 Mar. 2012).

⁵⁵ "Em março de 2012, o órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio ("OMC"), determinou a eliminação das restrições e taxas impostas pela China sobre a exportação de bauxita, coque, fluorita, magnésio, manganês, carboneto de silício, silício metálico, fósforo amarelo e zinco. A decisão tomou por base reclamações dos Estados Unidos, da União Européia e do México.

Em síntese, a China justificava a imposição de restrições sobre a exportação de seus produtos alegando: (i) a soberania sobre os recursos naturais de seu território, especialmente por se tratar de recursos naturais não renováveis; (ii) a necessidade de diversificar sua economia e fomentar o desenvolvimento industrial, considerando sua condição de país em desenvolvimento; (iii) a adoção de medidas domésticas necessárias para proteger a saúde pública e evitar o desabastecimento interno dos produtos listados.

Apesar das diversas justificativas apresentadas pela China, o órgão de apelação da OMC entendeu que não deveria ser aplicada ao caso nenhuma das exceções temporárias previstas no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreements on Tariffs and Trade - GAAT), que expressamente proíbe que países membros da OMC restrinjam suas exportações, exceto em situações específicas. No tocante ao exercício da soberania sobre recursos naturais, a decisão da OMC apontou para a circunstância de que, ao aderir ao sistema da OMC, a China concordou em exercer sua soberania e administrar seus recursos naturais de forma consistente com suas obrigações segundo o sistema da OMC. Com base nesse entendimento, o órgão de apelação da OMC concluiu que as restrições impostas pela China sobre a exportação de bauxita, coque, fluorita, magnésio, manganês, carboneto de silício, silício metálico, fósforo amarelo e zinco violam as regras aplicáveis ao sistema da OMC.

A decisão representa um marco, sobretudo para países que integram o sistema da OMC e que, como a China, exportam substâncias minerais e desejam estabelecer restrições sobre tais exportações. Além disso, pela primeira vez, a OMC avaliou questões comerciais em face do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais.

Após a decisão, a União Européia, o Japão e os Estados Unidos iniciaram nova disputa na OMC contra a imposição pela China de restrições à exportação de terras raras, tungstênio e molibdênio, ainda pendente de decisão." (PNA, 2012)

⁵⁶ "O Brasil é o quarto maior consumidor de NPK, com 5,7% de participação mundial, após China, Índia e Estados Unidos, sendo dependente de importações para os principais insumos da cadeia de fertilizantes (...). O consumo de fertilizantes no Brasil, de 1998 a 2008, considerando o total de

Por fim, há ainda os casos de miscigenação dos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração, que acrescentam um toque de entropia à regulação dos três setores, que é eminentemente compartimentada. É o caso, por exemplo, da exploração de xisto betuminoso, que tem início de regulação no DNPM (quando se extrai o minério da rocha bruta) e culmina em regulação da ANP (quando do xisto extrai-se o óleo combustível de xisto). Também a inserção do petróleo & gás natural como insumos da matriz energética e que, portanto, passariam a desempenhar também uma função de "serviço público", entre tantas outras possibilidades de diálogo entre os três setores.

Em todas essas questões suscitadas acima, não existe espaço para mudanças pontuais ou experimentações tímidas. Dado o porte das atividades envolvidas, os empreendimentos de mineração, energia elétrica e petróleo & gás demandam capital intensivo e a longo prazo, na ordem de milhões e, não raro, bilhões de reais. De acordo, os impactos concretos da adoção de novas medidas regulatórias também serão significativos para o Estado, o setor privado, e a sociedade em geral.

Retomamos, então, o fio da meada para verificar como que a regulação econômica fundamentada na teoria administrativa tradicional de atuação estatal (serviços públicos x atividades econômicas em sentido estrito) se presta à solução dos problemas regulatórios contemporâneos.

De imediato, percebemos que a atual realidade/necessidade regulatória não se enquadra bem à teoria clássica da Ordem Econômica Brasileira. Como explicar, por exemplo, a inequívoca competição existente, hoje, no mercado de energia elétrica, sobretudo no ACL, e no mercado *spot* de energia, definidos ambos sob regras preponderantes de direito privado? Ainda, com a inserção do petróleo & gás natural como fontes de geração de energia elétrica, seria a atividade ainda um exercício estritamente econômico, ou também um serviço público? O que se falar, então, dos Sistemas Isolados de Energia Elétrica, no interior do Norte do país, em que são as termoelétricas as responsáveis pelo abastecimento de populações carentes? E sobre a mineração de recursos minerais estratégicos, seria mesmo o caso de uma atividade "quase-privada", em que o Estado teria pouca ou

vendas, teve um aumento de 70%. As importações necessárias para atender o consumo brasileiro de potássio, fosfato e enxofre, em valores monetários, atingiram US\$ 5,1 bilhões, em 2008, quando, em 2007, eram US\$ 1,8 bilhão e, em 2006, de US\$ 1,1 bilhão" (BRASIL, 2011, p. 46)

⁵⁷ Op. cit.

nenhuma ingerência a partir do momento em que o minerador se tornasse proprietário do produto da lavra?⁵⁸ Afinal, a expressão "*exploração no interesse nacional*" prevista no artigo 176 da Constituição Federal não afeta de nenhuma maneira o caráter supostamente *privado-em-essência* da mineração?

As dificuldades são várias, e as respostas desenvolvidas pela atual regulação setorial são uma verdadeira afronta aos pressupostos teóricos sobre a Ordem Econômica sugeridos pela Escola do Serviço Público: instituição de livre mercado na prestação dos serviços de energia elétrica, tratamento amplamente publicista da mineração e realização de serviços públicos por meio da exploração de petróleo & gás. A prática regulatória parece, simplesmente, ignorar a estrutura teórica formulada, como se nem mesmo existisse uma distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito capaz de orientar de forma clara as tendências regulatórias setoriais. Esse contra-senso entre teoria e prática regulatória já foi percebido pela doutrina administrativista tradicional, que fez transparecer suas reivindicações:

A normatização atual, de qualquer forma, introduziu no nosso sistema jurídico a prestação de serviços públicos sob duplo regime: o regime jurídico público e o regime jurídico privado. Ferem-se, assim, variados dispositivos da Constituição Federal. Explico: entendo que não poderia o legislador estatuir o denominado regime jurídico privado, o que vale dizer, o exercício de determinada atividade fora do regime jurídico de direito público, onde a Constituição determina que o mesmo seja prestado através do Serviço Público. **Nem se diga que a Constituição utiliza a técnica, notadamente no seu artigo 21, de não diferenciar gramaticalmente os denominados serviços públicos das nominadas atividades econômicas. Creio que a tradição doutrinária brasileira, principalmente pela produção de seus principais administrativistas, serviu até hoje, e continuará servindo, para fazer, ao menos casuisticamente, a diferenciação material e, sobretudo, formal daquilo que a Carta não diferenciou gramaticalmente.**⁵⁹ (grifos nossos)

Eis a apoteose, a essência do quadro normativo, proposto pela Escola do Serviço Público quando trabalha a ideia de Ordem Econômica brasileira. Excessivamente focados em um suposto rol taxativo de serviços públicos, quais sejam, os artigos 21, X, XI e XII; 25, §2º e art. 30, V da Constituição Federal como

⁵⁸ Uma leitura literal do artigo 176 da Constituição Federal nos leva a entender que a intervenção legítima estatal na atividade de mineração cessa a partir do momento em que o minerador torna-se proprietário do produto da lavra (o minério, já extraído da jazida). A partir daí, a comercialização seria de livre atuação do minerador, que poderia optar por beneficiar, exportar, importar ou descartar o minério segundo regras de livre mercado. (FREIRE, 2007).

⁵⁹ MOTA, 2003, p. XXIII

serviços públicos, "*pois [seria] certo que a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público*"⁶⁰, esquecem-se que essa mesma doutrina tradicional admite que as atividades de serviços públicos ou econômicas em sentido estrito só são assim classificadas por um curto espaço de tempo, estando sujeitas a oscilações no decorrer da história, de acordo com um conjunto infinito de variáveis políticas, sociais, econômicas e culturais. Ou, como prefere indicar Eros Grau:

Evidentemente, a ampliação ou retratação de um ou outro desses campos [*serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, explica-se*] será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é (...) 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.⁶¹

Ainda, mesmo essa certeza constitucional (de que a Constituição encerra todos os elementos que permitem a identificação de serviços públicos) é de cunho bastante duvidoso, quando percebemos que, em nenhum momento, a Constituição define expressamente qualquer das atividades reguladas como *serviços públicos* (certamente existe a definição no plano da legislação ordinária, mas não há vinculação constitucional). Pior, quando existe a expressão *serviço público* no texto constitucional (arts. X e X) ela não se refere a nenhuma atividade de titularidade do Estado, eis que a única atividade constitucionalmente associada direta e expressamente à expressão *serviço público* é a área da saúde (Arts. 34, inc. V, "e"; 167, inc. IV; e Seção II, CF)⁶².

Mas, nos diria MOTA desmerecendo a crítica acima, essa é uma interpretação pobre, gramatical, do texto constitucional que, não obstante ser

⁶⁰ GRAU, 2012, p. 121

⁶¹ GRAU, 2012, p. 107

⁶² Na redação original da Constituição de 1988, os serviços de telecomunicações estavam indicados expressamente como serviços públicos de execução integral pelo Estado, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle do Estado (art. 21, CF, [Compete à União] "*explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.*" A expressão foi retirada pela Emenda Constitucional nº 8/1995, que possibilitou a abertura do setor ao capital privado de maneira muito semelhante ao ocorrido no setor de Petróleo e Gás com a EC nº 9 do mesmo ano.

omisso, manteria sim os fundamentos para distinção entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. E os fundamentos para essa sólida distinção dos serviços públicos brasileiros seria "*a tradição doutrinária brasileira*"⁶³, que sempre se pôs à disposição do ordenamento jurídico brasileiro para *identificar materialmente* os serviços públicos que a Constituição não afirmou expressamente, ainda que essa identificação material fosse feita, ao menos, *casuisticamente*.

Concessa maxima venia, não é admissível na mais elementar hermenêutica constitucional contemporânea que o conteúdo constitucional seja definido por um grupo seletivo de pensadores que, não obstante o elevado grau de seus estudos, não podem ser intitulados definidores da Ordem Econômica brasileira, sob pena de nosso discurso jurídico reduzir-se a argumentos de autoridade.

Ainda que houvesse papel por parte da doutrina em definir o conteúdo dos serviços públicos, como ela se manifestaria? Quais os elementos que nos permitiriam identificar uma *coesão social auferida no plano da universalidade* e um *interesse coletivo auferido no plano da sociedade civil*? Haveria diferenças entre esses dois tipos de interesses a ponto de ensejar setores completamente distintos uns dos outros, sujeitos a regulações igualmente distintas?

A identificação do serviço público (sobretudo segundo a percepção da *coesão social*) poderia ser realizada em três patamares distintos.

(a) A natureza de serviço público como uma característica intrínseca: nesse caso, como se manifestaria a natureza jurídica, senão pelo olhar do observador? O que poderia ser feito quando houvesse um descompasso entre a "natureza" intrínseca da atividade e o correspondente regime jurídico? Poderia-se caracterizar equivocada a regulação setorial simplesmente porque um determinado intérprete julga haver um "equivoco" legal na caracterização da atividade econômica?

(b) O serviço público definido formalmente, pelo legislador: aqui, temos ao menos uma afirmação formal de serviço público que pode (ou não) se adequar à realidade prática da atividade econômica. Todavia, ignora-se o elemento "mutabilidade histórica" que necessariamente afeta a percepção social sobre a atuação estatal na Ordem Econômica. A definição formal de serviços públicos é autoritária, artificial, e dado a grande rapidez das mudanças setoriais, ficaria rapidamente defasada.

(c) O serviço público definido casuisticamente, pelo intérprete: talvez essa seja, concomitantemente, a melhor e a pior forma de caracterização do

⁶³ MOTA, 2003, p. XXIII

serviço público. O intérprete está aberto às vicissitudes sociais e às mudanças históricas que afetam a relevância das atividades econômicas, e poderia acompanhar as mudanças que fizessem surgir verdadeiros serviços públicos. Por outro lado, a validade da distinção feita pelo intérprete no plano jurídico-abstrato é nula por excelência, pois o entendimento do observador (por mais bem fundamentado que seja) não possui *per se* força de elemento ordenador do direito positivo.

A infeliz conclusão a que chegamos é que a teoria tradicional de direito administrativo, na forma da Escola do Serviço Público, não é capaz de explicar juridicamente a atual conformação dos setores regulados. Por esse mesmo motivo, suas soluções para as necessidades regulatórias contemporâneas são defasadas e incompletas, não satisfazendo à crescente complexificação dos setores regulados que, não raro, interconectam-se e fundem-se em atividades econômicas inteiramente novas.

O que são, então, e para que serve o conceito de serviço público?

O conceito de serviço enquanto atividade "indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social", enquanto atividade que se sujeita a um maior controle estatal, onde imperam as prerrogativas públicas ainda é válido na análise pontual e factual das atividades econômicas. Assim, o campo de atuação por excelência da dicotomia *serviço público x atividade econômica em sentido estrito* é a discussão do caso-a-caso. Pela análise pontual é possível (i) analisar a ocorrência do serviço público para um case específico e, ainda, (ii) determinar um agente legítimo para fazer sua interpretação valer no plano *jurídico*, vinculante entre as partes⁶⁴⁶⁵.

⁶⁴ Vê-se, pois, que os problemas interpretativos indicados em (a) e (c) acima ficam superados quando a análise da existência de serviço público é realizada casuisticamente, observando elementos de fato e de direito. Tomamos, por exemplo, a análise realizada pelo Judiciário: a força constitucional que detém o Juiz em fazer valer, juridicamente, sua decisão proferida, torna-o um intérprete especial da constituição (diferentemente dos doutrinadores e outros estudiosos), sendo que sua decisão tem força para reverberar nas disputas concretas envolvendo a regulação setorial.

⁶⁵ Ainda tendo o Judiciário como exemplo da análise concreta, não por acaso, podemos observar que o Supremo Tribunal Federal faz uso da dicotomia *serviço público x atividade econômica em sentido estrito* ao estudar as demandas que lhe são submetidas, aplicando prerrogativas públicas independentemente do setor econômico em estudo, desde que presentes os elementos indicativos de serviço público no caso concreto. É assim, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal estendeu o regime de pagamento por precatórios (prerrogativa típica da Administração Direta e suas Autarquias) a uma Sociedade Anônima (de direito privado), por entender haver a prestação de um serviço público (Recurso Extraordinário com Agravo nº 698.357/RS), ao mesmo em que negou a mesma prerrogativa pública à Eletronorte, empresa estatal prestadora de serviços de energia elétrica, por entender que o fornecimento de energia elétrica no Sistema Integrado Nacional é realizado em regime de competição, não sendo mais cabíveis prerrogativas típicas de serviço público (Recurso Extraordinário nº 599.628/DF).

Não estamos aqui, contudo, a tratar da regulação setorial em seus casuísmos. A Escola do Serviços Público não nos é útil no plano abstrato, e permanece a indagação de porque as regulações setoriais de energia elétrica, petróleo & gás e mineração são tão distintas. Seriam distintas em razão do simples fato de possuírem necessidades técnicas diferentes?

Se observarmos bem, no início do século XX, a regulação desses três setores era idêntica do ponto de vista jurídico. Talvez se acompanharmos os motivos da especialização regulatória no passar do tempo, consigamos expressar uma resposta satisfatória às diferenciações normativas que moldaram os hoje existentes setores regulados de energia elétrica, petróleo & gás e mineração.

IV. UM OLHAR AO PASSADO. NASCIMENTO E ESPECIALIZAÇÃO DOS TRÊS IRMÃOS

A apresentação de uma retrospectiva completa da história normativa dos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás é, por si só, um desafio hercúleo, digno de um estudo próprio. Se notarmos, inclusive, que a mineração acompanha a própria história das sociedades, facilmente constataremos que a exploração de recursos naturais por diversas vezes esteve sob a atenção da esfera pública, atravessou até mesmo distintos modelos de Estado e normatização.

Nosso propósito em realizar um estudo histórico, contudo, não é traçar um panorama do desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos setoriais. A nós interessa o fato de que, no Brasil do início do século XX, tivemos a oportunidade de vivenciar uma única estrutura regulatória vinculante a todos os setores regulados de nosso estudo, isto é, petróleo & gás, energia elétrica e mineração sob mesmos institutos e fundamentos jurídicos, ressalvadas as suas diferenciações técnicas. Não obstante essa unicidade inicial, cada um dos três setores desenvolveu-se a seus próprios passos, uns mais abruptos, outros mais graduais, culminando nos atuais três modelos regulatórios distintos e independentes. Este estudo histórico, portanto, tem por objetivo identificar os motivos por trás dessas transformações e especializações. É, portanto, uma história abreviada e *interessada*, em contraposição a uma descrição histórica de maior plenitude que certamente descreveria com mais propriedade todas as etapas de desenvolvimento normativo para cada um dos setores regulados.

IV.1. A República e a Federalização das Atividades de Mineração e Energia Elétrica (1889-1934)

O ponto de partida é o processo de uniformização regulatória vivenciada pelos setores de energia elétrica e de mineração⁶⁶ nos três primeiros decênios do século XX. Vejamos.

⁶⁶ Como veremos adiante, uma normatização específica para o petróleo & gás virá somente mais recentemente, a partir de 1938. Até esse momento, os poucos e pontuais casos de exploração de hidrocarbonetos seriam regulados de forma idêntica aos recursos minerais (LOUREIRO, 2011a, p. 36)

Nesse primeiro momento, temos uma Constituição (de 1891) que não traz dispositivos específicos sobre a Ordem Econômica⁶⁷ e que não adiciona às atividades de energia elétrica e mineração, *per se*, a qualidade de serviço público ou monopólio, atividade pública ou privada. Em paralelo, a doutrina constitucional e administrativa desse período ocupava-se longamente desse mesmo assunto, influenciada por uma rica e complexa gama experiências jurídicas, oriundas sobretudo do pensamento francês e norte-americano⁶⁸⁶⁹.

Como consequência da variedade de experiências de direito administrativo tratando o assunto "interesse público" e "serviço público", bem como em decorrência da novidade que era a atuação do Estado Republicano em assuntos econômicos, não tardou para construirmos um primeiro panorama doutrinário extremamente complexo e assistemático. O ecletismo do pensamento doutrinário

⁶⁷ A afirmação é apenas parcial, no sentido de não haver uma seção constitucional específica para tratar da Ordem Econômica. De certa forma, a divisão federativa de competências pode ser compreendida como uma primeira forma de apresentação da relação Estado/economia. Na Constituição de 1891, contudo, o foco principal está na construção do modelo federativo brasileiro e, por essa razão, fez-se necessária indicar as competências (inclusive de atuação econômica) de cada um dos entes federados. Essa estrutura (de instituir dispositivos de incidência econômica na parte relativa à estrutura federativa) irá permanecer nas Constituições brasileiras seguintes, acrescentando-se dispositivos específicos à principiologia jurídica da Ordem Econômica. (Vide LOUREIRO, 2011)

⁶⁸ LOUREIRO (2011, p. 56) nos traz um excelente panorama a respeito das várias linhas teóricas que influenciaram as respostas ecléticas de administrativistas e constitucionalistas brasileiros nessa primeira fase objeto de estudo: "*Assim, por exemplo — e generalizando ao máximo, correndo o risco da simplificação grosseira —, o direito norte-americano intensificou e potencializou antigas doutrinas da common law que, em certos casos, asseguravam ao Estado um poder de polícia tonificado, que desaguava em diferentes formas de regulação “invasiva” (para os padrões liberais), como aquela concorrencial (de aplicação geral) e outra (de aplicação especial), incidente em algumas atividades econômicas particularmente sensíveis do ponto de vista social e que, contemporaneamente, apresentavam certas disfunções (estruturais ou conjunturais). De regra, a resposta norte-americana não consistia em “publicizar” a atividade econômica em questão, mas em submetê-la a uma disciplina jurídica peculiar, que incluía controle de preços, padrões do serviço e fiscalização estrita e abrangente, realizada por entidades dotadas de poderes normativos, fiscalizatórios e quase jurisdicionais (as agências): era o modelo da regulation of public utilities, em desenvolvimento intenso desdeo final do século XIX.*

Por seu turno, o direito administrativo francês seguiu outra via bem mais intervencionista — mais consentânea com práticas, concepções e figuras herdadas de contextos que apreciam diferentemente a relação Estado/indivíduo. Também de modo muito simplificado, a resposta aqui foi na direção de considerar certas atividades econômicas como competências públicas. Certamente: são competências públicas realizadas de variadíssimos modos, e sem uma rejeição a priori da presença dos indivíduos no desempenho destas tarefas (os “tradicionais habitantes” do mundo econômico); em alguns casos — em muitos — esta “publicização”, inclusive, não vai além de uma operação virtual que justifica soluções muito semelhantes àquela do direito norte-americano (mais poderes normativos, de fiscalização e controle etc.). Mas é inegável o potencial expansivo das prerrogativas públicas num modelo que enfrenta o problema incrementando qualitativamente (e não apenas quantitativamente, como faz o direito norte-americano) o rol das funções estatais.” (grifos do autor).

⁶⁹ LOUREIRO, 2011, p. 49.

exteriorizava-se, inclusive, sob o aspecto da linguagem jurídica, como bem observa LOUREIRO:

(...) no plano linguístico, a variedade é a nota característica: “serviço público”, “serviço de utilidade pública”, “monopólio”, “serviço público monopolizado”, “serviços industriais e econômicos do Estado”, entre outras, são expressões empregadas profusamente e sem preciso sentido em nossos autores. As tentativas de ordenar os modos e formas de presença estatal na economia — existentes — não conseguiram evitar o empirismo e o caráter tópico das soluções e figuras utilizadas pela doutrina: as relações do Estado com determinados agentes econômicos são reguladas por “concessão”, “acordo”, “pacto”, “concessão de privilégio”, “concessão-subvenção”, “arrendamento”, “contrato de concessão e juros”, “concessão de favores de qualquer espécie” etc. Falava-se também de “concessão de monopólio”, “serviços públicos monopolizados concedidos” e *cosí via* (infra).⁷⁰

Dentro desse panorama, as interações entre agentes públicos e privados nos setores de mineração e energia elétrica eram completamente diversos. Na mineração imperava o *regime da acessão* (a propriedade "do céu ao inferno") em que o proprietário do solo estendia sua propriedade também para os recursos minerais existentes no subsolo:

Constituição de 1891, art. 72, § 17: O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

A regra era a da descentralização da propriedade dos recursos naturais, que seriam de particulares ou entes públicos caso tratassem-se de terras privadas ou públicas, respectivamente. Ainda, as jazidas poderiam ser federais ou estaduais, a depender do ente proprietário de terras públicas. A competência da União para legislar sobre o setor restringia-se às áreas de sua propriedade⁷¹, com exceção das limitações estabelecidas por lei.

Em matéria infra-constitucional, a legislação do Código Civil de 1916 seguia a mesma regra esboçada na Constituição, detalhando os fundamentos jurídicos a autorizar o regime de acessão...

⁷⁰ LOUREIRO, 2011, p. 57.

⁷¹ Constituição de 1891, Art. 34: Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) §29º legislar sobre terras e minas de propriedade da União;

CC, 1916, Art. 58. Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal.

CC, 1916, Art. 61. São acessórios do solo:

II. Os minerais contidos no subsolo.

... mas trazia, também, as "limitações estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria [mineração]" que bem demonstravam que o caráter acessório não vinculava o subsolo ao solo de maneira insuperável:

CC, 1916, Art. 526: A propriedade do sólo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, uteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário oppor-se a trabalhos que sejam compreendidos a uma altura ou profundidade taes, que não tenha elle interesse algum em impedil-os. (sic) (grifos nossos).

Além disso, a legislação infraconstitucional admitia que terceiros estranhos à propriedade do solo se tornassem proprietários das jazidas, ou até mesmo que as jazidas fossem hipotecadas independentemente dos direitos de superfície:

CC, 1916, Art. 528. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem.

CC, 1916, Art. 810. Podem ser objeto de hipoteca: (...)

VI. As minas e pedreiras, independentemente do solo onde se acham.

Mais importante, a legislação infraconstitucional conferia à mineração o seu caráter *público* (peculiaridade ausente de forma expressa no texto constitucional) e permitia ao Estado desapropriar minas/jazidas privadas, se esta fosse a melhor alternativa para o desenvolvimento da indústria mineira:

Art. 590. Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

(...)

§ 2º Consideram-se casos de utilidade pública:

I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública.

II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e em geral, de quaisquer vias públicas.

- III. A construção de obras, ou estabelecimento, destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene.
- IV. A exploração de minas.

As legislações específicas do setor de mineração, o Decreto n. 2.933, de 06 de janeiro de 1915 ("Lei Calógeras") e o Decreto nº 15.211, de 28 de dezembro de 1921 ("Lei Simões Lopes") declaravam, regra geral, o regime de acessão e distinguiam normatizações específicas conforme fosse o caso de minas inseridas em domínio público ou privado. Para os casos de minas públicas, a União poderia exercer a atividade de mineração diretamente, ou por terceiro interessado⁷², sendo livre a pesquisa mineral mediante outorga de licença⁷³ e dependente de concessão a lavra da jazida⁷⁴.

O aspecto mais importante dessa legislação específica, contudo, é notar que, por meio das inovações trazidas pela Lei Calógeras e, posteriormente, pela Lei Simões Lopes, haverá uma gradual publicização das minas privadas, em um claro movimento de centralização normativa sob a batuta da União Federal⁷⁵. Fazemos um breve panorama das limitações públicas acrescentadas paulatinamente às minas privadas:

I. LEI CALÓGERAS:

(i) Se terceiro pesquisador que de boa fé pesquisar e encontrar uma jazida mineral em propriedade de particular, torna-se, então, condômino da mina em partes iguais com o proprietário do solo ("Art. 14. Si, independentemente do consentimento do proprietario do sólo, fôr procurada e descoberta uma mina em suas terras, ao mesmo e ao inventor ficará esta mina pertencendo em partes iguaes, si o inventor tiver feito as pesquisas de boa fé, por não saber ser do dominio privado a propriedade estudada, ou por erro quanto á pessoa do proprietario.");

⁷² Lei Calógeras, art. 37; e Lei Simões Lopes, art. 33

⁷³ Lei Calógeras, art. 38; e Lei Simões Lopes, art. 50

⁷⁴ Lei Calógeras, art. XX; e Lei Simões Lopes, art. 90

⁷⁵ BERCOVICI (2011, p.80-81) traz um breve panorama sobre o sentimento originado no início do século XX, no Brasil, de que deveria haver um melhor tratamento público para a questão da mineração: "*Pandiá Calógeras, em seu clássico estudo sobre a legislação minerária brasileira, criticou a profunda indiferença existente no país sobre o problema da indústria mineral. (...) O ferro estará no centro do debate sobre a exploração de recursos minerais no Brasil. Calógeras já havia destacado a importância do ferro como base de toda a indústria: quem possui ferro e pode produzi-lo está apto a todos os empreendimentos. Deste modo, Calógeras entende que o Estado deveria incentivar a iniciativa privada e promover a siderurgia no Brasil, substituindo os fornecedores estrangeiros. O Estado também deveria garantir mercado ao produto siderúrgico nacional, por meio de uma política de compras públicas, além de políticas tarifária, tributária, cambial, de transporte, de formação de pessoal e de atração de capital estrangeiro.*"

(ii) Caso um proprietário de solo recuse a terceiro interessado a realização de pesquisa mineral, poderá esse terceiro requerer a desapropriação das terras (*"Art. 17. Si o proprietario do sólo recusar seu consentimento para que se effectuem pesquisas em suas terras, fica reconhecido ao pretendente á pesquisa o direito de desapropriar as terras na fórma da legislação vigente."*); e

(iii) Se qualquer condômino proprietário recusar-se a lavrar uma jazida descoberta, poderá o outro, isoladamente, exercer o direito de lavra, assegurada a remuneração dos condôminos na mina. (*"Art. 16, 2º Si o inventor ou o proprietario do sólo, isoladamente, quizer lavrar a mina, a remuneração daquelle que não participar nos trabalhos da lavra será a mencionada no contracto, e, em falta deste, se entenderá que é de 2 % do lucro liquido deixado pelo meneio da mina."*).⁷⁶

II. LEI SIMÕES LOPES:

(i) Necessidade de registro público para a validade jurídica das minas privadas (*"Arts. 46. Pesquisada a mina pelo proprietario do sólo espontaneamente, sem ter sido obrigado ao manifesto, poderá este inscrevel-a no «Rol das Minas», do Ministerio da Agricultura, Industria e Commercio, indicando a sua denominação e caracteristicos, a saber: a, situação exacta da mina, a extensão approximada e a qualidade do minerio, sendo sempre preferivel que a comunicação seja acompanhada de plantas e amostras sufficientes para analyses e ensaios."*);

(ii) Exercício compulsório das atividades de lavra nas minas privadas. O proprietário do manifesto de mina deve dar início à lavra no prazo de um ano, sob pena da mina ser colocada em "disponibilidade" a terceiros; (*"Art. 46. §3º. Si, ao cabo de um anno, não tiver o proprietario iniciado a lavra por motivo de força maior, que justifique perante o Ministerio da Agricultura, Industria e Commercio, poderá este conceder-lhe a dilação improrogavel de um anno.; e § 4º Decorrido este ultimo prazo, ou antes, si o proprietario declarar que não quer effectuar a lavra, será transcripta essa nota no livro do arrolamento, e a mina será considerada em disponibilidade para outros que a solicitem."*)

(iii) Elaboração de pesquisa em propriedades privadas, contra a vontade do proprietário do solo (*"Art. 40 § 2º Não consentindo nas pesquisas pelo manifestante, o proprietario, poderá fazer, perante o Juiz competente, o seu manifesto e registro do descoberto, de accôrdo com o paragrapho unico do art. 26 deste Regulamento, com a declaração expressa de que se obriga a executar as pesquisas*

⁷⁶ Apesar das importantes reduções de liberdade no trato das minas privadas, a Lei Calógeras nunca foi executada, justamente por receber questionamentos sobre sua constitucionalidade no tocante ao regime jurídico de propriedade. (BERCOVICI, 2011).

dentro do prazo de um anno; e § 3º Terminado o prazo de um anno sem que as pesquisas tenham sido feitas pelo proprietario, ou si este declarar desde logo que não quer fazer as pesquisas, o Juiz competente, a requerimento do manifestante, deverá revalidar o registro do manifesto deste, fixando-lhe novo prazo de um anno, e tornando effectiva a licença para pesquisas.").

As alterações introduzidas pela Lei Calógeras e pela Lei Simões Lopes reduziram significativamente a "autonomia" das minas privadas em relação à regulação existente para as minas públicas, no sentido de não aplicação das leis federais e estaduais sobre a matéria. Ainda, por serem leis federais, a Lei Calógeras e a Lei Simões Lopes suprimiam parte da autonomia das minas privadas em benefício de regulação federal.

Em tema de energia elétrica, a Constituição de 1891 imprimiu regulação inicialmente distinta, quando comparamos ao setor de mineração. A atuação no setor elétrico era em nível local, descentralizado e desvinculado da União. Seguiu basicamente o art. 68 da Constituição de 1891, que conferia às municipalidades a autonomia necessária para tratar de temas relativos a seu "peculiar interesse".

Para a época, é possível fazer um esboço do perfil de investimentos no setor energético, que se dividiam em (i) produção para fornecimento de energia para os novos serviços prestados pelos entes públicos (surgiam os primeiros bondes elétricos nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, e a iluminação pública a querosene dava espaço à iluminação por bulbos elétricos), bem como (ii) autoprodução, capitaneada por pessoas físicas, para o abastecimento elétrico de suas próprias indústrias.⁷⁷

A energia elétrica nascia como componente essencial para melhoramentos urbanos e energia elétrica era considerada de interesse local. Segundo WALTERBERG⁷⁸, no Congresso Nacional à época era possível observar várias manifestações contra a existência de uma lei federal tratando de energia elétrica, na medida em que era considerado assunto que devia ser deixado aos

⁷⁷ A observação é de SANCHES (2011, p.71), ao comentar a chegada da primeira usina hidroelétrica em Juiz de Fora, Minas Gerais, para abastecimento da indústria têxtil de Bernardo Mascarenhas.

⁷⁸ WALTERBERG, 2000, p. 354

cuidados dos Municípios⁷⁹. Por consequência, o regime jurídico originário da indústria de energia elétrica no Brasil deve ser identificado nos contratos municipais.

A regulação inicial de energia elétrica seguia os tradicionais contratos celebrados pelos municípios para a prestação de seus serviços. Isso porque a energia elétrica realizava no Brasil uma substituição de serviços que já eram, anteriormente, conhecidos da administração pública, como eram os casos das contratações para iluminação pública a óleo e bondes de tração animal.

Muito embora a influência dessa tradição contratual brasileira não seja negligenciável, na medida em que foi adaptada para o novo contexto da energia elétrica, as primeiras grandes mudanças no tratamento regulatório vieram da experiência estrangeira, sobretudo com a chegada da Light no mercado de energia elétrica brasileira. Considerando o seu poder econômico e o já estruturado conhecimento a respeito das práticas regulatórias dos Estados Unidos, não tardaria para a Light buscar implementar as mesmas práticas vivenciadas lá fora, claro que sob a ótica mais favorável ao empreendedor.⁸⁰

Os contratos, *grosso modo*, eram municipais e formados, invariavelmente, pela provocação dos empresários interessados em explorar a atividade. Preponderava a natureza jurídica do regime civilista (até mesmo porque a matéria carecia de tratamento constitucional ou, até, federal) de forma a dificultar a intervenção estatal. O objeto do contrato, contudo, não raro envolvia a cessão de uso de espaços públicos, normalmente em caráter de exclusividade, o que era alvo de fortes críticas, como se o governo estivesse concedendo a um particular um privilégio não justificado. As críticas ao modelo de contratação municipal com cláusulas que permitiam ao empreendedor o exercício de um monopólio privado, bem como a ampliação e difusão dos serviços dependentes de energia elétrica não tardariam para acentuar a importância pública do setor de energia elétrica, o que sugeriu a necessidade de uma maior intervenção do Estado na atividade.

A União Federal, portanto, passou a interessar-se pela atividade de energia elétrica na medida em que o setor ganhava em proporção e importância. Seu ingresso no setor deu-se pelo uso do potencial hidráulico para a geração de

⁷⁹ Não é difícil identificar o motivo de a energia elétrica ter nascido no bojo do "interesse local". Geração e distribuição possuíam pequenas dimensões, e limitavam-se a pequenos centros de consumo. Ainda, consistia em uma atividade-meio, atrelada à iluminação pública, transporte ou a uma indústria específica, necessidades até esse momento, pontuais.

⁸⁰ LOUREIRO, 2007, p.28.

energia destinada a "serviços públicos federais"⁸¹⁸². Avançou progressivamente para abranger o "fomento da indústria genericamente considerada", a "destinação da energia elétrica" e o "uso de bem público"⁸³.

A federalização do interesse pelo setor de energia elétrica imita os mesmos fundamentos utilizados no âmbito local, qual seja o interesse pelo fomento de indústrias e serviços dependentes da energia elétrica e o uso de um bem público comum, geralmente em caráter de exclusividade. Ainda, se notarmos que o início do século XX é marcado por um momento de industrialização do país, decorrente do interesse da União em garantir o emprego da energia elétrica nos serviços públicos federais⁸⁴; aliado ao fato de que os rios (potenciais hidráulicos) deveriam não só dar suporte à demanda energética, mas também às atividades agrícolas (notadamente a irrigação da lavoura cafeeira paulista e fluminense); concluiu-se que a otimização do uso de recursos hídricos não poderia ser alcançada pelo simples uso simultâneo da água para diversas finalidades, muitas vezes incompatíveis. A federalização do uso dos recursos hídricos era essencial para otimizar a geração de energia elétrica, que em pouco tempo tornou-se um fator estratégico para o desenvolvimento nacional⁸⁵.

É, então, pelo título (licença / autorização) para uso da água, de forma diversa ao seu uso natural (conforme entendia a doutrina à época⁸⁶) que a União introduz a regulação federal, bem como seu interesse centralizador sobre o setor elétrico, o que progressivamente causará a absorção dos sistemas elétricos municipais:

⁸¹ LOUREIRO, 2007, p. 45

⁸² O conceito de "serviços públicos federais" é um caso bastante interessante de intervenção da União na esfera dos Estados e municípios. Seu uso permitiu que a União tratasse de questões de energia elétrica sempre que houvesse, no local, um serviço público considerado federal. Assim, mesmo na hipótese de instalação, por exemplo, de uma usina termelétrica em um município (caso outrora típico dos contratos municipais de energia elétrica), o agente regulador seria diretamente a União, por se tratar de atendimento a um "serviço público federal".

⁸³ LOUREIRO, 2007.

⁸⁴ O estímulo genérico dado pela União às empresas do setor de energia elétrico permitia, também, a introdução de uma regulação de trocas, na medida em que o favorecimento concedido pela União era condicionado a um certo grau de controle da União sobre o empreendimento (LOUREIRO, 2007, p. 46).

⁸⁵ SANCHES, 2011, p.77.

⁸⁶ *"No gozo das águas públicas há a distinguir os direitos gerais, comuns a todos os cidadãos, como a navegação e os usos mais restritos e especiais, como as derivações para a agricultura, a indústria e a higiene que, podendo diminuir a quantidade ou alterar a qualidade das águas, dependem, por isso, de concessão dos poderes competentes ou de um título legítimo"* (GAMA, Afonso Dionísio, 1928. *apud* LOUREIRO, 2007, p.46)

Para a doutrina da época, o uso das águas em geral e das públicas em particular, sempre que fosse diferente daquele para o qual elas estão naturalmente afeitas, deveria ser precedido de um título específico legitimador, de modo que o aproveitamento do potencial hidráulico para fins de geração de energia elétrica será visto, inicialmente, como mais um caso desta regra geral de há muito conhecida. Dependerá ele de autorização ou concessão de uso de bem público - e não de concessão de serviço público - esforçando-se os autores para depurar o vocabulário e estabelecer as diferenças específicas entre concessão e autorização (sempre de uso de bem público). O título não delegava a atividade, mas legitimava o aproveitamento de uma riqueza especial.

Assim, é pela via do título para o uso da água que se introduz a regulação federal que cada vez se torna mais abrangente. Trata-se, em todo caso, de uma posição de força.⁸⁷

E muito embora a competência da União, em regra, estendesse-se tão somente aos rios federais (o que conferiria a Estados e municípios a competência para a outorga de títulos em seus respectivos domínios), o que fez a União, contudo, foi aproveitar-se de certas ambiguidades do texto constitucional (que permitiam uma leitura centralizadora) para fazer com que o uso de qualquer recurso hídrico ficasse sujeito à competência da União.

Um exemplo dessa leitura centralizadora é o uso que se fez das prerrogativas da União em regular a navegação (art. 36, §6º, Constituição de 1891), no intuito de conferir competências à União para regular os potenciais hídricos. Ora, partindo do pressuposto que a União detinha prerrogativas públicas para ordenar a navegação em rios brasileiros, não poderia um estado federado, ou mesmo um município autorizar a construção de uma usina hidrelétrica, eis que esta claramente interferiria com os cursos de navegação, cuja competência de gestão era exclusiva da União.

Não só a competência para ordenar a navegação serviu de apoio à extensão de competências federais no setor elétrico, como também a União se favoreceu de uma leitura precária das atividades nesse setor. Em outras palavras, como as atividades do setor de energia elétrica eram consideradas um serviço único (não havia a separação que temos hoje para geração, transmissão, distribuição e comercialização), a centralização no Poder Federal das autorizações de uso do potencial hídrico serviu também para a União inovar em regulações pós-geração, até a entrega da energia elétrica a seus consumidores finais.

⁸⁷ LOUREIRO, 2007, p. 47.

Com efeito, a extensão do governo federal sobre a regulação da geração hidráulica de energia se generalizou, fenômeno que podemos observar dos poucos textos normativos editados pela União no período:

Lei 1.145/1903. Art. 23. O Governo promoverá o aproveitamento da força hidráulica para transformação em energia elétrica 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 esse serviço. Essas concessões serão livres, como determina a Constituição, de quaisquer ônus estaduais ou municipais.⁸⁸

Decreto 5.407/1904. 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.

A regulação federal deixou de referir-se expressamente a "serviços federais" para passar a normatizar a atuação das "empresas de eletricidade gerada por força hidráulica que se constituírem para fins de utilidade ou conveniência pública", em clara intenção ampliativa da atuação da União.⁸⁹

Em síntese, e sem esmiuçarmos as características específicas dos marcos regulatórios, o que observamos nesse nosso primeiro corte histórico é que mineração e energia elétrica, que inicialmente desempenhavam papéis contextualmente diferentes, passaram gradativamente a sofrer uma crescente ingerência pública federal, sob o pretexto de serem atividades de relevante interesse público.

O interesse público aproximou os setores inicialmente distintos e formulou, para ambos, uma estrutura de atuação sob a chancela de títulos públicos federais, para uso de bens públicos com exclusividade. Em ambos os casos, as atividades conferiram ao particular determinados prerrogativas, como eram os casos de desapropriação e instituição de servidões, típicas da atuação do poder público. Em conjunto, mineração (aqui ainda está incluído o petróleo) e energia elétrica

⁸⁸ Apesar de estarmos, por ora, passando a largo do desenvolvimento do petróleo & gás cumpre ressaltar que nesse início de século XX começa também a surgir o reconhecimento de sua importância estratégica e, à época, sua escassez em território brasileiro. Por esse motivo, a própria Lei 1.145/1903, em seu artigo 17, X, autoriza o Poder Executivo Federal a substituir os motores a gasolina e petróleo nas estradas de ferro, por motores a álcool.

⁸⁹ LOUREIRO, 2012, p. 33

tornaram-se instrumento para a realização do interesse público em esfera nacional e deixaram, portanto, de ser tratadas como atividades econômicas "normais" (ou "*stricto sensu*", se quisermos manter a nomenclatura técnica de Eros Grau).

IV.2. A Centralização dos Marcos Regulatórios Setoriais (1934-1945)

Se no início do século XX a dicotomia *serviço público x atividade econômica* era inexistente (quando aplicada ao nosso objeto de estudo), o fundamento que reuniu mineração e energia elétrica sob um mesmo contexto regulatório, centralizado e sob o domínio da União, foi o argumento da *atividade de utilidade pública*.

Por um lado, o setor de mineração foi apresentado em 1891 como um setor eminentemente privado (atenção especial à possibilidade de haver minas inteiramente privadas), e recebeu, após, paulatina importância (e intervenção) do setor público ante o reconhecimento da necessidade pública em fomentar uma atividade que forneceria as matérias-primas básicas ao desenvolvimento nacional. Decorrente da gradativa inserção da mineração no espaço público⁹⁰, temos por consequência, por exemplo, no início da década de 1930, uma ingerência estatal (federal) responsável (i) pela suspensão de todos os atos de alienação ou oneração de qualquer jazida mineral⁹¹, (ii) na suspensão do registro de manifestos de minas constante na Lei Simões Lopes⁹² e (iii) na criação do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM.⁹³

⁹⁰ Não se engane o leitor de que, antes das décadas de 1920 e 1930 a mineração no Brasil seguia inteiramente o regime da acessão, até mesmo durante os períodos colonial e monárquico. Em contrário, a mineração no Brasil, desde as primeiras descobertas seguiram o regime *regaliano* (período colonial) e dominial (monarquia). Em verdade, o regime de acessão representou uma mudança pontual no curso "normal" de exploração das jazidas brasileiras, decorrente de uma grande ênfase no pensamento liberal-econômico. (nesse sentido, ver SERRA, 2000; e MACHADO, 2012).

⁹¹ Decreto nº 20.223, de 17 de julho de 1931. Art. 1º: "*Art. 1º Ficam suspensos, até deliberação ulterior, todos os atos de alienação, oneração, ou promessa de alienação ou oneração de qualquer jazida mineral, de terras em que se saiba haver jazida mineral, ainda que inexplorada e de concessões ou contratos para exploração de jazidas, assim como a versão para formar capital de sociedade, comercial ou a penhora judicial de bens de tal natureza.*"

⁹² Decreto nº 23.266, de 24 de outubro de 1933. O Manifesto de Minas é um instituto criado na Lei Simões Lopes para dar publicidade às minas existentes em terras de titularidade de privados. Somente pelo registro obrigatório de um "*manifesto de descoberto*", averbado no Livro de Registro de Manifestos de Minas do cartório de registros de imóveis competente que haveria o reconhecimento do Estado da existência e propriedade sobre uma mina privada e os respectivos direitos (Lei Simões Lopes, arts. 14 a 17). Até antes da suspensão promovida pelo Decreto nº 23.266/1933, o Manifesto de Minas era o instrumento para exercício de direitos minerários pelo superficiário do solo e também por terceiros interessados. Após a suspensão, apenas o superficiário e seu condômino puderam, por

Por outro, o setor de energia elétrica nasce da interação entre o privado e o público, na prestação de serviços como transporte coletivo e iluminação pública, por meio de uma normatização contratual fragmentária, na esfera municipal. O reconhecimento da função estratégica do setor elétrico para o desenvolvimento nacional fez com que a União passasse a interagir diretamente com a regulação do setor, inicialmente apenas no âmbito federal e, com o passar do tempo, eliminando as competências superpostas de Estados e Municípios em normatizar o setor. No início da década de 1930, também a ingerência pública federal torna-se patente sobre o setor de energia elétrica, por meio de atos tais quais a proibição de quaisquer negócios jurídicos que envolvessem, direta ou indiretamente, a transferência de direitos sobre quedas d'água, águas correntes ou a respectiva energia elétrica, salvo por expressa autorização da União.⁹⁴

As medidas suspensivas em ambos os setores tinham por fundamento em comum a desorganização regulatória (e isso era constantemente reiterado nos preâmbulos de decretos editados à época), que não se coadunava com a relevância estratégica das atividades econômicas envolvidas. E é em razão da configurada *utilidade pública* que o Estado promove, em âmbito federal, a "tomada para si" (*publicatio*) do subsolo (extinguindo o regime de acessão) e também dos serviços de energia elétrica, ao designar privativamente à União a competência para legislar sobre esses assuntos.

A política deliberada, a partir de 1930, será a expansão econômica via mercado interno, especialmente por meio da industrialização. O desenvolvimento pelo viés nacionalista irá se caracterizar pela busca de uma maior independência econômica, com o pressuposto de que essa independência viria do maior controle do Estado sobre seus recursos naturais, de forma a catalisar sua exploração em benefício da economia nacional. A posição do Brasil como exportador de matérias primas é considerada vulnerável e o Estado brasileiro irá se reestruturar e atuar

tempo determinado, prosseguir com manifestos de minas para assegurar direitos sobre jazidas inscritas em sua propriedade.

⁹³ Decreto nº 24.648, de 10 de julho de 1934.

⁹⁴ Decreto nº 20.395, de 15 de setembro de 1931. Art. 1º: " Art. 1º Os atos de alienação, de oneração, de promessa ou começo de alienação ou transferência, inclusive para formar capital de sociedade comercial, de curso perene ou queda d'água, da respectiva energia hidráulica, ou de terra circunjacente, praticados da data da publicação deste decreto em diante, nenhum efeito produzirão quanto ao aproveitamento ou utilização da referida energia, que ficará sempre reservado, nas condições jurídicas atuais, exclusivamente aos atuais proprietários, ou usufrutuários e seus herdeiros, cabendo a estes toda a responsabilidade pela observância das normas legais que vierem a ser dotadas sobre a matéria."

decisivamente para promover as transformações que entender necessárias para solucionar essa questão, especialmente visando a diversificação econômica e fomento à indústria.⁹⁵

Em 1934, pois, são lançadas na nova Constituição inúmeras premissas jurídicas que permanecem vigentes até os dias atuais. No âmbito da regulação setorial objeto de nosso estudo, a uniformização legislativa fica evidente, até mesmo, na promulgação do novo Código de Minas e Código de Águas, os Decretos 24.642 e 24.643, ambos de 10 de julho de 1934.

A Constituição de 1934 apresentava, com naturalidade, o conceito de interesse público e também admitia a intervenção direta do Estado na Ordem Econômica:

Constituição de 1934. Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

O conceito de serviço público esteve presente em outros dispositivos (artigos 5º, 17, 135, 136, 137 e 142), havendo, inclusive, a construção do mecanismo de delegação de serviços públicos, por meio da concessão. Não obstante a segurança no trato do conceito "*serviço público*", a energia elétrica, e também a mineração, não estavam assim consideradas.

Em verdade, a Constituição não inovou a regulação das minas públicas, mas reduziu o proprietário da jazida (mina privada) à condição de pessoa preferencial na exploração mineral. A grande novidade seria trazida com o Código de Minas, que não só separaria a propriedade do solo da propriedade do subsolo (Constituição de 1934, artigo 4º), como também passaria para o domínio da União todas as riquezas do subsolo que não fosse, à época, objeto de exploração (artigos

⁹⁵ BERCOVICI, 2011, p. 90.

5º, §§ 1º e 2º, e 11). A propriedade do subsolo, no Código de Minas de 1934, foi retirada da esfera privada e nacionalizada, só permanecendo privadas as minas previamente conhecidas e registradas no respectivo livro de Registro de Manifestos.

Também a Constituição de 1934 não tratou sistematicamente da energia elétrica, mas sim abordou os temas que eram à época, mais relevantes; e também não reservou ao Estado (União) a titularidade da atividade⁹⁶. A competência normativa outorgada à União não se ocupava com a indústria elétrica integralmente, nem a considerava inequivocamente um serviço público federal, e referia-se somente à regulamentação da energia hidrelétrica. Nesse ponto, LOUREIRO⁹⁷ destaca a atuação incisiva do legislador constitucional ao (i) por fim ao princípio da acessão em tema de queda d'água; (ii) dar fundamento constitucional às bases do Código de Águas (que havia sido sancionado uma semana antes); e (iii) tratar da regulação das explorações de energia hidroelétrica em curso.

Outros elementos como "nacionalização progressiva de bens" e nacionalidade brasileira como requisito para obtenção de títulos públicos também ficam evidentes no novo texto constitucional como elementos circunstanciais típicos do contexto mundial na década de 30, e que viriam sinalizar o ingresso do Estado-interventor nos setores de mineração, petróleo e energia elétrica:

Constituição de 1934. 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. (...)

§ 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. (...)

⁹⁶ Alerta-nos LOUREIRO (2007, p. 190) que o artigo 5º da Constituição de 1934 ("*Compete privativamente à União: (...)VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado*") não incluiu os serviços e instalações de energia elétrica dentre os possíveis objetos de delegação.

⁹⁷ *Op. cit.*

§ 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.

Se em 1934 a Constituição traz, para mineração e energia elétrica (potenciais hidráulicos) rigorosamente, a mesma regulação e o mesmo propósito, qual seja, a gestão de um bem de relevância social sob a insígnia da concessão de título para utilização de bem público, não tardará haver fatores conjunturais a provocar novamente o distanciamento (ao menos, aparente) dos setores. E é esse movimento de diferenciação dos setores que interessa ao nosso estudo.

Não podemos olvidar, também, que na esteira já iniciada pela Constituição de 1934, a Constituição outorgada de 1937 reforçou, a seu modo, a intervenção do Estado no domínio econômico, conferindo, por consequência, maior margem de possibilidades à regulação setorial:

Constituição de 1937. Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

... e também estampando o forte caráter nacionalista do Estado Novo, ao permitir o aproveitamento de jazidas minerais e do potencial hidráulico apenas a brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros:

Constituição de 1937. 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.

É nesse período, por exemplo, que o Código de Mineração sofrerá um de seus maiores desmembramentos, à medida que a regulação para a exploração de petróleo & gás ganha um capítulo próprio do código e, logo após, torna-se um marco regulatório independente.

Em que pese haver outorgas para a exploração de petróleo desde o período monárquico⁹⁸, foi apenas no Estado Novo de Getúlio Vargas que a questão tornou-se suficientemente necessária, a ponto de exigir uma legislação compatível com o desafio de inserir adequadamente o país na matriz energética dos hidrocarbonetos. No centro das discussões, o abrupto déficit cambial ocasionado pela importação de 100% dos combustíveis fósseis utilizados no Brasil⁹⁹.

Em 1938, temos dois atos normativos que demonstram o início da regulamentação da atividade de petróleo & gás como matérias independentes: o Decreto-Lei nº 366, de 11 de abril, que acrescenta um novo título no Código de Mineração para tratar do "*regime legal das jazidas de petróleo e gases naturais*" e o Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril, que criou o Conselho Nacional de Petróleo. As inovações vêm em momento de grande disputa sobre o futuro energético do país, entre aqueles que desejavam nacionalizar a exploração do petróleo e empresários interessados em que essa atividade se mantivesse atrelada à estrutura do direito minerário. A criação do CNP demonstra claramente a adoção, pelo Governo, de um viés nacionalista (já antecipado pela Constituição de 1934) que se refletiu em uma regulação abrangente sobre produção, importação e exportação, que acarretou a nacionalização das refinarias de petróleo em solo brasileiro e tornou a propriedade da indústria petrolífera restrita aos brasileiros natos.¹⁰⁰

A inflexão nacionalista que irrompe na política brasileira, e seus reflexos na regulação dos recursos do subsolo (mineração), irá também ocasionar a tomada, pelo Estado, de toda exploração de petróleo & gás realizada em momento anterior a 1938, o que significará o monopólio sobre a atividade, a partir dessa data. Isso porque, apesar do registro de manifestos de minas (como forma de manutenção das

⁹⁸ São os registros, por exemplo, do Decreto nº 3.352-A, de 30 de novembro de 1864 e o Decreto nº 4.386, de 30 de junho de 1869, em favor dos cidadãos ingleses Thomas Denuy Sargent e Edward Pellew Wilson, ambos permitidos à exploração para lavra de turfa, petróleo e outros minérios na Bahia (exceto diamantes), pelo prazo de 90 e 30 anos, respectivamente. Essas primeiras concessões ou autorizações, na realidade, se direcionavam muito mais para a exploração de minérios, como xisto ou carvão, ou para a produção de gás para iluminação, não para o petróleo propriamente dito (BERCOVICI, 2011).

⁹⁹ SANCHES, 2011, p.150.

¹⁰⁰ SANCHES, 2011, p. 160.

minas privadas descobertas) ter sido inteiramente aplicado às jazidas energéticas – petróleo e gás (que poderiam, então, permanecer sob mãos privadas se registradas dentro do prazo legal por seus proprietários), com a edição do Decreto-Lei nº 366, de 11 de abril de 1938, o Estado faz uma declaração legislativa expressa de inexistência de qualquer manifesto de mina para jazidas energéticas. Ainda mais, o Estado determina que mesmo na hipótese de haver manifestos de minas anteriores a 1938, esses teriam sido feitos em fraude à lei e padeceriam de legalidade. Este último ponto é, inclusive, peça rara de nossa história jurídica: trata-se um curiosíssimo caso em que o Estado *judgou* e anulou, pela via do legislativo e *in abstracto*, todos os manifestos de minas relacionadas a petróleo e gás¹⁰¹:

Decreto-Lei nº 366/1938. Art. 96. A lei não reconhece o domínio privado de particulares, como já instituído, sobre jazidas de petróleo e gases naturais, pelo fato de não ter sido descoberta nenhuma jazida desta classe suscetível de utilização industrial, enquanto vigorou o direito de acessão da propriedade do sólo sobre as minas.

Parágrafo único. Ficam de nenhum efeito os manifestos e registros de jazidas de petróleo e gases naturais que, porventura, hajam sido efetuados, com fraude da lei¹⁰², na conformidade do art. 10 deste Código.

As alterações legislativas e a criação do novo marco regulatório do petróleo & gás não surgiram por acaso e são decorrentes de um contexto inédito, favorável ao crescimento da economia interna.

O Estado Brasileiro sofria as consequências de ausência de crédito externo, em razão da crise de 1929, e via sua principal fonte de divisas, a exportação de café, reduzir-se a pó, com a queda abrupta de preços (a baixa foi de 22,5 centavos de dólar, em 1929, para oito centavos, em 1931 e cairia ainda mais nos anos seguintes)¹⁰³. Em resposta à crise, adotava-se uma política de manutenção da produção e financiamento dos estoques de café por meio desvalorização da moeda. A política de fomento da renda, implícita na defesa dos interesses cafeeiros¹⁰⁴,

¹⁰¹ Sem sombra de dúvida, causa estranheza à nossa hermenêutica jurídica contemporânea a validade de um ato legislativo, de caráter geral e abstrato, que "julga" ilegítimo todos os atos praticados anteriormente e que, supostamente, deveriam conferir ao particular um determinado direito outrora lhe assegurado pelo Estado.

¹⁰² Reitero a curiosidade da redação do artigo. Ora, como poderia o legislador, sem conhecer cada caso, declarar que todos os manifestos e registros de jazidas de petróleo e gás eram inexistentes, por terem sido efetuados com fraude à lei?

¹⁰³ Os dados são de FURTADO, 2007, p. 264.

¹⁰⁴ A tese de que a industrialização e desenvolvimento do mercado interno são decorrentes de políticas para manutenção do setor cafeeiro é a leitura de Celso Furtado, mas não representa

traduzia-se na elevação do preço dos produtos importados decorrente da brusca redução do poder aquisitivo externo da moeda. Por consequência, a medida irá fomentando, durante a década de 30, uma procura interna por bens que não mais poderá ser suprida pelo mercado externo. Cria-se, em consequência, uma situação praticamente nova na economia brasileira, que era a preponderância do setor ligado ao mercado interno no processo de formação de capital. E, em meio à crise internacional, alcançaremos uma fórmula de forte incentivo à industrialização brasileira:

O fator dinâmico principal, nos anos que se seguem à crise, passa a ser, sem nenhuma dúvida, o mercado interno. A produção industrial, que se destinava em sua totalidade ao mercado interno, sofre durante a depressão uma queda de menos de dez por cento, e já em 1933 recupera o nível de 1929. (...) É evidente que, mantendo-se elevado o nível da procura e represando-se uma maior parte dessa procura dentro do país, através do corte das importações, as atividades ligadas ao mercado interno puderam manter, na maioria dos casos, e em alguns aumentar, sua taxa de rentabilidade (...).

É bem verdade que o setor ligado ao mercado interno não podia aumentar sua capacidade, particularmente no campo industrial, sem importar equipamentos, e que estes se tinham feitos mais caros com a depreciação do valor externo da moeda. Entretanto, o fator mais importante na primeira fase da expansão da produção deve ter sido o aproveitamento mais intenso da capacidade já instalada no país. (...) Esse aproveitamento mais intenso da capacidade instalada possibilitava uma maior rentabilidade para o capital aplicado, criando os fundos necessários, dentro da própria indústria, para sua expansão subsequente.¹⁰⁵

Necessariamente, o crescimento da atividade industrial significou maior demanda por insumos energéticos (energia elétrica, carvão, petróleo e gás natural), e nesse momento surgiu a necessidade regulatória para solucionar a falta de abastecimento do mercado brasileiro. É a partir da crise energética originada da emergente industrialização brasileira a partir da década de 30 que a evolução dos (agora sim) três setores regulados passa a se tornar mais parecida com o que verificamos hoje. Os setores de energia elétrica e de petróleo & gás passam a estar diretamente vinculados à demanda energética sempre crescente, consequência da

unanimemente as opiniões dos economistas que estudam o período. Para nossos fins, o que interessa são os "efeitos colaterais" da crise de 29 sobre economia brasileira, quais sejam a redução das importações e desenvolvimento do impulso nacional para fomentar o mercado. (para outras explicações para a industrialização brasileira, ver PELÁEZ, Carlos Manuel, *História da Industrialização Brasileira*, e SUZIGAN, Wilson, *Indústria Brasileira: Origem e Desenvolvimento*).

¹⁰⁵ FURTADO, 2007, p. 279.

expansão industrial brasileira, e também da escassez de hidrocarbonetos no mercado, em razão da mobilização durante a Segunda Guerra Mundial.

Notadamente para o petróleo & gás, temos uma proliferação de textos normativos regulando produção, distribuição, consumo, importação e exportação; fenômeno este que alavanca a regulação estatal sobre todas as etapas econômicas do petróleo & gás. O setor de petróleo, ainda vinculado ao Código de Minas de 34, a partir do Decreto nº 4.071/39, passa a ter uma minuciosa regulação de pós-lavra, sendo delegada competência ao Conselho Nacional do Petróleo para tomar as providências destinadas a assegurar, em todo o território nacional, o abastecimento e o racionamento do consumo do petróleo e seus derivados. É nesse momento que surgem as primeiras regulações de pós-lavra, abrangendo, por exemplo, o transporte:

Art. 5º As empresas constituídas ou que se constituem para transporte a granel de qualquer das mercadorias parágrafo único do art. 1º, de sua propriedade ou verão requerer a autorização prévia de que trata instruindo o seu requerimento com os dados e informações seguintes

- a) número, capacidade e tipo de veículos especializados para transporte urbano ou rodoviário;
- b) número, capacidade e tipo de vagões tanque para transporte urbano ferroviário;
- c) número, arqueação e tipo de navio tanque para transporte fluvial ou marítimo;
- d) projeto e descrição de oleodutos a serem construídos, ou a construir como os dados técnicos indispensáveis;
- e) indicação das estradas de rodagem e de ferro utilizadas Para o transporte, bem como dos núcleos de população

E o refino:

Art. 9º Para a instalação de refinarias de petróleo bruto e seus derivados, e, bem assim, de destilarias de rochas betuminosas, e piro- betuminosas, os interessados deverão requerer prévia autorização ao Conselho Nacional do Petróleo, instruindo as respectivas informações e documentos (...)

Em 1941, era instituído o marco regulatório, autônomo, para petróleo & gás (Decreto Lei nº 3.236, de 7 de maio).

No âmbito do setor elétrico, o mesmo esforço de racionamento e uso eficiente dos insumos energéticos deu origem ao mesmo desenvolvimento

regulatório abrangente, atuando em todas as etapas da cadeia produtiva¹⁰⁶. Assim é que o Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938 estipulou uma série de medidas para maior eficiência e controle do setor, como, por exemplo, a interligação dos sistemas por meio de um fornecimento padrão de energia elétrica (art. 23) e a instituição de normatização exclusiva para as atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, independentemente de sua geração (artigo 5º)¹⁰⁷. A concessão/autorização da transmissão e distribuição, nesse momento, deixa de estar associada ao contexto do aproveitamento de potencial hidráulico e torna-se genérica.

À mesma maneira do Conselho Nacional do Petróleo, e também em resposta à crise energética vivenciada no período das décadas de 30 e 40, foram promulgados o Decreto-Lei nº 1.285, de 18 de maio de 1939, que criou o Conselho Nacional de Águas e Energia ("CNAE"); e posteriormente o Decreto-Lei nº 4.259/1942, que ampliou o campo de atuação do CNAE. As medidas permitiram ao Estado a ampla e incisiva regulação do setor, que à época já sentia falta de investimentos da iniciativa privada, ao passo que ainda era tímida a presença estatal direta, enquanto Estado-empresário¹⁰⁸.

Na mineração, desde a implantação de uma regulação mais publicista com a Lei Simões Lopes (e, posteriormente, o Código de Minas de 1934), torna-se notável o desvio da atenção pública para uma questão mais adiante, que era o beneficiamento do minério extraído (sobretudo o minério de ferro). Assim, então, as principais medidas relacionadas ao setor minerário a partir da década de 20 irão focar principalmente no fomento da siderurgia nacional, seja por subvenções e isenções tributárias àqueles que beneficiassem o minério de ferro no Brasil, seja pela contratação assegurada pelo Estado para a produção de aço brasileiro. O desenvolvimento da siderurgia assume importância como um problema nacional.¹⁰⁹

¹⁰⁶ SANCHES, 2011.

¹⁰⁷ LOUREIRO, 2007, p. 216.

¹⁰⁸ LOUREIRO (2007) e SANCHES (2011) fazem observações semelhantes acerca da ausência da atuação do Estado enquanto agente econômico direto. Ao contrário do que faz parecer uma análise superficial, a publicização dos setores regulados não foi sinônimo de sua estatização.

¹⁰⁹ Já em 1924, por meio do Decreto nº 4.801, de 9 de janeiro, podemos perceber como estava presente no espaço público o interesse em fomentar a indústria siderúrgica brasileira. O referido decreto autorizava o Governo Federal a contratar a construção de três usinas siderúrgicas (uma em Santa Catarina e duas em Minas Gerais, no Vale do Paraopeba e no Vale do Rio Doce, sendo esta última poderia ser construída diretamente pelo Estado).

No campo da regulação minerária propriamente dita, a única alteração, além da separação do petróleo & gás como setor autônomo, foi a edição de um "novo Código de Minas" (Decreto-Lei 1.985, de janeiro de 1940), que pouco trazia de novidade ao setor. O ponto marcante é o seu caráter fortemente nacionalista, que determinava que as sociedades de mineração só poderiam ter brasileiros como sócios¹¹⁰:

Art. 6º O direito de pesquisar ou lavrar só poderá ser outorgado a brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas de sócios ou acionistas brasileiros.

O grande dilema relacionado à mineração durante esse período de 1934 a 1945, como podemos observar, não estava relacionado à indústria extrativa, mas sim a indústria de beneficiamento, sobretudo a indústria de base e a necessidade de instalar as primeiras siderurgias em solo brasileiro. Nesse aspecto, a discussão pública foi bastante rica, envolvendo, inclusive a diplomacia internacional no trato com siderurgias americanas (a *United States Steel*) e alemãs (*Krupp*) em pleno desenrolar da Segunda-Guerra Mundial. Ao fim, após o discurso de Getúlio Vargas em 11 de junho de 1940, no contexto das vitórias militares alemãs na Europa Ocidental, o Governo norte-americano percebeu a necessidade estratégica em financiar a instalação da siderurgia e o reaparelhamento das forças armadas brasileiras. Ainda no contexto da Segunda Guerra Mundial, logo após o rompimento das relações diplomáticas do Brasil com os países do Eixo, o Governo Inglês desapropriou a *Itabira Iron Ore Company* (companhia inglesa) e cedeu seus bens e propriedades no Brasil para o Estado brasileiro, fazendo surgir a Companhia Vale do Rio Doce, sob a forma de economia mista (Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942)¹¹¹. A questão da siderurgia, contudo, envolvia sobretudo as dificuldades de financiamento e instalação da atividade em solo brasileiro, e não repercutiu de forma genérica na regulação do setor mineral¹¹².

Ao fim, a demanda por soluções às crises energéticas, associadas aos setores de petróleo & gás e energia elétrica deram ensejo a diversas inovações

¹¹⁰ O elemento, como vimos mais acima, não é verdadeiramente novo, e já encontrava fundamentos na Constituição de 1937.

¹¹¹ BERCOVICI, 2011, p.112.

¹¹² "Ao deflagrar-se a crise mundial (...) era totalmente impossível obter crédito no exterior (...), o mercado internacional de capitais se encontrava em profunda depressão, e o crédito do governo desaparecera com a evaporação das reservas" (FURTADO, 2007, p. 263)

jurídicas no campo da regulação setorial. A mineração, não vinculada à crise energética (com exceção do carvão, embora as reservas fossem pouco expressivas no Brasil para afetar a regulação de todo o setor)¹¹³, perdeu momentaneamente importância, dando-se maior atenção à necessidade política da implantação de uma indústria siderúrgica nacional. Como consequência, a regulação minerária passa por esse conturbado período sem grandes alterações ao instituto jurídico inaugurado pelo Código de Minas, sendo feita apenas a restrição do setor ao capital nacional, assim como realizado nos demais setores regulados. Quando da instituição da Constituição de 1946, portanto, temos o seguinte contexto:

(i) O setor de Energia Elétrica desenvolveu-se, havendo regulação por toda sua extensão – geração, transmissão e distribuição -, sendo que o Estado atuava em geração e transmissão, sem exclusividade;

(ii) O setor de petróleo, igualmente, foi regulado em toda sua extensão para, após, separar-se do Código de Minas e tornar-se um setor autonomamente regulado;

(iii) O setor de mineração, salvo algumas alterações, permaneceu com a regulação de 1934.

IV.3. Estatização e Estado Empresário (1946 - 1990)

Entre o período de 1931 e 1946 vivenciamos uma forte centralização e nacionalização dos setores regulados, mas sem haver uma estatização, no sentido de uma atuação estatal *empresária* nos mercados regulados. A estatização será a

¹¹³ Isto é, houve regulação somente para a exploração de carvão, sem se prolongar aos demais minérios não considerados essenciais ao esforço de gestão do então governo. É o caso do **Decreto-Lei nº 4.613/1942**:

Considerando que o suprimento de carvão nacional às empresas de transportes marítimos e terrestres, às que fabricam gás e à que executam serviços de utilidade pública, impõe a adoção de medidas acautelatórias para a garantia de tais atividades;

Considerando que é de toda a conveniência estabelecer-se o racionamento desse combustível, afim de que não se venha a verificar qualquer desequilíbrio nessas atividades;

Considerando que, para esse fim, se torna imprescindível atribuir-se a um só órgão da administração pública o controle das medidas decorrentes desse racionamento; e usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição,

Decreta

Art. 1º Fica instituída, como medida de emergência, a entrega obrigatória ao Governo Federal de todo o carvão nacional destinado ao mercado brasileiro, fora dos Estados produtores.

característica principal a partir de 1946 até os primeiros esboços do Estado Regulador, a partir da década de 1990.

É assim que, na Constituição Federal de 1946, podemos verificar uma inflexão na política de infraestrutura nacional, com a alçada do Estado à situação de agente econômico direto nos setores de capital intensivo, notadamente o energético ¹¹⁴. A época é marcada pela entrada decisiva da União nos empreendimentos de geração de energia elétrica que, com isso, crescem em projeção nacional. Também há a consolidação das iniciativas estaduais supletivas no campo de geração e distribuição de energia, suprindo deficiências das empresas concessionárias privadas que haviam suspenso os investimentos na matriz energética brasileira diante das incertezas regulatórias. ¹¹⁵ É nesse contexto, inclusive, que a ordenação jurídico-constitucional emancipa o conceito de eletricidade de sua origem hídrica, passando a reconhecer juridicamente a existência tecnológica de outras matrizes de geração elétrica:

Art 5º - Compete à União:
XV - legislar sobre: (...)
l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca;

A nova etapa iniciaria a articulação entre o capital estatal (nas empresas estatais e no financiamento público da expansão industrial e da infraestrutura), o capital privado nacional (na construção civil e na engenharia pesada, além de alguns setores de bens de capital) e o capital estrangeiro (nas empresas multinacionais), ainda nos setores de demanda final, como a indústria automobilística. O Estado brasileiro, por meio do movimento de nacionalização, consolidara seu papel nos setores estratégicos da economia e iniciava o processo para tornar-se um grande produtor direto nesses mesmos setores. Afora isso, o Estado tornara-se também um importante controlador indireto de vários setores preponderantemente privados. ¹¹⁶

Deve ser feita a ressalva, contudo, para o fato de que não foi a Constituição de 1946 que determinou um novo modelo de atuação Estatal. Ela apenas sinalizou ou fundamentou uma tendência de atuação estatal direta que vinha

¹¹⁴ SANCHES, 2011, p.181.

¹¹⁵ LOUREIRO, 2007, p. 236.

¹¹⁶ BERCOVICI, 2011, p. 166.

sendo gradativamente construída, não só pelo espírito nacionalista, mas também pela necessidade prática imposta por um contexto de turbulência política do país e fuga de capital de investimento.

Tal como na segunda metade da década de 1930, o impulso regulatório surge da necessidade em determinar (e solucionar) os empecilhos práticos que obstavam o desenvolvimento nacional. Nesse sentido, o trabalho elaborado em 1953 pela Comissão Mista Brasil --- Estados Unidos para o Desenvolvimento Econômico (originada de um acordo entre os governos em dezembro de 1950) chegaria à conclusão de que o principal elemento a inviabilizar a industrialização brasileira era a escassez de eletricidade.¹¹⁷¹¹⁸ Tal conclusão elevaria o interesse estatal em regular as atividades vinculadas ao setor energético.

¹¹⁷ **"A crise de energia elétrica tornou-se um dos maiores empecilhos ao desenvolvimento econômico do Brasil.**

Salientou-se, quando se discutiu o andamento do desenvolvimento industrial, que a estimativa do volume da produção da indústria manufatureira abrangia a produção de energia elétrica. Lá se mencionou que, em 1950, a produção de energia elétrica crescera de 150%, relativamente a 1939, enquanto que o índice de produção industrial demonstrara o incremento de 118% relativamente ao nível de pré-guerra. Esse incremento de produção de energia elétrica, superior ao que ocorrera na indústria manufatureira, mineira e também agrícola parece paradoxal, uma vez que a crise de energia elétrica é geral em todo o Brasil, no instante atual.

Quatro fatores principais, na opinião da Comissão Mista, parecem ser os principais responsáveis pelo crescimento geométrico da procura da energia elétrica, crescimento a uma taxa tal que o impressionante incremento da produção de energia não conseguiu acompanhar. A primeira razão decorre da urbanização acelerada, espetacularmente caracterizada pelo crescimento da população de São Paulo, de 1,3 milhões em 1940 para mais de 2,6 milhões em 1953, dela fazendo a mais populosa cidade do Brasil.

O processo de urbanização esposou várias formas. Houve um desenvolvimento imobiliário acelerado nas grandes cidades com o surgimento de novos bairros, alguns deles de arranha-céus. Na nova zona agrícola, dezenas de cidades que inexistiam há dez ou doze anos atrás, hoje apresentam populações de 10 a 50 mil habitantes. A procura de energia que acompanhou esse desenvolvimento urbano pode ser apreciada pelo crescimento do consumo doméstico de eletricidade em São Paulo e no Distrito Federal que, conjuntamente, atingiu 80% no período de seis anos, de 1946 a 1952, o que traduz uma taxa anual de mais de 10%. Esse índice cresceu mais depressa do que o número de licenças para edificação nas duas cidades, e ainda mais velozmente que o duplo da taxa de crescimento de suas populações.

Em segundo lugar, como já anteriormente evidenciado, o acelerado crescimento da indústria brasileira no último vintênio configurou-se em uma grande diversificação da produção. Esse acelerado crescimento particularizou-se em certos ramos da indústria, por si mesmos grandes consumidores específicos de energia, tais como a indústria química e farmacêutica, a indústria de metais e a de fabricação de máquinas, assim como as de borracha e cimento. O suprimento adicional de energia exigido pela expansão dessas indústrias não guarda, muitas vezes, proporção com o aumento de produção, ultrapassando-a. Simultaneamente ocorreu uma positiva ampliação das instalações de beneficiamento de matérias-primas no interior do país, particularmente nas zonas agrícolas novas. Dessa maneira, a procura de força elétrica para indústria nessas zonas superpôs-se, de imediato, sobre a demanda residencial e a dos serviços públicos, inseparáveis que são do crescimento das novas cidades. Além disso, a procura rural de energia pela primeira vez surgiu de modo significativo em certas zonas de São Paulo e Rio Grande do Sul.

Em terceiro lugar, desde os primeiros anos da década de 1930 que as tarifas de força e luz vêm sendo submetida a rigoroso controle por parte do Governo Federal. No processo de inflação rápido de todos os preços e custos, prevalecente desde 1939, figuram essas tarifas entre as poucas

Diante dessa constatação, surgem três instrumentos jurídicos que podem ser considerados determinantes para impulsionar o crescimento econômico pretendido pelo Brasil. O primeiro deles é a Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, que criou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDE, responsável pela maior parte do financiamento do setor público¹¹⁹ por viabilizar recursos financeiros a longo prazo. Há também a edição do Decreto nº 30.363, de 3 de janeiro de 1952, que dificulta e limita em 8% o retorno do lucro do capital estrangeiro ao país de origem. E, não menos importante, a instituição da Política Nacional do Petróleo, por meio da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que definiu atribuições ao Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a Petróleo Brasileiro S.A., empresa pela qual a União passaria a exercer diretamente o monopólio estatal do petróleo previsto na Lei, abrangendo todas as etapas de produção (da exploração ao refino e transporte do petróleo no Brasil).

Para o setor elétrico, o novo marco jurídico esboçado em 1946 capta de forma parcial a lenta formação de um novo arranjo institucional: *"a União Federal passará a atuar diretamente no âmbito da geração e transmissão de grande porte, com a utilização dos instrumentos típicos do tempo: a sociedade de economia mista e a empresa pública. A distribuição resta privada, à qual se juntam, de início timidamente, iniciativas estaduais. Delineia-se, com isso, uma partição de competências informal: geração e transmissão públicas (federais) e distribuição privada (ou estadual)"*¹²⁰. Diferentemente da política instituída para o petróleo, o paralelo *Plano Nacional de Eletrificação*, que surgiria na forma do Projeto de Lei nº 4.277/1954, não chegaria a ser aprovado e constituído em lei. De toda sorte, os temas lá debatidos foram de grande influência aos rumos do setor, e muitas de suas características permanecem até hoje, como nos indica LOUREIRO:¹²¹

exceções ao aumento geral, porque sobre elas pode o Governo efetivamente agir, mediante ato administrativo. Desse modo, força e luz tornaram-se mercadoria relativamente barata, comparativamente a outras. (...)

Finalmente, como se observou ao tratar-se da situação de combustível, houve mudança acentuada, abandonando-se a lenha e o carvão importado, pelos derivados de petróleo e pela energia elétrica. (...)

A Comissão Mista julgou a necessidade de incrementar a capacidade geradora do país de tal urgência que uma parte substancial do seu programa de investimentos voltou-se para projetos que colimam esse fim." (BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 2008, p. 333)

¹¹⁸ BAER, 1985, p. 54

¹¹⁹ BERCOVICI, 2011, p. 167

¹²⁰ LOUREIRO, 2012, parte II, p. 4.

¹²¹ LOUREIRO, 2007, p. 240.

"Seus pontos básicos eram: a) opção estratégica clara pela geração hidráulica; b) intervenção pública federal maciça na geração de transmissão, nos moldes da CHESF (pode-se dizer que foi este documento que institucionalizou a divisão de competências entre Estado e iniciativa privada, no âmbito do setor elétrico); c) financiamento da indústria por meio de tributos e empréstimos externos, em detrimento de aumentos tarifários sistemáticos e significativos; d) estímulo à interligação dos sistemas elétricos, com a identificação de duas regiões elétricas no país, uma passível de ser totalmente interligada, outra isolada; e) unificação de frequência e compatibilização de sistemas"

Em 1962, a atuação Estatal no setor elétrico organizou-se pela Lei 3.898-A, de 25 de abril de 1962, com a constituição da *holding* Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás. Ainda, na ausência de um Plano Nacional de Eletrificação, ficará a Eletrobrás encarregada de fazer as vezes de entidade reguladora e (i) exercer a ordenação do setor, executando os empreendimentos que forem necessários para suprir a demanda elétrica do país (artigo 2º, §2º) e (ii) cooperar com os serviços governamentais incumbidos da elaboração e execução da política oficial de energia elétrica (artigo 17).

Chegava-se, nesse momento, à organização institucional da indústria com o Estado assumindo a tarefa de agente central. A regulação torna-se (i) abrangente, regulando a totalidade das questões concernentes à energia elétrica; (ii) voltada às necessidades da atividade em si, seccionando as diferentes atividades envolvidas, porém sem dissociá-las (a energia elétrica deixa de ser uma atividade genérica, regulada exclusivamente como atividade meio); (iii) determinante quanto à atuação estatal enquanto principal agente do setor; e (iv) comparado às origens regulatórias, apresenta-se sob uma forma normativa mais harmônica e sistemática.¹²²

Com pouquíssimas alterações, essa estrutura dos setores de energia elétrica e petróleo & gás seguirá até o início das privatizações, nos anos 1990.

Em relação ao setor de mineração, as décadas de 1940 a 1990 são marcadas por uma crescente expansão do Estado em áreas de atuação estratégica, ao passo que, em um plano macro, é feita a abertura do setor ao capital estrangeiro.

Assim, temos o surgimento de políticas regulatórias específica para setores estratégicos, como por exemplo o caso dos minerais nucleares, com a criação da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Decreto nº 40.110/1956) e, por

¹²² LOUREIRO, 2007, p. 322.

fim, pela instituição do monopólio estatal da pesquisa, lavra e comércio, pela Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962.

Em relação à exploração de ferro, houve grande incentivo à criação de uma política de exportação em grande escala de minério de minério bruto, e maior participação do capital estrangeiro. A ideia de criar grandes polos exportadores de minério, surgida no seio do Grupo de Exportação de Minério de Ferro (criado pelo Decreto nº 42.020, de 10 de agosto de 1957) foi fortemente criticada pela bancada nacionalista no Congresso Nacional e teve pouca eficácia de forma concreta. Concomitantemente, a Companhia Vale do Rio Doce se firmava como uma empresa estatal rentável e lucrativa, com a ampliação das exportações de minério de ferro e expansão do seu mercado consumidor; e a capacidade da indústria siderúrgica também é ampliada de forma significativa.¹²³

No aspecto macro, contudo, o setor minerário permanecia insignificante quando comparado aos outros mercados. Ressalvada a indústria de ferro e aço, cuja produção aumentou em quase 500% entre 1939 e 1951, a produção mineira como um todo cresceu cerca de 20% durante a II Guerra Mundial, depois regrediu, em 1947, a um nível apenas 16% acima do de 1939. Com a guerra na Coreia, houve nova expansão de produção, mas apenas para suprir a pontual demanda gerada pela carência de fornecimento no mercado mundial¹²⁴. Essa situação ficou reconhecida no relatório preparado pela Comissão Mista Brasil --- Estados Unidos para o Desenvolvimento Econômico, quando destaca que, em termos gerais, desde o século XVIII que a mineração não é de grande importância para a economia brasileira:

Em termos de renda e de emprego, desde o século XVIII que a mineração não é atividade de grande importância no Brasil. As estimativas de renda nacional mostram que em época alguma nos últimos 13 anos, contribuiu a mineração com percentagem maior de 1% da renda nacional líquida. Calcula-se que a mão-de-obra assalariada, empregada nas atividades minerais, não ultrapassa de 30.000 pessoas, enquanto que a população garimpeira seminômade que no sertão busca ouro, diamantes e outros minérios de alto preço é computada entre 30.000 e 40.000 pessoas.¹²⁵¹²⁶

¹²³ BERCOVICI, 2011, p. 174.

¹²⁴ BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 2008, p. 317.

¹²⁵ Op. cit., p. 317

¹²⁶ O relatório aponta como uma das razões do atraso na mineração a falta de conhecimento sobre a potencialidade mineral brasileira, que carecia de estudos geológicos mínimos: "A potencialidade mineral latente em muitas zonas do vasto interior do Brasil é desconhecida. Mesmo na orla litorânea relativamente bem povoada fazem-se de tempos em tempos surpreendentes

A legislação minerária não poderia ser diferente, e também desenvolveu-se de maneira muito rudimentar. De maneira geral, permaneciam intocados os fundamentos jurídicos inaugurados em 1934, sem haver uma clara definição sobre se era o caso (i) da manutenção do regime de 1934 em razão de eficiência no trato do setor mineral, ou (ii) se a baixa produção normativa era simplesmente decorrente da falta de interesse (público e privado) no setor como um todo. As principais mudanças vieram por meio da Constituição de 1967, que manteve o regime de separação entre propriedade do solo e propriedade do subsolo instituído em 1934, mas eliminou a prioridade da exploração do subsolo pelo proprietário do solo, como previa a Constituição de 1946. A Carta de 1967 também trazia a expressão "sociedades organizadas no país" (autorizando novamente, então, a participação de empresas estrangeiras na exploração dos recursos minerais) e, como compensação à perda de prioridade na exploração, o proprietário do solo passava a ter direito à participação nos resultados da lavra, na proporção de 10% do Imposto Único sobre Minerais:

Constituição de 1967. Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

No plano infraconstitucional é instituído um novo Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), que permanece em vigor até hoje, de forma a adaptar a nova realidade constitucional à normatização setorial. Entre as principais alterações, (i) a exclusão de todas as restrições à participação de empresas estrangeiras na atividade de mineração e (ii) a criação dos "grupamentos

descobertas, reflexo da inexistência de prospecção sistemática no passado. Observa-se com frequência que o mapa onde figurem os principais depósitos minerais do Brasil quase exatamente coincide com o mapa demográfico." (BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 2008, p. 321-322).

mineiros", instituto que permitia o agrupamento de concessões de lavra próximas, facilitando a operação em grande escala. O novo código também trouxe retrocessos ao dar preferência à mineração em grande escala, e contribuiu para acirrar conflitos entre garimpeiros e empresas de mineração. Ao tratar o garimpo como atividade rudimentar, realizada por trabalhador individual, e ao dar notória preferência ao sistema dual da autorização de pesquisa e concessão de lavra, o Brasil vivenciaria um ápice de conflitos entre garimpeiros e empresas de mineração no final da década de 1970 e na década de 1980. Não raro, o DNPM concedia autorização de pesquisa e lavra para empresas mineradoras em áreas descobertas por garimpeiros.¹²⁷

Um segundo estágio de estatização dos setores regulados, a partir de 1964, é marcado por uma alteração na relação entre capital estatal e capital privado (nacional e estrangeiro), com a inserção das empresas estatais em uma lógica operacional típica da iniciativa privada (característica mitigada, para o setor elétrico), decorrente de um esvaziamento do financiamento do setor público (o BNDE, por exemplo, afastava-se de sua origem institucional de financiador do setor público e passava a preferir o financiamento de atividades privadas).¹²⁸

As sucessivas reformas administrativas promoveram a descentralização da atuação das empresas estatais, estimulando sua autonomia, o que irá ocasionar a gradativa redução da utilização dessas estatais como instrumentos de política pública e a sua inserção como elemento de fortalecimento do mercado. Isto é, a adoção de uma prática gerencial típica do setor privado torna as empresas estatais importantes atores de *mercado*, para além de sua função de política econômica do Estado. O efeito da mudança administrativa é a criação de conglomerados e internacionalização, inclusive com associação ao capital estrangeiro para a efetivação de diversos projetos públicos de expansão.¹²⁹

As reformas, contudo, não foram suficientes para apaziguar as críticas de estatização econômica, tampouco os fatores de instabilidades macroeconômicas.

¹²⁷ BERCOVICI, 201, p. 183.

¹²⁸ BERCOVICI, 2011, 184-190.

¹²⁹ É o que menciona BERCOVICI (2011, p. 184-185): "*A face empresarial insere as empresas estatais no sistema produtivo e no processo de acumulação, o que as diferencia de todos os demais atores políticos ou burocráticos. As empresas estatais, assim, situam-se em uma posição estratégica entre o setor público e setor privado, sendo agentes possíveis de articulação e intermediação entre o Estado e os setores privados nacional e internacional. (...) Para realizar estas funções estratégicas, a empresa estatal precisa de uma identidade política e de um projeto estratégico próprio que consiga direcionar sua atuação.*"

Diferentemente das décadas anteriores, em que a mudança regulatória era decorrente de uma mudança estrutural e política interna, ainda que influenciada pelo contexto internacional, na década de 70 o Brasil vivenciará duas crises mundiais do petróleo, que irão sujeitar as estruturas financeiras brasileiras a dependerem do financiamento externo para equilíbrio da política econômica oficial. A legislação sofrerá da mesma crise financeira e passará, a partir da década de 1970, a ter como objetivo a arrecadação de recursos (financiamento) para os empreendimentos das concessionárias federais. É o caso, por exemplo, da Reserva Global de Reversão, no setor elétrico, (Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971); dos contratos de serviço com cláusula de risco, no setor de petróleo & gás; e no amplo incentivo à associação ao capital estrangeiro na instituição de projetos de exploração mineral¹³⁰.

O problema de financiamento do modelo nacional-desenvolvimentista da ditadura militar não foi, contudo, solucionado pelos empréstimos externos e irá se agravar na década de 1980. A política de governo então vigente visava manter o controle estatal sobre a exploração dos recursos minerais com a criação de uma "reserva de mercado" que beneficiasse o capital privado nacional, utilizando-se para tanto da expansão das empresas estatais para a respectiva expansão econômica. O aumento do endividamento das empresas estatais, associado a uma assimetria de eficiência¹³¹ e, sobretudo, ao fracasso na instituição de um mercado monopolista em favor do empresariado nacional¹³² fazem da década de 1980 um período de incessante reformismo (e instabilidade) setorial. Nesse período temos, portanto, (i) a insurgência contra o sistema de compensações de créditos no setor elétrico; (ii) o Plano de Recuperação Setorial da Eletrobras - PRS, de 1985; (iii) o trabalho de Revisão Institucional do Setor Elétrico - Revise, de 1987; (iv) o desenvolvimento do Proálcool em resposta à crise energética do petróleo (décadas de 70 e 80); entre outros.

¹³⁰ Incentivo, este, que acabaria por nortear a política mineral brasileira à exportação de minério bruto, para a geração de divisas, e não o abastecimento do mercado interno ou o desenvolvimento industrial do país.

¹³¹ A situação é notória no setor elétrico, cujas medidas de contenção tarifária eram utilizadas como instrumento de contenção da inflação. Por meio dos subsídios cruzados, passou a ser comum que concessionárias ineficientes tivessem remuneração maior e positiva, enquanto outras, mais eficientes, tivessem remuneração inferior ou até prejuízo, fato que inaugurou uma fase de generalizada inadimplência intrasetorial (SANCHES, 2011).

¹³² BERCOVICI, 2011, p. 191.

A realidade do Brasil de Getúlio Vargas, que havia inspirado o projeto de desenvolvimento nacional agora mostrava-se incompatível com a realidade vivenciada pelos 130 milhões de brasileiros (ante os 50 milhões da década de 30), com um Sudeste industrializado mas afetado por forte pressão demográfica, e regiões interioranas com alto nível migratório e baixo desenvolvimento. O Brasil chegava à década de 1990 com os serviços públicos fortemente enfraquecidos pelo elevado endividamento público, concentração demográfica e inflação descontrolada. O processo de redemocratização passaria, naturalmente, pela rediscussão e reorganização das atividades econômicas.¹³³

IV.4. Estado Regulador e complexificação das interações setoriais (a partir de 1990)

O pano de fundo a partir da evolução setorial pós Constituição de 1988 é (i) a falência do modelo nacional-desenvolvimentista realizado, *grosso modo*, desde 1934 e (ii) o surgimento da perspectiva teórica neoinstitucional e neoliberal, com surgimento e predomínio das agências reguladoras independentes como a principal estrutura de governança.¹³⁴

Não obstante as influências neoliberais, há também forte influência do Estado de Bem Estar na Carta de 88 (basta lembrar que sua promulgação é pré-queda do socialismo real da União Soviética). Com isso, mantém-se o Estado como ente propulsor da economia em diversos setores estratégicos (energia elétrica, petróleo, mineração, telecomunicações, etc.), sendo assegurado um rol extensivo e exemplificativo de direitos sociais.

A distinção aplicada aos setores de mineração, energia e petróleo & gás, nesse momento, é compreensível. A Constituição de 1988 em sua redação original já trazia segregados os três setores como independentes e autônomos, a eles aplicando, supostamente, três tratamentos jurídicos distintos. Ou, pelo menos, para dois dos setores era possível definir com suficiente clareza a moldura regulatória institucionalizada, a saber, **(i)** petróleo & gás, regido pela figura do monopólio, sob exercício direto da União:

¹³³ PANDOLFI, 1999

¹³⁴ CRUZ, 2009, p. 53.

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.

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

(ii) e mineração, exercida necessariamente por brasileiro ou empresa brasileira de capital nacional, assegurado a esses os resultados da lavra:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

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

O retrato regulatório sugerido pela Constituição de 1988, então, parecia bastante simples. A mineração era exercida preferencialmente por particulares, a se supor o caráter eminentemente privado da atividade. O petróleo era de titularidade e exercício exclusivo da União, em razão de sua estratégia geopolítica, e a "assunção de riscos e resultados" pela Petrobrás, sociedade de economia mista que competia com outras empresas petrolíferas no cenário internacional, fazia o setor reger-se por regras de mercado, ainda que o Estado fosse um ator privilegiado, detentor de monopólio constitucional.

O setor de energia elétrica, embora não figurasse no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição de 1988, está presente no artigo 21, XII, b, como de competência exclusiva da União, sendo permitida sua exploração

diretamente pela União, ou por meio de delegatários privados. Na prática, o setor elétrico estava quase todo verticalizado e nas mãos de empresas estatais, e os contratos que disciplinavam a compra, venda e transporte de energia elétrica não estavam disciplinados por regras de mercado, mas por determinações governamentais¹³⁵, daí se concluir pelo caráter notoriamente público dos serviços de energia elétrica, muitas vezes realizados em condições anti-econômicas, dada a essencialidade de seu fornecimento. Não por outra razão, Eros Grau pode bem perceber a regulação constitucional, conforme aplicada ao momento concreto vivenciado nos primeiros momentos da Constituição de 1988. Aqui, repetimos o quadro proposto por Grau para a organização das atividades econômicas reguladas pelo Estado:

<i>Serviço Público</i>	<i>Atividade econômica em sentido estrito</i>
a. privilégio	a. monopólio
b. atuação, ainda em regime de privilégio, de mais de um concessionário ou permissionário do serviço	b. competição

Não demoraria muito, contudo, para os três setores regulados, energia elétrica, petróleo & gás e mineração (este último, em menores proporções, como sempre) se desenvolverem de forma livre em relação à organização proposta por GRAU e, pouco tempo após, assumirem uma forma não mais compatível com o modelo. Isso porque a Constituição de 1988, em sua redação original, repetia inteiramente a fórmula de regulação setorial desenvolvida desde 1934, e que no final da década de 1970 e toda década de 1980 levou o Estado brasileiro à falência. Muito além de uma questão meramente jurídica, a então conjuntura do início da década de 1990 exigia mudanças regulatórias urgentes, se o Estado brasileiro desejasse fazer frente ao seu enorme endividamento, bem como re-estabilizar o caos econômico marcado pela crise hiper inflacionária. Como efeitos da crise, eleva-se no Brasil o sentimento de que a produtividade do setor público é inferior à do setor privado, além da redução na confiança de que o Poder Público tinha, de fato,

¹³⁵ SCHIRATO, 2010, p. 145.

capacidade para resolver os problemas econômicos e sociais originados nas décadas anteriores.¹³⁶

Já no primeiro mês do Governo Collor, em 1990, dá se o início a uma profunda reestruturação da atuação Estatal com base em uma abordagem econômica do Direito, na forma desenvolvida pelo Consenso de Washington: desestatização, desverticalização e eficientização¹³⁷.

Em relação ao setor elétrico, serviu de regulação primeira a Lei nº 8.987, de fevereiro de 1995, que regulamentou as concessões e permissões de serviços públicos no Brasil. A seguir, foi editada a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que regulamentou as concessões e permissões do setor elétrico. Em 26 de dezembro de 1996, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica ("ANEEL"), por meio da Lei nº 9.427. Em ordem técnica, a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, mudava a composição tarifária da energia elétrica e extinguiu o sistema de remuneração garantida e equalização tarifária. Essa primeira fase de alteração legislativa para o setor elétrico é concluída pela edição da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, referente ao Programa Nacional de Desestatização, e pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que autoriza o Poder Público a promover a reestruturação da Eletrobrás.

Na mineração, encerrava-se a restrição ao capital estrangeiro por meio da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, ao permitir a pesquisa e a lavra de recursos minerais por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras, e também ao revogar o artigo 171 da Constituição de 1988 que fazia distinção entre empresas constituídas sob as leis brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional. Também foram feitas diversas alterações no Código de Mineração de 1967, embora sem o condão de alterar a essência do marco regulatório setorial, por meio da Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996. Em verdade, a atividade de normatização da mineração permanecerá inexpressiva até o início do século XXI, não havendo qualquer inovação regulatória significativa após as datas acima mencionadas.

No setor de petróleo & gás, a alteração principal vem por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que trouxe alteração ao parágrafo 1º do art. 177, ao determinar que "*a União poderá contratar com empresas*

¹³⁶ MOTTA, 2003, p. 3.

¹³⁷ SCHIRATO, 2010, p. 147. Ver também SANCHES, 2011, p. 272.

estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo". A EC 9/1995 permitiu expressamente o ingresso do setor privado no setor de petróleo & gás e forneceu os subsídios necessários à edição da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), num movimento que hoje conhecemos como "flexibilização do monopólio do petróleo e gás natural".

Por uma questão de organização, apenas, iremos apontar o desenvolvimento histórico dos marcos regulatórios de energia elétrica e petróleo & gás em subtópicos apartados.

IV.4.1 O desenvolvimento regulatório do Petróleo e Gás Natural pós 88

A Lei do Petróleo pode ser considerada um marco epistemológico no conceito de energia no Brasil.¹³⁸ Pela primeira vez, a legislação compreende uma política energética una por meio da criação de uma carta programática da matriz energética brasileira formada por fontes geradoras heterogêneas (energia hidroelétrica, petróleo & gás e, mais recentemente, outras fontes alternativas de energia, como os biocombustíveis, por exemplo). A Lei também institui a Agência Nacional do Petróleo ("ANP") e regulamenta o exercício do monopólio (flexibilizado) da União no que tange às atividades hidrocarboníferas.

Como veremos mais adiante com o setor elétrico, as alterações promovidas a partir da Lei do Petróleo buscaram efetivar (i) a concorrência em diferentes etapas da cadeia de produção do petróleo & gás (desverticalização da atividade), (ii) o livre acesso às redes de transporte, por meio da regulação dos monopólios naturais e (iii) a criação de um agente regulador com capacidade discricionária suficiente para estabelecer de forma eficaz os contratos pactuados entre o setor público e o privado, bem como para se adaptar e modificar as relações do mercado.¹³⁹

De forma quase que imediata, a Lei do Petróleo suscitou questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal, no que concernem as alterações promovidas para a inserção do capital privado. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3.273, discutia-se justamente em que medida mantinha-se o monopólio da União sobre o petróleo e gás, bem como a dificuldade teórica em se conciliar o monopólio da União com a possibilidade de contratação

¹³⁸ SANCHES, 2011, p. 334

¹³⁹ Op. cit., p. 337.

empresas públicas e privadas para atuarem no setor. Àquela época, o Ministro Eros Grau proferiu o voto que nortearia o entendimento do quadro normativo do setor de petróleo & gás:

"A Constituição do Brasil enumera *atividades* que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os *bens* que são de sua exclusiva propriedade (art. 20).

A existência ou o desenvolvimento de uma *atividade econômica* sem que a *propriedade do bem* empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção.

A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles.

A distinção entre *atividade* e *propriedade* permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88).

A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

(...)

A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

(...)

A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP". (ênfases no original)

A partir da EC 9/1995 e da edição da Lei do Petróleo houve a abertura do setor ao capital privado e a flexibilização de um monopólio, que outrora se estendia do *bem* (propriedade da jazida) ao *exercício da atividade* (pesquisa e lavra)

e que passa, naquele momento, a abranger o bem e apenas parcialmente a atividade. Das alterações promovidas, dois grandes movimentos puderam ser observados: (i) a inclusão de novos agentes em regime de competição no setor de petróleo & gás, fato que forçou a Petrobras a encontrar novas formas de gerir seus planos de negócio e (ii) a inserção da Petrobras no setor elétrico, principalmente enquanto fornecedora de insumos para a geração térmica.

IV.4.2 O desenvolvimento regulatório em Energia Elétrica pós 88

A partir da segunda metade da década de 1990 dá-se o início de uma profunda reestruturação do setor elétrico, com um plano que se fundia ao complexo projeto de reforma do Estado brasileiro, que incluía medidas de desestatização, desmonopolização e privatização. Especialmente para o setor elétrico, o governo federal teve a intenção de transferir a maioria das atividades para a iniciativa privada (incluindo a transferência dos ativos da própria Eletrobras)¹⁴⁰, e, sobretudo, liberalizar o setor por meio da implantação de regimes de competição, sempre que possível.

A primeira alteração efetiva do setor veio com a edição da Lei nº 9.074/1995, remodelando as concessões no setor e criando novos regimes de atuação. Estabeleceu-se o regime de concessões distintas para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, permitindo a desverticalização dos novos empreendimentos, que passavam a ser concedidos de forma segregada.¹⁴¹ A Lei 9.074/1995 também criou a figura do autoprodutor de energia elétrica, do consumidor livre e do produtor independente de energia elétrica.

O autoprodutor é aquela empresa (ou consórcio de empresas) que produz energia elétrica para seu consumo exclusivo, no abastecimento de atividades eletrointensivas. Para esses produtores com alta dependência de energia elétrica, a criação da figura do autoprodutor de energia elétrica permitiu o desvencilhamento dos agentes de distribuição de energia elétrica.

¹⁴⁰ A Eletrobrás e suas quatro subsidiárias regionais - Chesf, Furnas, Eletrosul e Eletronorte - foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização em maio de 1995 por decreto do presidente Fernando Henrique Cardoso, então no início de seu primeiro governo (1995-1998). O plano de privatização da Eletrobrás viria a ser incluído na Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, e revogado pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. As quatro empresas geradoras de âmbito regional do grupo Eletrobrás somavam cerca de 23.000 MW de potência instalada e contribuíam com 41% do total nacional, estimado em 55.500 MW, incluindo metade da potência de Itaipu pertencente ao Brasil. Dados disponíveis em <<http://www.eletrobras.gov.br>>. Último acesso em 3 Dez. 2012.

¹⁴¹ Em 2004, a desverticalização seria alargada para todos os empreendimentos ativos.

O consumidor livre, por sua vez, é aquele que poderia escolher livremente seu fornecedor de energia elétrica, em regime privado, em razão do alto consumo de energia elétrica. Com a criação do consumidor livre, houve significativa mitigação do regime jurídico de direito público aplicado ao setor elétrico, na medida em que a contratação de energia elétrica era realizada em um ambiente exclusivamente privado, sem qualquer controle de preço, termos ou condições.¹⁴²

Por fim, o produtor independente produz eletricidade para venda a terceiros, sem qualquer vinculação a um agente de distribuição e em regime de direito privado. Conforme definido pela Lei nº 9.074/1995, é o caso de *"pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco".*

Das alterações promovidas, é possível identificar um novo modelo cunhado (i) na liberalização de energia elétrica, que passava a permitir a contratação bilateral livre entre agentes produtores (produtores independentes) e agentes consumidores (consumidores livres); (ii) na desverticalização das atividades, com a segregação das concessões por etapas da cadeia de produção e distribuição; e (iii) na livre competição na geração e comercialização de energia elétrica, enquanto transmissão e distribuição ficavam sujeitas à regulação, por força do monopólio natural.¹⁴³

Ato contínuo, em 26 de dezembro de 1996, a regulação setorial toma a forma do modelo das agências reguladoras, por meio da edição da Lei nº 9.427 e criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia especial com competência para regular, fiscalizar e mediar a prestação de serviços de energia elétrica. De se destacar o artigo 3º da referida Lei nº 9.427/1996, com importantes inovações jurídicas, tais como a promoção de licitações, a definição do conceito "aproveitamento ótimo", a gestão de outorgas e a estrutura de resolução de conflitos.¹⁴⁴

¹⁴² SCHIRATO, 2010, p. 149.

¹⁴³ SANCHES, 2011, p.294. Ver também SCHIRATO, 2010.

¹⁴⁴ A Lei nº 9.427/1996, em sua redação original:

"Art. 3o Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

Em 1998, por meio da Lei 9.648, de 27 de maio, foi implementada a última etapa normativa do que viria a ser o *Novo Modelo do Setor Elétrico*, com a criação do Operador Nacional do Sistema em substituição ao GCOI¹⁴⁵; com a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que passou a ser o ambiente obrigatório para as operações de compra e venda de energia nos sistemas interligados em regime de direito privado; e com a definição do plano de privatização do grupo Eletrobras.

No que se refere a este último, ficara claro o objetivo do Governo Federal em promover uma desconcentração do setor elétrico, por meio da pulverização dos ativos da Eletrobras, além de reduzir a participação do Estado no setor elétrico, migrando de agente operador para agente *regulador*. Nesse modelo, a Eletrobras permaneceria apenas com os ativos impassíveis de privatização, como era o caso da participação brasileira na usina de Itaipu e o controle da Termonuclear S.A.

O Novo Modelo também adotou a política de liberdade tarifária, em uma proposta de livre formação de preços na comercialização de energia elétrica conforme a negociação entre produtores e consumidores nos contratos de compra e venda, ficando as tarifas reguladas pelo Poder Público apenas no caso das

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2o e 3o do art. 5o da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6o do art. 15 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos."

¹⁴⁵ O Grupo de Controle, Otimização e Inteligência Computacional Aplicados a Sistemas de Energia Elétrica - GCOI, criado pelo art. 10 da Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973 e regulamentado pelo Decreto nº 73.102, de 7 de novembro de 1973, GCOI tinha as atribuições de coordenar, decidir ou encaminhar as providências necessárias ao uso racional das instalações geradoras e de transmissão dos sistemas elétricos interligados. Não era uma pessoa jurídica, mas um grupo coordenador que atuava de forma colegiada, do qual faziam parte a Eletrobrás, empresas concessionárias federais e estaduais de energia elétrica e representante do DNAEE e, posteriormente, da ANEEL.

concessionárias de distribuição, no fornecimento de energia elétrica aos consumidores cativos.

Não tardaria, contudo, para o Novo Modelo apresentar as suas ineficiências, a começar pela implantação apenas parcial do Acordo de Mercado (regras instituídas pelos próprios agentes do setor de energia elétrica de forma a auto-regular a geração, comercialização, importação e exportação no livre mercado), homologado apenas em 3 de agosto de 2000 com diretrizes de aplicação gradual. O insucesso da autorregulação e o crescente número de pendências e disputas entre os agentes do setor elétrico vieram a mitigar à atuação do MAE e do livre mercado por ele proposto, eis que o MAE passa a ser "submetido a autorização, regulamentação e fiscalização pela Aneel"¹⁴⁶.

Mais importante que as deficiências estruturais do Novo Modelo, a partir de 1997 temos uma nova abrupta escassez de recursos financeiros, decorrente de crises econômicas nos países em desenvolvimento, sobretudo nos países asiáticos, além da moratória da Rússia, em agosto de 1998. O cenário externo negativo reduziu o influxo de investimentos nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, e a redução do volume de crédito contribuiu para a estagnação setorial que culminaria, em 2001, com o racionamento de energia elétrica.¹⁴⁷ Essa (nova) crise de abastecimento foi abordada em três tentativas distintas de solução.

A primeira solução foi a tentativa de suprimento. O setor elétrico dava os seus primeiros passos sob o novo modelo regulatório e a redução de investimentos de capital estrangeiro encolhiam o desenvolvimento setorial. Em verdade, o parque gerador de energia elétrica permanecia substancialmente o mesmo desde a década de 1980, e os novos empreendimentos sob o novo regime estavam apenas em fase embrionária, haja a vista a opção pela matriz hidráulica exigir um prazo maior de instalação para haver o aumento da capacidade geradora. Para mitigar os efeitos de uma crise energética iminente, o Governo criou o Programa Prioritário de Termelétricidade ("PPT", instituído pelo Decreto nº 3.371, de 24 de fevereiro de 2001), apostando no fomento da geração termelétrica, cujo prazo de instalação é inferior ao da energia elétrica.

¹⁴⁶ Medida Provisória nº 29, de 7 de fevereiro de 2002, convertida na Lei nº 10.433, de 24 de abril 2002.

¹⁴⁷ SANCHES, 2011, p. 306.

Como o PPT não obteve os resultados pretendidos no curto prazo, e considerando o agravamento da crise em razão dos longos períodos de estiagem nos anos 2000 e 2001, a segunda tentativa de solução foi calcada em medidas emergenciais, entre elas o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, instituído pela Medida Provisória nº 2.152, de 22 de maio de 2001. As medidas emergenciais buscavam criar mecanismos de aumento na oferta de energia elétrica e de novos investimentos. Seus efeitos práticos, contudo, lançaram significativa ameaça de segurança jurídica e provocaram instabilidade regulatória sobretudo das normas editadas pela ANEEL, que passaram a se sujeitar a uma enorme variação normativa.¹⁴⁸

O racionamento de energia elétrica teve efeitos devastadores sobre a economia brasileira, com a retração do crescimento e afugentamento de capital ante a elevação do risco em se desenvolver atividades econômicas no Brasil. Com os níveis de armazenamento das usinas hidrelétricas restabelecidos no início de 2002, era dado o fim do racionamento de energia elétrica e iniciada uma ampla revisão do marco normativo setorial. A revisão irá coincidir com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao Governo Federal, com uma visão menos pró-mercado, o que certamente irá influir na regulação. Aliás, era a proposta política para o setor elétrico brasileiro:

Energia

26. O novo governo vai restabelecer o planejamento estratégico que existia no setor elétrico e foi abandonado com a tentativa de implementação de um modelo de mercado. Com o desmonte do planejamento integrado, a cisão e privatização de empresas, o Brasil abriu mão da sinergia de seu sistema e de uma de suas principais vantagens: a produção da energia elétrica mais barata do mundo. O planejamento integrado proposto exige uma nova estrutura institucional, envolvendo: hidroeletricidade, petróleo e gás natural, carvão, geração nuclear (Angra I e II), fontes alternativas (eólica, solar e biomassa), eficiência energética e cogeração e geração desconcentrados.

27. Para os objetivos definidos no planejamento, deverá ser mobilizado o setor público e incentivado o setor privado. (...) ¹⁴⁹

Nesse novo contexto, o regime de completa liberalização criado entre 1995 e 1998 foi alterado sem que sequer tenha efetivamente existido. Como consequência do racionamento de energia elétrica e das novas medidas regulatórias

¹⁴⁸ SCHIRATO, 2010.

¹⁴⁹ Programa de Governo do PT, disponibilizado para as eleições de 2002.

que passarão a ser implementadas, a comercialização de eletricidade deixa de ser livremente pactuada, passando a ser dependente de processos de licitações públicas no caso de alienações das geradoras federais e também para a compra de todas as concessionárias de distribuição. Fica instituído um *Novíssimo Modelo do Setor Elétrico*, de formato híbrido entre o liberalizado e o regulado.

Para nosso estudo, não é relevante esmiuçar a atual disciplina do setor elétrico, bastando-nos afirmar que, ante à crise originada no início do século XXI, o Estado brasileiro institui dois ambientes distintos para comercialização de energia elétrica, a saber, o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Quanto ao papel do Estado, se esse pretendia tornar-se apenas regulador no modelo liberal de 1995, antes mesmo que esse modelo pudesse ter sido efetivamente posto em funcionamento mudanças conjunturais refletiram significativamente nas suas funções desempenhadas no setor elétrico.

Nessa esteira, o Estado conformou-se, no setor elétrico, às funções de regulador (ANEEL), planejador (Ministério de Minas e Energia), fomentador (BNDES e outras instituições financeiras públicas) e prestador (sobretudo pelo Grupo Eletrobrás), esta última função decorrente de (i) uma privatização incompleta das empresas estatais, a ensejar um hibridismo setorial, e também (ii) de uma revalorização das empresas públicas como instrumentos de políticas públicas setoriais.¹⁵⁰

IV.5. O que nos conta a evolução dos marcos regulatórios

Quando nos propusemos a fazer um resgate histórico da evolução das regulações setoriais, assim o fizemos com o objetivo principal de identificar os motivos jurídicos que ensejariam as diferenciações normativas responsáveis pela criação de três marcos regulatórios distintos e autônomos entre si.

O curioso é notar que em nenhum momento de diferenciação regulatória houve um esforço analítico-jurídico prévio, com o objetivo de apartar os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás. Muito menos houve uma definição *a priori* dos institutos jurídicos aplicáveis aos três setores, em decorrência de uma suposta vinculação ontológica a uma determinada forma de atuação

¹⁵⁰ SCHIRATO, 2010, p. 165.

econômica (se serviço público, monopólio, ou atividade econômica em sentido estrito). Nesse aspecto, convém destacar uma observação de LOUREIRO, no contexto das inovações normativas do início do século XX, que bem poderia ser estendida, *grosso modo*, ao modelo brasileiro de produção regulatória:

"Um ponto importante a ser notado é que nossos autores não fizeram qualquer esforço analítico para distinguir, no interior do conceito de serviço público econômico, diferenciadas manifestações suas, capazes de fundar ulteriores distinções dogmáticas, como a que hoje (supostamente) sustenta a separação entre "monopólios" e "serviços públicos". Nesse estágio incipiente (não necessariamente equivocado), havia uma preocupação geral e genérica, não esgalhada em ramificações e sutilezas relacionadas com diferentes interesses públicos ("imperativos de segurança nacional", "coesão social", "interdependência social", "relevante interesse coletivo" etc.). A questão era: como justificar a atuação estatal (em suas variadas manifestações)? A resposta foi: recorrendo a qualquer elemento que possa ser reconduzido à ideia de "interesse público".¹⁵¹

Como já suspeitávamos durante a Seção I deste nosso estudo, os argumentos associados à definição das atividades setoriais reguladas enquanto serviços públicos, monopólios ou atividades econômicas em sentido estrito, passaram *a latere* do surgimento e desenvolvimento das distintas regulações setoriais, e sobreviveram basicamente por meio do debate doutrinário.

De fato, a despretensão legislativa com um maior rigor jurídico-dogmático faz nos sugerir que sequer era necessário, durante todo esse período de mais de um século, dar maior importância em definir se a atividade, *per se*, deveria ser considerada privada ou pública. Aliás, essa negativa de definição *a priori* da essência da atividade no plano constitucional sugere que do ponto de vista constitucional existe uma *utilidade pública* inerente aos setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, mas que a indexação a um "serviço público", ou a definição de regras preponderantes de Direito Privado ou de Direito Público, somente seriam possíveis se fosse conhecido o destino final da prestação do serviço.

Quanto aos diferentes níveis de especialização regulatória existentes para os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, o estudo histórico das alterações nos sugere que o impulso legislativo é decorrente de um contexto meta-jurídico favorável à mudança, sobretudo o surgimento de diversas crises

¹⁵¹ LOUREIRO, 2011, p. 62

setoriais que exigiram uma resposta estatal (resposta, essa, que se manifestaria na forma de novas regulações). Vale dizer, o desenvolvimento dos distintos modelos regulatórios no Brasil está, preponderantemente, em função de crises econômicas e, sobretudo, crises de produção nos setores regulados. Não é coincidência, por exemplo, que dois marcos regulatórios sobre eficiência energética surgiram às vésperas de duas crises no fornecimento de eletricidade: os racionamentos de 1987 e de 2001.¹⁵²

A tese da regulação-pela-crise nos permite, também, explicar de forma razoável a razão do parco desenvolvimento da regulação do setor mineral durante o século XX, quando comparado à notável evolução dos setores de energia elétrica e petróleo & gás. Como observamos anteriormente, a história brasileira é marcada por uma série de deficiências no abastecimento energético, cujas falhas foram apontadas, inclusive, como principal elemento impeditivo de desenvolvimento econômico. Em paralelo, a ausência de uma política de fomento à mineração no Brasil (salvo para o caso de exploração de minerais estratégicos) contribuiu para que o setor permanecesse adormecido, sem possuir relevância suficiente para gerar/sofrer com as crises econômicas e/ou setoriais. Nos casos excepcionais em que a atividade de mineração superava esse estado de latência, as inovações regulatórias eram implementadas por meio de legislação específica aplicável apenas ao minério em destaque (como no caso da separação da regulação de petróleo & gás), e não afetavam o setor como um todo.

¹⁵² BERCOVICI, 2011.

V. A *PUBLICATIO* COMO BASE FORMAL COMUM DAS ATIVIDADES REGULADAS

A ausência de um elemento normativo com capacidade *a priori* para segmentar os setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás faz com que a evolução dos marcos normativos fique, em uma primeira análise, sem rumo definido.

Todavia, muito antes de se preocupar com os destinos setoriais, isto é, de se começar a fazer distinções entre o que é monopólio, serviço público ou atividade econômica em sentido estrito (aplicando essas distinções aos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás), é necessário perceber que os setores regulados são, em verdade, muito mais próximos do que separados, sob o ponto de vista jurídico. Quando tentamos, então, diferenciar "monopólios" e "serviços públicos" notamos ainda mais a proximidade das duas categorias que apartam, em conjunto, determinados serviços e atividades da regra geral da livre iniciativa, estampada na Constituição de 1988.¹⁵³

Com efeito, o que existe é uma *aproximação jurídica*, em contrário à reiteradamente defendida *distinção jurídica* para os setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás. E não havendo característica distintiva *a priori*, o elemento que une os setores regulados é uma declaração de relevância pública, que nossa história jurídica consagrou situar no texto constitucional sob a forma de instituição de competências públicas para atuar de forma material¹⁵⁴ no campo econômico.

¹⁵³ LOUREIRO (2009, p. 44) faz uma descrição conjunta do setor energético (energia elétrica e petróleo & gás), embora pertencentes às insígnias aparentemente diferentes do serviço público e monopólio: "*Parcela considerável das atividades energéticas foi a ele [Estado] reservada pela Constituição, em tratamento desviante da regra geral de liberdade de iniciativa da ação econômica. A presença de empresas privadas foi contemplada na qualidade de possíveis agentes de execução da atividade, como delegados ou contratados. Em síntese, os princípios da livre iniciativa (art. 3º, IV) e livre concorrência (art. 170, IV) sofrem refrações por conta do ambiente específico em que se encontram.*"

¹⁵⁴ "Material", aqui, está em dois sentidos. O primeiro, em oposição à competência legislativa, cuja atuação Estatal satisfaz-se na realização de atos abstratos. Aqui, a competência material é a satisfação do Estado por meio da tomada de atos concretos (a concepção é sugerida por ITIBERÊ RODRIGUES, 2007). O segundo sentido, uma oposição a "formal" ou, ainda, "burocrático". Evidentemente, quase todas as atuações do Estado, com exceção de poucos atos internos da administração pública, refletem, em alguma medida, no campo econômico e possuem a capacidade para influenciar a atividade dos agentes privados e públicos em uma determinada atividade. Quando falamos de competência material nessa concepção, contudo, queremos enfatizar a capacidade que tem o Estado de moldar de determinados setores econômicos forma significativa, evidente e direta, por meio da definição de um modo de proceder específico para o desenvolvimento econômico, seja

O fundamento jurídico da atuação estatal nas atividades de mineração, energia elétrica e petróleo & gás é um só, não três como costumamos pensar, e está calcado na competência pública exclusiva da União em regular esses setores. Em conjunto, portanto, pertencem ao mesmo gênero jurídico das *atividades reservadas do Estado*:

"Muito antes do que começar distinguindo “monopólios” e “serviços públicos”, é necessário dar-se conta da proximidade das duas categorias da perspectiva jurídica: numa Constituição, como a de 1988, que consagra a livre-iniciativa e a livre concorrência como vetores primeiros da organização das atividades econômicas, “monopólios” e “serviços públicos” são fundamentais instrumentos *de sentido contrário* que limitam, excluem ou mitigam a valência dos princípios referidos. E isto é um dado normativo da maior relevância que justifica — ao menos no início da análise da Ordem Constitucional — uma *aproximação* das duas figuras num mesmo gênero, no lugar da imediata e radical separação que sofrem com o esquema “serviço público” *versus* “atividade econômica em sentido estrito”. Eles são, sim, distintos, mas, são *espécies distintas de um mesmo gênero*: o das *competências públicas* (materiais) *de cunho econômico* ou, mais sucintamente, *atividades reservadas*.”¹⁵⁵

O conteúdo jurídico por trás da regulação setorial, portanto, é o fenômeno da *tomada-para-si*, da publicização (*publicatio*) que o Estado promove ao declarar-se exclusivamente competente para moldar determinadas atividades econômicas conforme entender necessário. A ação da *publicatio* é, certamente, uma violência ao status imediatamente anterior (em que não havia a instituição de competência privilegiada), mas que se justifica no *interesse público* envolvido no exercício de determinada atividade econômica. É uma violência, inclusive, do Estado contra o próprio Estado, se bem lembrarmos que as atividades de energia elétrica, desde o seu surgimento, tiveram um tratamento jurídico sob a forma do interesse público, embora a competência regulatória estivesse segregada nas esferas local, estadual e federal.

E não se pense que a *publicatio* é um instrumento de extensão normal da atuação estatal sobre as atividades econômicas. Com exceção de modelos de Estado Máximo (Estados de bem estar social, ou mesmo totalitaristas), que

na forma abstrata-legislativa, seja na forma de prestação direta da atividade. Isto é, para fomentar ou contrair uma atividade econômica sobre a qual existe competência material, o Estado não precisa de medidas indiretas como incentivos fiscais, por exemplo. Em contrário, no uso de sua competência material o Estado pode definir diretamente o “tamanho” da atividade econômica, definindo os papéis que deverão ser desempenhados por agentes públicos e privados em um determinado mercado, simultaneamente *in concreto* e *in abstracto*.

¹⁵⁵ LOUREIRO, 2011, p. 50.

compreendem o Estado enquanto força motriz da atividade econômica, esta na maioria dos casos, e sobretudo na história brasileira, foi desempenhada por agentes privados, na esfera do direito privado. A *publicatio* significa, então, constrangimento da esfera privada (sobretudo nos ordenamentos jurídicos de cunho liberal), e só tem razão em casos excepcionalíssimos em que o interesse público é patente. Curiosamente, o próprio conceito de "*patente interesse público*" é incerto e limitado a uma razão discursiva¹⁵⁶, não havendo qualquer expectativa de chegarmos, um dia, na definição clara do quê é ou não é o interesse público, em sua essência.

Temos, portanto, um típico caso de violência estatal¹⁵⁷ justificado no *interesse público*. Este, por sua vez, outro conceito de conteúdo de difícil definição que, justamente por ser capaz de fundamentar qualquer ação estatal acaba, concomitantemente, justificando nenhuma. Não é coincidência, portanto, o fato da *publicatio* ocorrer em momentos de grande comoção social, normalmente casos excepcionais de grande instabilidade econômica e/ou política capazes de gerar uma mobilização suficiente para transformar fatores eminentemente políticos¹⁵⁸ em fundamentos para a próxima grande alteração do ordenamento jurídico.

Uma vez inserida a atividade econômica no bojo das competências públicas (na forma de uma *atividade reservada* porque o interesse público assim permite), as alterações normativas futuras dependerão menos do contexto político excepcional e oscilarão de acordo com a natural mutabilidade do interesse público, que variará de conteúdo na medida em que se alteram os fatores contextuais de sua formação. A respeito da lógica de variação normativa, SANCHES observa que tivemos na história jurídica brasileira apenas dois períodos de *publicatio*, sendo as demais mudanças na regulação decorrente apenas da mudança de entendimento sobre o que é o interesse público:

Salvo o período de federalização [1934-1945] e o de regulação [a partir de 1990], que talvez sejam aqueles que mais se aproximaram de uma ruptura de fato com o regime jurídico anterior, nenhum outro período constituiu uma novação jurídica total, correspondendo a uma continuidade normativa

¹⁵⁶ HABERMAS, 1997.

¹⁵⁷ O termo "violência" é aqui empregado em seu viés filosófico, e não em um sentido mais prático, atrelado à "ilegalidade". Não se trata de um ato ilegal, mas sim uma perturbação à ordem jurídica imediatamente anterior.

¹⁵⁸ Não se deve ignorar o fato de que o conceito de interesse público é muito mais associado ao plano político, do que ao plano jurídico, muito embora inúmeras sejam as menções ao interesse público na Constituição e legislações ordinárias.

com adaptações sobre o que cada governo entendia como "Interesse Público".¹⁵⁹

Melhor detalhando, a *publicatio* dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás sob a batuta da União é concomitante à ascensão de Getúlio Vargas à presidência do Brasil, na forma de uma eleição indireta por Assembleia Constituinte quatro anos após a Revolução de 30. Não bastasse, a conjuntura internacional do pré-guerra refletiu-se na instituição de um estado de sítio no Brasil em 1935, seguido pela declaração de estado de guerra no ano seguinte, com a suspensão de direitos civis e perseguição aos considerados "ameaça à paz nacional".¹⁶⁰

¹⁵⁹ SANCHES, 2011, p. 33

¹⁶⁰ A conjuntura política que permitiu a *publicatio* dos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás é explicada de forma clara no trabalho organizado por Dulce Pandolfi (1999, p. 10): "(...) durante o Estado Novo — o regime autoritário implantado com o golpe de novembro de 1937 —, Getúlio Vargas consolidou propostas em pauta desde outubro de 1930, quando, pelas armas, assumiu a presidência da República. Como da Revolução de 30 haviam participado forças políticas bastante diversificadas, distintas eram as visões a respeito da condução do processo revolucionário. Enquanto uns defendiam medidas mais centralizadoras e autoritárias, insistindo na necessidade de um regime forte e apartidário, outros pregavam medidas mais liberais e lutavam por maior autonomia regional. Por isso, entre a revolução e o golpe, as disputas foram intensas. Ao longo desse tumultuado percurso, segmentos importantes das elites civis e militares foram sendo alijados do poder. Em 1932, São Paulo, em armas, rebelou-se contra o governo central, exigindo o fim do regime ditatorial. Derrotados militarmente, os paulistas tiveram ganhos políticos. Em junho de 1934, parlamentares escolhidos pelo voto direto promulgaram uma Constituição e elegeram o então chefe do governo provisório — Getúlio Vargas — para a presidência da República. Grosso modo, a nova carta representava uma vitória de setores mais liberais. Ao mesmo tempo em que assegurava o predomínio do Legislativo e ampliava a capacidade intervencionista do Estado, buscava evitar que essa ampliação do poder intervencionista do Estado fosse confundida com um aumento do poder do presidente da República. De acordo com as regras do jogo, o mandato presidencial teria a duração de quatro anos, não sendo possível a reeleição. Ou seja, em 1938, Getúlio Vargas teria que sair da presidência.

Com a instalação de um governo constitucional, o clima político do país radicalizou-se. Dois importantes movimentos de massas, com conotações ideológicas bem distintas, mobilizaram a população: a Ação Integralista Brasileira (AIB), nacionalista e antiliberal, e a Aliança Nacional Libertadora (ANL), nitidamente de oposição a Vargas e que congregava socialistas, comunistas, católicos e nacionalistas. Em novembro de 1935, levantes comunistas eclodiram em Natal, Recife e Rio de Janeiro. As revoltas foram debeladas rapidamente, mas o "perigo comunista" passou a ser utilizado como justificativa para o governo intensificar e aprimorar mecanismos de repressão e de controle da sociedade. Abrindo mão de suas prerrogativas, o Legislativo aprovou medidas que implicaram o fortalecimento do Executivo e que conduziram a um gradativo fechamento do regime. A escalada repressiva iniciada em 1935 teve como desfecho o golpe de 10 de novembro de 1937, que deu origem ao Estado Novo. Naquele dia, alegando que a Constituição promulgada em 1934 estava "antedatada em relação ao espírito do tempo", Vargas apresentou à Nação nova carta constitucional, baseada na centralização política, no intervencionismo estatal e num modelo antiliberal de organização da sociedade. No mesmo período, experiências semelhantes estavam em curso na Europa: Hitler estava no poder na Alemanha, Mussolini na Itália e Salazar em Portugal. Aliás, desde o final da I Guerra Mundial, o modelo liberal clássico de organização da sociedade vinha sendo questionado em detrimento de concepções totalitárias, autoritárias, nacionalistas, estatizantes e corporativistas."

O contexto político permitiu, portanto, a *publicatio* dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, todos igualmente inseridos na Constituição de 1934 como de competência da União (em razão do relevante interesse público das atividades) e sujeitas ao mesmo tratamento constitucional dos artigos 118 e 119.¹⁶¹ Após, o tratamento unitário permaneceria na redação da Constituição de 1937, na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967. Cabe frisar, como já destacamos, que o movimento de segregação do setor de petróleo & gás de sua origem no marco regulatório da mineração surgiu exclusivamente no plano infraconstitucional, para só após passar a ser autonomamente tutelado pelo texto constitucional.

Em todos esses momentos, o alerta em contrário à violência da *publicatio* permaneceu evidente, embora não fosse forte o suficiente para impedir as modificações que surgiam com fundamento na excepcionalidade do contexto meta-jurídico. Foram vários os posicionamentos contrários às mudanças dos marcos regulatórios (isto é, contrários ao fenômeno da *publicatio*), ora porque representavam ilegal afronta a direitos adquiridos, ora porque simplesmente não se enquadravam à "real natureza" das atividades reguladas, as quais eram supostamente submetidas à uma legislação artificial e incompatível. Assim foi o caso do fim do regime de acessão na mineração:

¹⁶¹ Constituição de 1934:

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 aproveitamento industrial.

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.

§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas.

§ 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.

"Em parecer datado de 7 de julho de 1936, Plínio Barreto defendeu a inconstitucionalidade do Código de Minas. Para Barreto, apesar de sua data ser 10 de julho de 1934, o Código só teria sido publicado em 20 de julho de 1934, portanto, posteriormente à promulgação da Constituição de 1934, ocorrida em 16 de julho. O artigo 18 das Disposições Constitucionais Transitórias aprovou todos os atos do Governo provisório só até a promulgação da Constituição. Como o Código de Minas não havia sido publicado, não estaria, para Plínio Barreto, em vigor antes da promulgação da Constituição de 1934, portanto, sua fonte seria um poder normativo excepcional do qual o Poder Executivo já não mais disporia, sendo inconstitucional. (...)

Além da questão da data de publicação do Código de Minas, Plínio Barreto e Messias Junqueira afirmavam que a incorporação das jazidas desconhecidas ao patrimônio nacional (artigo 5º do Decreto nº 24.642/1934 era inconstitucional porque feria o direito de propriedade (artigo 524 do Código Civil de 1916), domínio ilimitado que também abrangia a propriedade do subsolo (artigo 526 do Código Civil de 1916). (...) As palavras contundentes de Messias Junqueira, para quem o Código de Minas era '*subversivo*' e '*reaccionario*' exemplificam bem a reação às medidas adotadas pelo Governo Provisório para a Nacionalização do subsolo brasileiro:

*'Documento absolutamente imprestavel, attento o seu vicio de origem, vem tumultuar, quando não subserver, o regimen da propriedade brasileira, em relação ás riquezas do sub-solo.'*¹⁶²

... e também o caso da superação da regulação do setor elétrico em âmbito local e estadual, em prol da competência da União:

"Quando, já em 1921, o Congresso Nacional brasileiro fez nova e infeliz tentativa para legislar um 'código de águas' nacional, Alexander Mackenzie reagiu alarmado. 'É um documento monstruoso, e, se aprovado, colocará um ponto final no desenvolvimento da energia aqui por muitos anos, já que limita as concessões em 25 anos e regulamenta tantas coisas diferentes, inclusive preços, que jamais pensaríamos em desenvolver energia hídrica sob suas cláusulas'.¹⁶³

"O monopólio das loterias existe naturalmente enquanto existirem as loterias; é propriedade do Estado, senhor absoluto desta faculdade, que ele criou a beneficio seu.

Agora, a faculdade de distribuir força elétrica, está é coisa muito diversa, esta evidentemente é uma manifestação da nossa atividade individual em um dos ramos ordinários do comércio em toda parte"¹⁶⁴

... e, idem, com a instituição do monopólio do petróleo, sob o *slogan* "O petróleo é nosso!"¹⁶⁵.

¹⁶² BARRETO e JUNQUEIRA *apud* BERCOVICI, 2011, p.96.

¹⁶³ MCDOWALL, 2008, p. 227.

¹⁶⁴ BARBOSA, Rui (*Discursos Parlamentares*) *apud* SANCHES, 2011, p.83.

¹⁶⁵ *Slogan*, esse, que marca a discussão sobre o petróleo a partir da década de 1940.

"Havia basicamente dois grupos políticos que pleiteavam interesses opostos. O primeiro defendia a necessidade de uma política internacionalista, que admitia a necessidade de empresas estrangeiras investirem no Brasil, por entender que o país não tinha capital, técnica nem tecnologia para essa empreitada, de forma que 'o petróleo ia ficar debaixo da terra', caso não se admitisse a atuação de empresas internacionais. Por seu turno, os nacionalistas, que empregavam o bordão 'O petróleo é nosso!', tiveram o ano de 1948 como ponto de inflexão. (...) Assim, havia a defesa do monopólio estatal do petróleo por meio da criação de mecanismos eficazes do Estado, que incluiria a criação de uma empresa nacional para a exploração do 'ouro negro'".¹⁶⁶

A segunda ruptura normativa indicada por SANCHES é a alteração implementada a partir da década de 1990, na construção de um Estado Regulador organizado em agências reguladoras e reinserção do capital privado como força motriz das atividades reguladas. Essas alterações também foram levadas em um contexto de extremos, marcado pela instabilidade política de uma recente redemocratização, uma economia desestruturada pela hiperinflação e um Estado falido e carente de financiamento.

Sobre os pontos de inflexão e abertura dos setores regulados, já tecemos nossos comentários nos itens IV.4.1 e IV.4.2 da seção acima, bastando-nos aqui fazer uma breve extensão. Tal como no caminho da liberalização do mercado, observado para o setores de energia (elétrica e petróleo & gás) e que fora contestado quando da instituição dos modelos de agências reguladoras e privatização das empresas estatais (esta, efetuada apenas parcialmente, em razão de uma mudança de governos), as mais recentes mudanças decorrentes da instituição do marco regulatório do pré-sal e da discussão da renovação de energia elétrica também propiciam calorosos debates sobre se o Estado estaria ainda trabalhando dentro de seu escopo de definição do "interesse público", ou se estaria alterando os próprios limites e estruturas do Estado Regulador brasileiro, cujo esboço data do início da década de 1990. Para o novo marco do Pré-sal, por exemplo, VILLELA aponta novamente a existência de uma violência, por parte do Estado, em retornar a exploração de petróleo & gás a um *status* mais público e intervencionista¹⁶⁷:

¹⁶⁶ SANCHES, 2011, p.249.

¹⁶⁷ Conforme a apresentação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei que instituía as novas bases jurídicas para a exploração do Petróleo na camada do Pré-Sal: "*mostrou-se evidente que o atual marco regulatório firmado pela Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997 – Lei do Petróleo – não é*

"VILLELA, em parecer elaborado para o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, além de fatores negativos de ordem econômica¹⁶⁸, aponta que o novo marco não se coaduna com uma interpretação sistemática do texto constitucional, uma vez que "a norma do artigo 173, §1º, CF, foi editada com intuito de proteção ao particular"; tampouco com uma interpretação histórica das mudanças no texto constitucional, "que nada autoriza que sejam conferidas prerrogativas que induzam o retorno a um regime de monopólio de exploração em favor de empresa sob controle estatal". Conclui ao afirmar que "as propostas [hoje, leis] atentam contra os princípios invocados [violação da proporcionalidade em sentido estrito, livre iniciativa, livre concorrência, isonomia e segurança jurídica, entre outros] e contra a própria evolução normativa do tema"¹⁶⁹

E, para além das grandes mudanças de 1934-1945 e 1990 em diante¹⁷⁰ é possível identificar, ainda, situações de micro-crise, ou de acentuado interesse público para uma atividade muito específica, capaz de fazer ser instituída uma regulação própria com fortes elementos publicistas. Esses micro-setores, inseridos nos modelos macro regulados de energia elétrica, petróleo & gás e

suficiente para permitir, em vários sentidos, o adequado aproveitamento das reservas descobertas na nova província petrolífera do Pré-Sal. O marco regulatório vigente, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, foi fundamentado nas premissas que levaram à promulgação da Emenda Constitucional no 9, de 1995. Assim, disciplinou-se a possibilidade de a União contratar as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, existentes no território nacional, por meio de concessão, a serem desenvolvidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

(...) propõe-se que seja introduzida no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos mediante a realização de contratos de partilha de produção. Trata-se de modalidade de contratação praticada em cerca de quarenta países, nos quais o Estado mantém a propriedade do petróleo e do gás produzidos, assegurando-se ao contratado, para a realização das atividades, parcela dessa produção, deduzidos os custos das atividades realizadas.

O novo desenho contratual faz-se necessário em um contexto de baixo risco geológico, no qual são gerados excedentes de rendas significativos que devem ser maximizados pelo Estado e revertidos para a sociedade sob a forma de ações de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental." (Projeto de Lei nº 5.938/2009)

¹⁶⁸ José Carlos Vasconcellos dos Reis, citado por VILLELA: "Portanto, uma alteração de tal envergadura na legislação atual só seria possível se antecedida de profunda análise técnica de todas as vantagens e desvantagens desses modelos, à luz das concretas circunstâncias da realidade brasileira, e mediante aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de interesses. (...) O que, afinal, se gogita, com relação às reservas do pré-sal, é a elevação do government take. E, para resolver essa questão, talvez não seja necessária nenhuma alteração de vulto no alicerce normativo já em vigor, com vistas ao melhor proveito possível das reservas do pré-sal. Basta que se aplique adequadamente o instituto das participações especiais (...), considerando os campos do pré-sal como de alta produtividade" (REIS, José Carlos Vasconcellos, *apud*, VILLELA, p.27, 2009).

¹⁶⁹ CASTRO, 2012, p. 10.

¹⁷⁰ Ainda não é possível identificar se já alcançamos uma maturidade institucional suficiente para declarar "encerrado" o período de inovação regulatória, passando-se novamente ao período de oscilação conforme variação do interesse público.

mineração nos auxiliam a compreender que tão somente o fenômeno jurídico da *publicatio* já é suficiente para permitir a gradação da regulação setorial conforme fatores meta-jurídicos. Em outras palavras, a constatação de diferentes níveis de intervenção estatal para um mesmo setor faz transparecer que uma atividade macro não é *per se* pública ou privada, e estará sujeita à oscilações regulatórias constantes, desde que esteja previamente vinculada ao interesse público instituído pelo fenômeno da *publicatio*.

É o caso, por exemplo, da regulação de exploração de lenha, no Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro)¹⁷¹, e também de alguns casos de regulação de pós-lavra no setor mineral, na medida em que determinados minerais alcançavam uma importância estratégica suficiente para provocar a elaboração de legislação específica¹⁷². Seguem alguns exemplos desses destaques de regulação micro-setorial, em que enfatizamos a aplicação de regulação de pós-lavra:

Decreto Lei nº 466/38

Art. 1º A garimpagem, o comércio de pedras preciosas e o estabelecimento e atividade comercial das lapidações, ficam subordinados às prescrições deste decreto-lei.

Art. 8º. Podem comprar pedras preciosas em bruto:

a) as cooperativas de garimpeiros, quando autorizadas, especialmente, por decreto do Presidente da República.

b) as pessoas físicas ou jurídicas, de reconhecida idoneidade moral, provada com documentos julgados aptos pelo Ministério da Fazenda e desde que tenham depositado no Tesouro Nacional ou nas delegacias fiscais, para garantia de fiel execução das obrigações do ofício, a caução de cinco contos de réis (5:000\$000);

c) independentemente de decreto de autorização, os lapidadores, fabricantes e comerciantes de jóias e obras de ourives

Art. 13. As pedras preciosas garimpadas só poderão ser vendidas pelos garimpeiros a compradores autorizados, a lapidários, a fabricantes e comerciantes de jóias e obras de ourives, legalmente estabelecidos.

Art. 59. O Governo Federal, quando julgar conveniente, poderá instituir o monopólio da compra de pedras preciosas nas zonas de garimpagem, a

¹⁷¹ "E o processo de urbanização no Brasil começava a se acelerar. Uma lenha cara naquela época [1930] equivaleria ao efeito nefasto do aumento da eletricidade ou da gasolina nos tempos atuais. Com tamanha importância desse insumo, havia a necessidade de uma regulação estatal mais robusta e estruturada, de forma a ordenar seu plantio, sua extração e seu transporte. Nesse cenário, o Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, que aprovou o Código Florestal, tinha como um de seus principais objetivos regular e fiscalizar o fornecimento de lenha para o desenvolvimento urbano" (SANCHES, 2011, p. 146).

¹⁷² De se destacar que, não obstante o setor mineral (privado) como um todo não se conformar com qualquer tentativa do governo em instituir uma política mais aberta de regulação de pós-lavra, esta esteve presente sempre que um determinado recurso mineral ganhava maior relevância estratégica, política ou econômica.

bem da defesa dos interesses econômicos do país e da proteção aos garimpeiros.

DL 3.076/41 - exportação de quartzo

Art. 3º A exportação para o exterior, dos cristais das classes A, B e C, só poderá ser feita por preços não inferiores aos constantes de tabelas organizadas ou aprovadas pelo Conselho Federal de Comércio Exterior.

Art. 7º A exportação do quartzo para o exterior só será permitida pelos portos do Rio de Janeiro e Salvador.

DL 3.605/41: “Art. 1º Enquanto não se normalizar a situação do mercado interno, fica reservada a produção do carvão extraído das minas situadas no Estado de Santa Catarina ao consumo do país.”

DL 4.613/42: Considerando que o suprimento de carvão nacional às empresas de transportes marítimos e terrestres, às que fabricam gás e à que executam serviços de utilidade pública, impõe a adoção de medidas acautelatórias para a garantia de tais atividades;
Considerando que é de toda a conveniência estabelecer-se o racionamento desse combustível, afim de que não se venha a verifica qualquer desequilíbrio nessas atividades;
Considerando que, para esse fim, se torna imprescindível atribuir-se a um só órgão da administração pública o controle das medidas decorrentes desse racionamento; e usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição,

Decreta

Art. 1º Fica instituída, como medida de emergência, a entrega obrigatória ao Governo Federal de todo o carvão nacional destinado ao mercado brasileiro, fora dos Estados produtores.

De se destacar, por fim, que a leitura da regulação enquanto consequência única da *publicatio*, ficando as diferenciações de regulação setorial sujeitas a questões de ordem técnica e/ou meta-jurídicas (com o objetivo de realizar o *interesse público*) não é uma visão inteiramente inovadora, ou sem precedentes em nossa história de direito administrativo.

Com efeito, a discussão doutrinária travada durante a primeira metade do século XX no Brasil, entre adeptos da teoria do *service public* francês e do *regulation* norte-americano, faria surgir também um terceiro grupo de doutrinadores que não se importariam em seguir à risca os fundamentos traçados por cada um dos modelos, e que transitavam livremente pelas diferenças teóricas.

Parte da doutrina à época, então, já abordava o fenômeno da regulação setorial como um conjunto de medidas decorrentes do mesmo fundamento jurídico, qual seja, o fato das atividades serem caracterizadas como *Serviços de Utilidade Pública*. A tese, defendida por Bilac Pinto é exemplo desse

ponto de vista favorável à *regulation*, porém com alguns "incrementos". Para Bilac Pinto, sendo certo que as atividades e a propriedade estariam sujeitas a uma atenção estatal "especial", sempre que dotadas de uma característica de *public utility*¹⁷³, essa atenção especial poderia ser manifestada de forma ampla, com outorga de poderes normativos expressivos para agentes delegatários¹⁷⁴, que poderiam instituir regras no plano infraconstitucional, com fluidez, à medida que os setores exigissem mudanças nas regulações setoriais.¹⁷⁵

Através do exercício das suas funções normativas poderão as comissões baixar instruções, regras e determinações gerais e obrigatórias para todas as empresas e impor standards de serviço.¹⁷⁶

Para essa doutrina afeita à forma da *regulation* americana com o objetivo de superar a regulação estanque do modelo francês, as investidas estatais no plano Constitucional apenas tinham o condão de declarar determinadas atividades como de *utilidade pública* (instituindo a *publicatio da* atividade), dotando-as da necessária característica "especial" para fazer incidir a regulação. Independentemente, pois, de uma distinção entre serviços públicos, monopólios e atividades econômicas em sentido estrito, a normatização dos *Serviços de Utilidade Pública* – e, como vimos, as atividades de mineração, energia elétrica e petróleo & gás estavam sujeitas à essa característica "especial" expressa em constituição – ficaria à cargo da legislação infraconstitucional.

Não obstante a doutrina administrativa tradicional manter as noções gerais francesas de serviço público, ficando a análise da *publicatio*, nos recentes estudos jurídicos, praticamente restrita aos trabalhos de LOUREIRO, entendemos

¹⁷³ "Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created." (Munn vs. Illinois, 94 U.S. 113).

¹⁷⁴ Hoje, instituímos a mesma lógica por meio das Agências Reguladoras, que assumem o *status* de agentes delegatários da administração pública com amplos poderes normativos, de execução e fiscalização (MOTA, 2003).

¹⁷⁵ "Bilac Pinto adota, diretamente, o modelo norte-americano, mas apresenta o que considera 'aperfeiçoamentos'. Dentre eles, a irrecorribilidade das decisões das comissões 'O nosso estatuto constitucional, aliás, propicia a que se outorgue às Comissões toda a função jurisdicional, nos assuntos que forem atribuídos à sua competência, com a vedação de que sobre eles se manifestem os tribunais ordinários', (PINTO, Bilac. Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1941. p. 79) e a outorga de amplíssimos poderes normativos. Sustenta que há espaço constitucional e que a prática é de há muito conhecida (PINTO apud LOUREIRO, 2007, 257).

¹⁷⁶ PINTO, 1941, p. 90 apud LOUREIRO, 2007, p. 257.

que esse resgate e valorização é fundamental se queremos compreender as mais recentes alterações regulatórias, e não apenas taxá-las de inconstitucionais, tal como propõe a fácil saída de MOTA¹⁷⁷, que certamente não resolve a problemática legitimidade jurídica da alteração dos marcos normativos dos setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás.

No plano da análise jurídica e abstrata, portanto, é preciso fazer a substituição das classificações "serviço público", "monopólio" e "atividade econômica em sentido estrito" por uma dicotomia mais simples, entre *atividades reservadas* e *atividades não-reservadas*, ou melhor, entre *publicatio* e *depublicatio*.

Vivenciamos simultaneamente uma ampla discussão acerca da reformulação dos marcos regulatórios do petróleo & gás e mineração, além da discussão das novas regras de concessão de energia elétrica, cuja maior parte dos contratos firmados estão para vencer nos próximos anos. Concomitantemente, a exploração de petróleo ganha, no plano concreto, traços típicos de prestação de serviço público, enquanto a mineração de terras raras, fertilizantes e diversos outros minérios ganha projeção geopolítica/estratégica e energia elétrica cada vez mais assemelha-se a uma atividade livre sujeita a regulação para correção de imperfeições de mercado.¹⁷⁸

Essas discussões acerca dos novos marcos regulatórios não podem ser feitas sob o enfoque da defasada perspectiva da atuação do Estado em ambientes de serviços públicos, monopólios e atividades econômicas em sentido estrito. Menor sentido ainda haverá se ainda mantivermos como válida a noção de que essas classificações são estanques, de acordo com um suposto rol taxativo (não) presente na Constituição, mas que por algum motivo insiste em permanecer na doutrina como elemento normativo.

É preciso reconhecer que o fundamento jurídico vinculado no plano abstrato aos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás limita-se à *publicatio*, não havendo, conseqüentemente, limitações jurídicas *a priori* para o Estado comportar-se, necessariamente, de uma determinada maneira. As exceções à essa regra geral de legítimo exercício da competência material do Estado

¹⁷⁷ MOTA, 2003, p. XXIII

¹⁷⁸ RIBEIRO, por exemplo, defende com a implantação do *smart grid* a possibilidade de contratações livres entre produtores e consumidores de energia elétrica, além do livre ingresso de novos agentes geradores, tais quais pessoas físicas, vendendo pequenos pacotes de energia elétrica, por sua conta e risco, para suprimento da vizinhança, por meio do uso do sistema de transmissão e distribuição compartilhado por todos os produtores e consumidores.

decorrerão somente de limitações expressas à atuação estatal, instituídas pelo próprio Estado, seja no âmbito constitucional¹⁷⁹ ou infraconstitucional.¹⁸⁰

A complexidade e multiplicidade das atividades desempenhadas dentro dos setores de energia elétrica, petróleo & gás e mineração não nos permite mais definir completamente a atuação do Estado em uma análise puramente abstrata. Sob essa perspectiva, e do ponto de vista estritamente jurídico, não haveria qualquer inconstitucionalidade na atuação do Estado, seja como for, desde que essa atuação seja justificável pelo atendimento do interesse público e não ultrapasse os limites de atuação definidos pelo próprio Estado.

O reconhecimento de que o Estado possui ampla liberdade para normatizar os setores regulados (assegurado o interesse público) nos força concluir que também não existe, *a priori*, uma forma de atuação definida para os agentes privados em cada uma das atividades reguladas. Regra geral, a estrutura jurídica atual permite haver diferentes formas de atuação privada, inclusive com diferentes gradações de aplicação do Direito Privado dentro de um mesmo setor regulado, conforme melhor entender o Estado na promoção de uma regulação eficiente.

V.1 Além da mera operação formal da publicatio. Razões e fundamentos para a especialização.

Chegamos, pois, à derradeira conclusão deste estudo. O Estado, a pretexto da persecução do interesse público, tem amplos poderes para atuar sobre as atividades econômicas sujeitas ao fenômeno da *publicatio*. Mineração, energia elétrica e petróleo e gás são, certamente, atividades de relevante interesse público e que se submetem, portanto à essa ampla liberdade de atuação estatal.

Analisada isoladamente, a conclusão a que chegamos é suficiente para provocar os mais justificados temores por parte da iniciativa privada, que poderia

¹⁷⁹ Nesse sentido, o melhor exemplo de limitação constitucional a atuação estatal conforme a *publicatio* seja a previsão contida no artigo 176 da Constituição de 1988, que assegura ao minerador a propriedade do produto da lavra. Mesmo assim, até mesmo a regulação do pós-lavra na mineração é uma realidade admitida por em estudos contemporâneos de direito administrativo, ora por meio de uma releitura dos conceitos de propriedade definidos na Constituição de 1988, ora por meio de uma análise histórica, que demonstra a existência de várias regulações de pós-lavra mineral na experiência jurídica brasileira, independentemente da garantia do minerador à propriedade do produto da lavra. Nesse sentido, ver CASTRO, 2011 e ANDRADE, 2011.

¹⁸⁰ Evidentemente, limitações à regra geral da *publicatio* no plano constitucional serão menos passíveis a alterações, sendo razoável supor que o Estado poderá alterar sua forma legítima de atuação, de forma mais fácil, para os setores (e assuntos) definidos por legislação infraconstitucional.

vislumbrar uma infinita discricionariedade estatal em mudar as regulações setoriais como bem entendesse, a qualquer momento em que julgasse conveniente. A histeria é perfeitamente compreensível, embora apenas parcialmente verdadeira, o que nos provoca a tecer algumas considerações finais sobre a regulação setorial, e sobre como se aúfere a discussão de legitimidade da mutabilidade normativa, no campo das atividades afeitas ao fenômeno da *publicatio*.

Antes de seguirmos esta linha, porém, cabe fazer um alerta ao leitor. Nossa análise estritamente jurídica acabou parágrafos antes, quando concluímos que (i) existe um elemento de força normativa que une os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, mas (ii) não existe um elemento normativo desvinculante, que possa guiar esses três setores a destinos regulatórios distintos. Por consequência, uma análise estritamente jurídica dos setores regulados não nos permite aferir a legitimidade ou ilegitimidade de uma alteração promovida a esse mesmo setor regulado. Comparando grosseiramente, discutir a legitimidade das alterações dos marcos regulatórios setoriais sob esses parâmetros seria o mesmo que analisar a legitimidade da Constituição de 1988 tomando por "constitucional" apenas os ditames compatíveis com o texto constitucional de 1967.

A conclusão, contudo, de que "o Estado tudo pode" em matéria de regulação setorial é por demais inquietante para encerrarmos nosso estudo nesse momento, e é também inverídico de um ponto de vista que ultrapassa o sistema jurídico puro. Nossa proposta, então, é fazer apenas um esboço das razões que limitam a atuação do Estado nos setores regulados, abordando a questão da legitimidade da atuação estatal em seu aspecto jurídico-filosófico e também no aspecto econômico. As propostas aqui apresentadas são necessariamente incompletas, sendo certo que um tratamento aprofundado demandaria um trabalho em apartado.

Feitas essas considerações de alerta, cabe-nos enveredar rapidamente na seara da filosofia jurídica para afirmar que o primeiro aspecto limitador da discricionariedade Estatal é a própria vontade do Estado em instituir um marco regulatório. O Estado ao determinar a conformação dos setores público e privado nos ambientes regulados, também estipula como esses agentes *não* poderão interagir. Como consequência, qualquer atuação *in concreto* fora do quadro normativo instituído previamente será considerado ilegítimo.

Não só as atuações *in concreto* são constrangidas pela instituição de um marco regulatório, mas também a própria atividade estatal legiferante *in abstracto*. Como vimos anteriormente, mudanças regulatórias representam um ato de violência em relação ao direito anteriormente instituído e, em uma primeira análise, podem ser consideradas ilegais sob o argumento de não se coadunarem com o ordenamento jurídico posto. Necessariamente, portanto, para haver uma mudança normativa válida, o Estado, em sua capacidade de legislador, deve conseguir superar legitimamente suas próprias amarras (o Direito posto). E sendo certo que o Estado não pode mais utilizar-se da religião ou metafísica como argumentos legitimadores *per se* da sua atuação, sua capacidade em alterar os marcos regulatórios setoriais está condicionado à sua eficácia no convencimento dos agentes sujeitos à sua regulação.

Na construção desse convencimento, são empregados três elementos: *linguagem*, como conjunto de elementos constitutivos de um sistema, *discurso*, como articulação dessa linguagem para uma finalidade comunicativa, e *legitimação*, como resultado do sucesso no convencimento de uma determinada coletividade que participa da comunicação. O resultado dessa interação discursiva, que Habermas descreve como *razão comunicativa*¹⁸¹, cria o que chamamos de *aceitabilidade racional*.

Partindo, pois, da premissa da razão comunicativa, a construção dos marcos regulatórios é resultado da relação entre criadores, aplicadores e seguidores da lei. A discussão sobre os futuros da regulação setorial não serve apenas para a formação de opiniões e vontades, mas sim para decisões coletivamente vinculativas (leis) àqueles que estabelecem, aplicam e atuam conforme o direito. Para ser legítima uma lei, deve resultar necessariamente dessa partilha de papéis entre autores que firmam (enunciam) o direito e os destinatários que se submeterão a esse mesmo direito, em um ambiente propício alcançar um resultado normativo que seja aceitável sob premissas de um discurso racional.¹⁸²

¹⁸¹ HABERMAS, 1997.

¹⁸² "O direito legitima-se como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. (...) A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das ideias só pode ser validada à custa da outra. (...) A ideia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores" (HABERMAS, 2002, p. 299-301)

Se, então, a *publicatio* dos setores regulados representa a declaração de que as atividades servirão ao atendimento do interesse público, a definição legítima do conteúdo normativo do interesse público (que refletir-se-á na instituição legítima de um marco regulatório setorial) se dá por meio da razão comunicativa. Nela, cada agente do setores público e privado participa do processo de discussão normativa, apresenta suas pretensões de validade e as justificam de forma racional com base em fenômenos materiais, normativos e/ou subjetivos. Em torno dessas pretensões de validade pode haver um consenso satisfatório imediato ou, em contrário, torna-se necessário um processo argumentativo para alcançar-se um entendimento. Nesse processo argumentativo haverá a produção de provas e contraprovas entre os interlocutores, na tentativa de um ajuste recíproco e, finalmente, a obtenção de uma resposta racional suficientemente satisfatória para vincular todos os agentes.¹⁸³¹⁸⁴

Embora o consenso absoluto advindo da prática discursiva seja uma realidade utópica (e, nesse sentido, qualquer alteração nos marcos regulatórios será, ao menos parcialmente, questionada em conteúdo) o elemento formador da legitimidade normativa está assegurado. Observou-se um *procedimento mínimo* racional cujo objetivo era alcançar um resultado normativo razoável do ponto de vista discursivo, ainda que permaneçam algumas divergências. Por meio da definição de um procedimento, e definindo certos pressupostos de postura dos agentes envolvidos no discurso, o resultado normativo é capaz de convencer, do ponto de vista jurídico, até mesmo aqueles que não concordam com o conteúdo da norma. Certamente, essa aceitabilidade racional dos marcos regulatórios insere-se em um momento histórico específico, donde se extrai a mutabilidade do conteúdo do *interesse público*, que move a regulação das atividades de mineração, energia elétrica e petróleo & gás.

Podemos, então, sintetizar nosso achego filosófico concluindo que o Estado tudo pode na regulação setorial, *desde que* todas as suas ações sejam tomadas de modo racional, dialógico e convincente, eis que todos os agentes

¹⁸³ Nas palavras de Peirce (*apud* HABERMAS, 1997, p. 6), "A verdade como uma aceitabilidade racional, ou seja, como a justificação de uma pretensão de validade criticável sob as condições de comunicação de uma audiência de intérpretes confiáveis que se espraia em um sentido ideal através do espaço social e do tempo histórico"

¹⁸⁴ "Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao status de conhecimento não-problemático" (HABERMAS, 2007b, 63)

setoriais devem sentir-se, simultaneamente, como autores e seguidores da (sujeitos à) legislação setorial.

A teoria ora adotada pode ser testada com exemplos práticos. É por esta razão, por exemplo, que agentes públicos e privados criticaram ferozmente a decisão tomada pelo Governo Federal em promover a renovação das concessões de energia elétrica por meio de medida provisória, não discutida previamente entre o setor e, pior, forçada goela abaixo às empresas como única alternativa regulatória possível. Em termos de mercado, fica fácil avaliar a legitimidade da medida, ao verificarmos que o valor das empresas de energia elétrica despencou em poucos meses e o risco da atividade cresceu substancialmente¹⁸⁵. Tantas foram as respostas em crítica à MP 579/2012 que o Governo Federal flexibilizou um pouco sua decisão, e o mercado respondeu positivamente na medida dessa alteração, embora a situação geral seja de intransigência e indisposição para debate.

Outro exemplo, a discussão em torno da definição de partilha dos royalties do pré-sal. Aqui, a situação é a contrária¹⁸⁶. Tantas foram (e estão sendo) as discussões, acertos e alterações promovidas na regulação sobre a divisão de participações governamentais, que é difícil aventar argumentos de ilegalidade da norma, uma vez que ela esteja definitivamente instituída.¹⁸⁷

¹⁸⁵ *"Coincidência ou não, no dia 11 de setembro o governo brasileiro iniciou o desmonte do setor elétrico brasileiro. Apesar das boas intenções da Medida Provisória (MP) 579 - reduzir o custo de energia no país e impor maior eficiência à Eletrobras - os meios destruíram os fins. Uma medida que deveria receber apoio da sociedade como um todo, já que reduz as tarifas de energia, acabou na prática só tendo recebido aprovação do próprio governo. Empresas, acionistas, governadores, consumidores do mercado livre e congressistas estão todos, por diferentes motivos, insatisfeitos. (...)*

Além do radicalismo do conteúdo, a forma também foi inadequada. Depois de anos de discussão do assunto na agenda do setor elétrico, a decisão oficial é comunicada via Medida Provisória. Além disso, a MP foi imediatamente regulamentada por decreto que obriga a adesão das concessionárias antes dos trabalhos da Comissão se encerrarem. Caso modificações importantes ocorram na conversão da MP em lei, como ficarão as concessões prorrogadas antes da lei ser conhecida? Uma insegurança jurídica criada desnecessariamente...

Não perdem só as empresas. Perde o país com a fuga de investidores estrangeiros que há anos colocam recursos na infraestrutura brasileira. O resultado final pode ser exatamente o oposto do desejado: menor investimento decorrente do maior risco de perdas regulatórias, provocando aumento no custo da energia ou até mesmo restrições de oferta. O que está em risco é a segurança energética do país. No momento em que assistimos à combinação de uma sequência de apagões e as usinas térmicas já estão produzindo no seu limite, esse é um risco real e imediato. (LANDAU, 2012)

¹⁸⁶ Embora superficial em diversos outros aspectos, os debates do legislativo no tocante à divisão das participações governamentais do Pré-sal é rica de detalhes e serve-nos de exemplo de uma lógica discursiva posta em definição da regulação setorial. Para os detalhes das discussões na Câmara e Senado, ver FERNANDES, 2012, p. 57-71.

¹⁸⁷ *"Todo acordo comunicativamente alcançado - o qual precisamente possibilita a coordenação de ações, a complexa construção de interações e a tessitura conjunta das sequências de ação - tem como seu padrão o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade criticáveis, e, assim, fornece à tomada de posições sim/não um papel chave no funcionamento dos jogos de linguagem cotidianos. Essas tomadas de posição impregnam os fatos sociais que criam com uma tensão ideal*

Ficamos na esperança, então, do Estado ter percebido a importância do diálogo com todos os agentes dos setores regulados, como medida essencial para garantir legitimidade às modificações normativas. Agir em contrário é definir o Estado como paternalista, em que a liberdade dos indivíduos é mitigada face a sua incapacidade de definir, por si só, o que compreende como certo e errado. Certamente esse não é um posicionamento adequado de um Estado que se define (e foi definido) como liberal.

Além do *procedimento* legitimador, e aqui fazemos nosso último escape à análise jurídica da regulação setorial, as alterações regulatórias no plano *abstrato* serão legítimas se propiciarem a máxima realização de direitos individuais e sociais no plano concreto. As alterações regulatórias devem ser teleológicas, isto é, devem ter por finalidade primeira a realização do interesse público, consubstanciado no incremento concreto da dignidade da pessoa humana, tal como estampado enquanto missão maior da organização moderna da sociedade. E o instrumento que nos permitirá identificar como é possível alcançar a realização máxima da dignidade e dos direitos individuais e sociais é certamente a Economia.

Já mencionamos antes que a história constitucional mais recente no Brasil reflete um processo de recuperação, ante a falência econômica e social provocada pelo modelo de Estado Máximo (de Bem Estar) instituído a partir da segunda metade do século XX. Parte fundamental dessa recuperação institucional fez-se sob a forma de revitalização e redução do papel do Estado, que em um modelo regulador passa a ter atuação mais restrita em privilégio à atuação econômica dos agentes privados.

Nessa perspectiva, portanto, (e muito embora tenhamos chegado à conclusão de que os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás afastam-se, inicialmente, dessa premissa por terem sofrido o fenômeno da *publicatio*), nada impede o Estado de instituir competição, livre mercado e outros atributos típicos do setor privado também para os setores regulados. A Constituição define como regra a atuação econômica sob o prisma do setor privado e a *publicatio*, portanto, é caso excepcional. Por consequência, garantido o atendimento ao interesse público (que é o objetivo primeiro) as regulações em virtude da *publicatio* devem sempre zelar pela mínima restrição possível imposta ao particular, isto é,

porque reatam às pretensões de validade a justificação que deve pressupor o acordo de uma audiência idealmente ampliada" (HABERMAS, 1997, p.7)

devem tão somente limitar a regra geral de atuação econômica (privada) se for estritamente necessário para a realização de um interesse público que não seria satisfeito de outra maneira.¹⁸⁸

Acrescentado mais um elemento, pois, aos efeitos da *publicatio* dos setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, podemos afirmar que "o Estado tudo pode", desde que (i) todas as suas ações sejam tomadas de modo racional, dialógico e convincente, na medida que todos os agentes setoriais devem sentir-se, simultaneamente, como autores e sujeitos à legislação setorial e desde que (ii) as restrições a atuação do setor privado sejam justificáveis e razoáveis, não havendo outra medida menos onerosa que permita assegurar igualmente o interesse público.

Convertendo essa premissa para a linguagem do direito, temos que a razoabilidade e proporcionalidade dos atos públicos consubstanciam o segundo elemento de limitação do Estado em sua competência regulatória, em que podemos tomar de empréstimo o enunciado do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Adiante, no inciso VI, parágrafo único, do mesmo artigo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são definidos como "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de restrições e sanções em medida superior às estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". Nada melhor, portanto, para servir de limite a atuação Estatal na conformação dos marcos regulatórios que o princípio geral de proporcionalidade e razoabilidade dos atos públicos, sendo certo que restrições ao particular são aplicadas sempre em seu limite mínimo para realização do interesse público. Sobre o princípio da razoabilidade, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e

¹⁸⁸ É o caso, por exemplo, de uma regulação orientada exclusivamente para a correção de falhas de mercado, externalidade negativas, monopólios naturais e assimetria de informações (PIGOU, 2005).

respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais e prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. (...) Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).¹⁸⁹

A definição proposta por Bandeira de Mello, apoiada em "critérios aceitáveis do ponto de vista racional" e também "em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas" são evidentemente metajurídicos.¹⁹⁰

E aqui é tão importante a análise econômica das normatizações propostas pelo Estado para os setores regulados. O interesse público nos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás está fundamentalmente vinculado ao fomento dessas atividades econômicas, para que um recurso natural inerte possa ser convertido em riqueza econômica e desenvolvimento social.¹⁹¹

Diferentemente do que pode ser observado em outras áreas de atuação estatal, os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás tem como principal agente privado a pessoa jurídica, ou seja, a *empresa* organizada de forma a exercer a atividade econômica e auferir lucro. A *Empresa*, modo geral, não segue uma lógica de decisão regrada em um âmbito moral, religioso ou metafísico e adota, sobretudo, uma perspectiva de ganhos econômicos. Essa peculiaridade

¹⁸⁹ MELLO, 2005, pp. 54-55.

¹⁹⁰ Note-se que, da mesma forma que a fundamentação dos atos públicos pelo "atendimento ao interesse público", a limitação pelo viés da proporcionalidade também é genérica, embora em menor grau eis que se utiliza da comparação entre um número limitado de alternativas possíveis para a solução de um problema concreto. De todo modo, qualquer argumento de proporcionalidade e razoabilidade só será legítimo mediante um processo argumentativo racional e convincente, da mesma forma da razão comunicativa formadora do conceito de interesse público.

¹⁹¹ "O Estado vale-se de seu domínio (...) sobre os recursos minerais existentes em seu território para desenvolver políticas que estimulem a identificação e exploração desses recursos. A menos que seja promovida a transformação da potencialidade de um recurso jacente em riqueza efetiva, de pouco valeriam os recursos minerais de um Estado e menos ainda representariam esses mesmos recursos aos administrados. A mineração [podemos estender a afirmação aos recursos naturais como um todo] assume, por conseguinte, o caráter de catalisador dos benefícios que podem surgir da exploração racional e sustentável dos recursos minerais, traduzindo-se em um interesse da Nação.

Ao reconhecer o interesse nacional que paira sobre a atividade, a Constituição Federal traduz a assertiva de que a exploração mineral é um meio a ser percorrido para o desenvolvimento social e econômico do País. Isso não significa que a exploração mineral não possa ser condicionada, mas essa limitação deverá ter em vista outros interesses de igual relevância, como, por exemplo, a proteção ambiental a saúde e segurança ocupacional, os direitos humanos." (TRINDADE, 2009, p. 59)

maximiza, então, o efeito de pautar a atuação do Estado nos marcos regulatórios setoriais sob a ótica da Economia, sendo certo que para cada decisão regulatória tomada teremos a melhor aproximação possível entre o comportamento dos agentes privados e o ideal de racionalidade econômica do homem médio.¹⁹²

Sempre que possível, portanto, a regulação setorial de mineração, energia elétrica e petróleo & gás, deve estar orientada à atratividade do exercício da atividade econômica por agentes privados, com a devida orientação para a realização do interesse público. Trata-se, então, de uma forma muito específica de política pública como meio de constituição de mercados. Por consequência, a eficácia do fomento da atividade econômica baseia-se na convivência harmônica entre Estado e sociedade, que pode ser estudada sob seis diferentes aspectos:¹⁹³

- i. Direito e responsabilidade – indicador que agrega vários aspectos do processo político, liberdades civis, direitos humanos e políticos, assim como a extensão pela qual os cidadãos são capazes de participar da seleção de seus governantes;
- ii. Estabilidade política e ausência de violência – indicador que fornece a medida da probabilidade de que um governo possa ser desestabilizado ou destituído por ação inconstitucional ou meio truculento, incluindo violência doméstica ou terrorismo;
- iii. Efetividade governamental – indicador que agrega informações sobre a qualidade da prestação de serviços públicos, qualidade da burocracia, competência dos servidores públicos, independência dos serviços públicos das pressões políticas e credibilidade do compromisso governamental com as políticas;
- iv. Qualidade regulatória – indicador com foco nas próprias políticas, incluindo medidas da influência de políticas prejudiciais ao mercado, tais como controle de preços ou supervisão inadequada do sistema bancário, assim como a percepção do peso imposto pela regulamentação excessiva em áreas como o comércio externo e o desenvolvimento de negócios internos;

¹⁹² "The economic approach (...) now assumes that individuals maximize their utility from basic preferences that do not change rapidly over time and that the behavior of different individuals is coordinated by explicit or implicit markets" (BECKER, 1976). Embora uma análise reducionista do indivíduo (enquanto agente que toma todas as suas decisões com base em uma racionalidade econômica) seja largamente criticada por teorias econômicas mais modernas (BOURDIEU, 1997), ainda podemos manter esse princípio da racionalidade econômica *in abstracto* para a atuação das pessoas jurídicas, que normalmente organizam-se de maneira mais impessoal e abstrata e, por isso mesmo, tendem a formular respostas racionais do ponto de vista econômico para as diferentes situações vivenciadas no mercado.

¹⁹³ A estrutura segue a proposta de OLIVEIRA, 2010, p. 33.

- v. Disposições legais – indicador que mede a extensão com que os agentes econômicos e sociais têm confiança e aceitam as regras da sociedade, o que inclui a percepção da incidência de infrações à legislação, a efetividade e previsibilidade do judiciário e o cumprimento dos contratos;
- vi. Controle da corrupção – indicador que mede a extensão da corrupção, convencionalmente entendida como o uso do poder público para ganho privado.

(i) A atuação estatal nos setores regulados é legítima enquanto servir de instrumento para o desenvolvimento econômico e social, que serão realizados preferencialmente (sempre que possível) pela ótica do setor privado, conforme destacado pela Constituição de 1988. (ii) Pensar economicamente a regulação é buscar o regime regulatório específico de cada setor que garanta um nível ótimo de investimento privado¹⁹⁴, sem que com isso seja afetada o caráter finalístico da atividade, que é a realização do interesse público. (iii) Ao fim, a atuação do Estado, para ser legítima, deve observar e estudar os efeitos econômicos de seus atos, sabendo que os "aspectos de harmonia" entre Estado e sociedade indicados acima são fundamentais para o desenvolvimento de instituições sólidas e mercados adequadamente estruturados.¹⁹⁵

¹⁹⁴ LODGE e WEGRICH, 2006.

¹⁹⁵ Ainda há um longo caminho a percorrer para encontrarmos uma adequação ótima dos marcos regulatórios setoriais no atendimento concomitante às exigências de mercado e ao interesse público. O que há de se destacar, contudo, é que as políticas regulatórias instituídas para os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás permanecem atrapalhadas, estruturadas na ótica da regulação-pela-crise e com o objetivo de resolver questões pontuais, tornando os marcos regulatórios ainda mais fragmentados e assistemáticos. Conforme indica CUNHA, sobre esse assunto, "*After substantial changes in regulatory governance from mid 1990s to early 2000s, there has been a gradual slowdown in the process of regulatory modernization in Brazil, which is more a political and institutional than an economic factor. Lately the country has hardly innovated in its regulatory regime, opting out of the most recent regulatory innovation tendencies, regardless of the orientation. Neither economic driven adjustments through cost--benefit analysis nor real improvements with respect to social participation in the regulatory discipline have been formally introduced in the country, just to name two. Indeed, Brazil has not engaged in any of the three reform trends of the current age, in the way they are described by Wegrich (2012). First, Brazil has not yet fully subscribed to the 'text book approach' of regulatory impact assessment (RIA) promoted mostly by the OECD and the World Bank nor, second, to the 'too much red tape approach' of regulation simplification and regulatory guillotine. Third, Brazil has not moved in the direction of the 'democratic governance approach' because societal actors' participation in the rule--making process has not been called upon more intensely.*" (CUNHA, 2012, p. 2)

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A ATUAÇÃO ESTATAL NOS SETORES REGULADOS.

A situação muito específica de revisão regulatória concomitante para os setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás nos instigou a fazer uma reflexão sobre os fundamentos jurídicos mais basilares que ordenam a lógica regulatória setorial. Diante do contexto ora propiciado, pareceu-nos adequado indagar como funciona o processo de alteração dos setores regulados na ótica do Estado, agente privilegiado detentor exclusivo da competência regulatória e capaz de moldar diretamente o funcionamento dos mercados, em decorrência de sua simples inserção na atividade empresarial. Mais importante, como o Estado poderia valer-se de suas prerrogativas jurídicas e econômicas de forma legítima, isto é, de forma a justificar a própria razão de ser dessas prerrogativas.

Começamos nossa reflexão acerca da legitimidade de atuação estatal nos mercados regulados a partir da definição do que é o Estado brasileiro, tendo como pano de fundo a sua conformação constitucional. Vimos que a Constituição de 1988 adotou uma orientação liberal, atribuindo as atividades econômicas à esfera privada sempre que possível, porém com limitações pontuais de ordem pública, sempre que a liberdade econômica pudesse causar danos a um interesse público, ou até mesmo ao próprio livre mercado.

Inserindo, então, os setores objeto de nosso estudo, percebemos que mineração, energia elétrica e petróleo & gás, desde esse patamar primário/constitucional, distinguem-se ao menos parcialmente do princípio geral de liberdade econômica definido em 1988. Em contrário, o tratamento constitucional dado a esses três setores fez transparecer um notável interesse do Estado em atuar de forma mais incisiva, seja na forma da regulação (competência legislativa exclusiva), ou na forma de interação com o mundo econômico, tomando para si a propriedade do insumo básico (os recursos naturais de propriedade da União) de toda a atividade econômica.

Também sob uma perspectiva não jurídica, identificamos algumas das razões as quais sujeitam os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás a um maior interesse da esfera pública. Tratam-se de atividades por excelência de grande porte, com significativo impacto em diversas esferas (ambiental, econômico,

social e, até, de segurança nacional), cujo exercício pode reverberar em uma profunda alteração da tessitura social de uma nação.

Constatado que existe um interesse público que enseja um controle na forma de exploração de recursos minerais e energéticos, verificamos que as estruturas normativas atuais estão configuradas de forma a consolidar três regulações setoriais autônomas e bastante distintas. Se a inquietação deste trabalho é definir uma forma legítima de atuação estatal nas suas futuras funções enquanto agente regulador e agente econômico (futuras, porque estamos discutindo a legitimidade no contexto de uma revisão regulatória), então é fundamental compreender a razão para existirem três regulações setoriais autônomas e distintas para as atividades de mineração, energia elétrica e petróleo & gás. Para podermos fazer uma avaliação da legitimidade das alterações regulatórias porvir, nos propusemos a analisar o modelo regulatório já instituído, e identificar as diferenças existentes entre os setores, bem como os possíveis elementos jurídicos que serviram para essa diferenciação. Isso porque identificando os fatores jurídicos de diferenciação regulatória poderíamos afirmar com maior clareza se as alterações realizadas pelo Estado para os marcos normativos estariam no rumo certo.

Damos, então, início a uma segunda etapa da exposição, que é a busca pelos fatores jurídicos de diferenciação regulatória. Nesta etapa, analisamos o entendimento majoritário da doutrina brasileira de direito administrativo, que seguindo a doutrina clássica francesa sobre o assunto, defende a existência de atividades de tipo *serviço público* e atividades econômicas puras, cada qual a ensejar tratamentos distintos por parte do Estado. Nessa dicotomia encontrar-se-ia o fator de diferenciação para explicar a regulação de mineração e petróleo & gás (sujeitas a um sistema preponderante de Direito Privado, por se tratarem de atividades econômicas em sentido estrito) e também a regulação da energia elétrica (sujeita a regras de Direito Público, por se tratar de um serviço público).

A grande dificuldade, contudo, não é sustentar que aos serviços públicos aplicam-se regras de direito público, e às atividades econômicas em sentido estrito aplicam-se regras de direito privado. Em verdade, o desafio em utilizar-se desses instrumentos é *definir o que é um serviço público*, sobretudo quando tratamos dos setores de energia elétrica, mineração e petróleo & gás, igualmente considerados na realização do interesse público. Seria qualquer forma de mineração uma atividade privada, e qualquer forma de produção de energia elétrica um serviço

público? Evidente que não. A teoria formulada pela Escola do Serviço Público nos torna, então, reféns de uma definição puramente casuística do que seriam serviços públicos, que pode até funcionar na definição de um caso concreto, mas que não nos ampara em responder de forma minimamente abstrata/genérica qual a forma legítima de atuação do Estado no exercício de revisão dos marcos regulados.

De toda sorte, apesar da Escola do Serviço Público não nos explicar de forma satisfatória o porquê dos marcos regulatórios setoriais serem distintos e autônomos, isso não altera o fato de que os setores regulados de mineração, energia elétrica e petróleo & gás são, sim, diferentes entre si. Seria essa diferenciação, observada no mundo fático, decorrente simplesmente de peculiaridades técnicas, não havendo razão jurídica para tanto?

Uma justificativa puramente técnica também não nos foi convincente, após constatarmos que os setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás estiveram, em uma boa parte da história jurídica brasileira, muito próximos sob o ponto de vista regulatório.

Nossa segunda tentativa de identificar os fatores jurídicos de diferenciação regulatória foi, então, pelo viés histórico. Em outras palavras, diversas diferenciações regulatórias ocorreram no passado e, por meio delas, poderíamos identificar os possíveis elementos que serviriam de base para revisões regulatórias futuras.

O resultado frustrante dessa segunda tentativa decorre do fato de também não conseguirmos identificar sob uma perspectiva histórica sequer um único elemento jurídico *in abstracto* que pudesse explicar de forma satisfatória as razões pelas quais mineração, energia elétrica e petróleo & gás tomaram rumos tão diferentes nos últimos 100 anos.

Não obstante, a análise histórica forneceu-nos elementos para formular uma justificativa meta-jurídica para a diferenciação setorial, que estaria baseada na lógica de *regulação-pela-crise*. Em outras palavras, sugerimos que o esforço de revisão dos marcos regulatórios brasileiros esteve atrelado a uma constante necessidade de reverter momentos de crise, notadamente as sempre presentes crises energéticas que acompanharam o processo de industrialização brasileira. Também por essa ótica de *regulação-pela-crise* pudemos sugerir uma resposta para o parco desenvolvimento do marco regulatório do setor minerário, em decorrência

das atividades de mineração terem sido desempenhadas em números inexpressivos até passado bem recente.

Passamos por toda essa etapa em que nos propusemos a identificar os fatores jurídicos de diferenciação normativa sem, contudo, termos localizado esses fatores. Em toda a análise, ficaria claro apenas a existência do interesse público relacionado aos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás. Por esta razão, encerramos esta fase com uma proposta de mudança teórica, ao sustentarmos a inexistência de um fator jurídico de diferenciação regulatória *a priori*, responsável pelas diferenciações sofridas pelos setores de mineração, energia elétrica e petróleo & gás.

Se não existe um fator jurídico de diferenciação, o fundamento para a atuação mais incisiva do Estado sobre setores regulados fica reduzido ao fato de haver (ou não) a vinculação de determinada atividade para fins de interesse público. Essa vinculação, em nossa experiência jurídica, manifesta-se mormente de forma expressa e decorre da decisão do Estado em tomar para si a titularidade da atividade econômica e de seus respectivos insumos. A esse fenômeno de *tomada-para-si* demos o nome de *publicatio*, seguindo a nomenclatura sugerida por LOUREIRO, e passamos a distinguir as atividades econômicas não mais entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, mas sim entre atividades sujeitas ou não à *publicatio*. Uma vez afetada pela *publicatio*, uma determinada atividade econômica ficaria sujeita à forma de regulação que melhor entendesse o Estado ser suficiente para alcançar a realização do interesse público.

O reconhecimento da *publicatio* como único elemento jurídico vinculante *a priori* ao desenvolvimento dos marcos regulatórios setoriais nos leva à conclusão de que não existem limites jurídicos para o Estado submeter determinada atividade a um regime de livre competição ou a um regime de monopólio estatal, desde que tal decisão seja considerada a melhor forma de atendimento ao interesse público. Nesse contexto formulamos a simples sentença de "O Estado tudo pode", para descrever a discricionariedade permitida pelo modelo da *publicatio* na revisão dos marcos regulatórios setoriais.

Como último propósito deste trabalho, contudo, buscamos justamente desconstruir a errônea ideia de que o Estado é, unilateralmente, senhor absoluto e incontestado quando da elaboração e revisão de marcos regulatórios setoriais. Isso porque a legitimidade da atuação estatal não é auferida tão-somente no campo da

análise jurídica, mas é necessariamente multifacetada, como decorrência intrínseca de um exercício plural para dar conteúdo concreto ao conceito abstrato de *interesse público*. E contribuindo à uma análise plural da legitimidade de atuação estatal nos mercados regulados, fizemo-nos valer de experiências jurídico-filosóficas e econômicas para sustentar, ao fim, que a legitimidade da formação e revisão dos marcos regulatórios setoriais (e aqui inserem-se energia elétrica, mineração e petróleo & gás) está associada (i) à garantia de um *procedimento* racional e dialógico para formação e revisão de atos normativos e (ii) à asseguarção da finalidade pública da atividade, mantido ao máximo o princípio geral de organização liberal da sociedade brasileira, sendo legítimas as restrições (exceções) a esse princípio somente quando não houver outra medida menos onerosa, capaz de realizar na mesma medida o interesse público.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMSELEM, Alberto J. Leonart y. **Derecho de los estados a disponer libremente de sus recursos naturales**. Madri: Gráficas Uguina, 1976.

ANDRADE, Ricardo Barreto. A regulação do pós-lavra no Direito Minerário Brasileiro. **Revista de Direito, Estado e Recursos Naturais**, Brasília, Vol. 1, N. 1, set. 2011. Disponível em: < <http://www.gern.unb.br>>. Acesso em: 1 Dez. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

ARANHA, Márcio Iorio; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Direito Regulatório, Parte Geral**. Trabalho inédito.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BAER, Werner. **A industrialização e o desenvolvimento econômico do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, N. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/1220587927/name/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ+ROBERTO+BARROSO.pdf>>. Acesso em: 09 Out. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECKER, Gary Stanley. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. **A economia brasileira e mundial: o setor mineral brasileiro e mundial e suas perspectivas de evolução a longo prazo**. Consultoria no Projeto de Assistência Técnica ao Setor de Energia, Contrato nº 48000.003155/2007-17. Junho de 2009. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/plano_duo_decenal/estudos_economia_setor_mineral/P01_RT04_Evoluxo_do_Mercado_Mineral_no_Brasil_a_longo_prazo.pdf>. Acesso em 9 Out. 2012.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030 (PNM - 2030)**. Brasília: MME, 2010.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2021**. Brasília: MME/EPE, 2012.

BRASIL-ESTADOS UNIDOS. Relatório da Comissão Mista (1953). Brasileiros e Americanos Estudam Problemas do Brasil. As soluções Indicadas pela Comissão Mista Brasil-EE.UU. *In Memórias do Desenvolvimento*. Ano 2, N. 2, Julho, 2008, pp. 297-397. Disponível em <<http://www.centrocelsofurtado.org.br>>. Acesso em 1 Dez. 2012.

CARDOSO, José Guilherme da Rocha; CARVALHO, Pedro Sérgio Landim; da SILVA, Marcelo Machado; e ROCIO, Marco Aurélio Ramalho. Terras-raras: situação atual e perspectivas. **BNDES Setorial**, N. 35, mar. 2012. Disponível em: <

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3511.pdf>. Acesso em 19 Jul. 2012.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. p. 66 (1921). Disponível em: < http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm>. Acesso em: 23 Ago. 2012

CASTRO, Caio Lacerda de. Regulação para o futuro: reflexões sobre o marco regulatório da mineração e a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados. **Revista de Direito, Estado e Recursos Naturais**, Brasília, Vol. 1, N. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.red.unb.br/index.php/rdern/article/view/5170>>. Acesso em: 01 Nov. 2012.

CASTRO, Caio Lacerda de. A Conformação Constitucional do Novo Marco de Exploração do Pré-Sal. Disponível em: <www.gern.unb.br>. Acesso em: 03 Dez. 2012.

CALÓGERAS, Pandiá. **As minas do Brasil e sua legislação**. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1938.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In **Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Org. Pedro Ivo Sebba Ramalho. Brasília: Avinsa, 2009, pp 53-86.

CUNHA, Bruno Queiroz; RODRIGO, Delia. **Regulatory Governance in Brazil: inconsistent coordination, institutional fragmentation and halfway reforms**. ECPR Standing Group on Regulatory Governance. Disponível em <<http://regulation.upf.edu/>>. Acesso em 19 Dez. 2012.

FERNANDES, Gabrielle do Nascimento. **O Novo Marco Regulatório do Pré-Sal: O processo Legislativo e as Controvérsias Existentes no Marco Consolidado**. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, 2012.

FREIRE, William. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucionai brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, Vol. 9, N. 84, p.16-40, abr./maio 2007.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem economica na constituicao de 1988**: interpretacao e critica. São Paulo: Malheiros, Edições de 2004 e 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volumes I e II, trad. F.B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Junger. **A Inclusão do Outro**. Estudos de teoria política. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002

LANDAU, Elena. **Medida Provisória 579: uma guinada de 360°**. Valor Econômico, 21.11.2012.

LASSALE, Ferdinand Johann Gottlieb. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007. 40 p.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Um Novo Marco Legal para Pesquisa e Lavra das Jazidas Brasileiras de Petróleo e Gás Natural**. Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/a-camara/altosestudos/pdf/nt-marco-regulatorio-petrobras.pdf>>. Acesso em: 20 Ago. 2012.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Project Gutenberg. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Acesso em: 10 Out. 2012

LODGE, Martim; WEGRICH, Kai. O Enraizamento da Regulação de Qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. *In* **Desafios da Regulação no Brasil** (Coord. Jadir Dias Proença, *et. al.*). Brasília: ENAP, 2006.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A Indústria Elétrica e o Código de Águas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. "Monopólio" e "serviço público" nas Constituições brasileiras (1891-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 256, p. 47-93, jan./abr. 2011.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Participações Governamentais na Indústria Mineral e do Petróleo: Histórico da Legislação até a Constituição de 1988. Parte I: O Período Colonial e Império**. 2011a. Disponível em: <http://www.gern.unb.br/administrator/components/com_jresearch/files/publications/Participa%C3%A7%C3%B5es%20-%20Parte%20I.pdf>. Acesso em: 10 Nov. 2012.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Apontamentos para a história do regime jurídico da indústria elétrica no Brasil**. Versão preliminar, não publicada, outubro de 2012. Disponível em <[http://www.gern.unb.br/administrator/components/com_jresearch/files/publications/Hist%C3%B3ria%20Regime%20Jur%C3%ADdico%20Setor%20El%C3%A9trico%20\(intr%20e%20cap.1\).pdf](http://www.gern.unb.br/administrator/components/com_jresearch/files/publications/Hist%C3%B3ria%20Regime%20Jur%C3%ADdico%20Setor%20El%C3%A9trico%20(intr%20e%20cap.1).pdf)>. Acesso em: 23 Nov. 2012.

MACHADO, Frederico Munia. **A Evolução Histórica da Legislação sobre os Royalties da Mineração Brasileira**. Disponível em: <<http://www.gern.unb.br/index.php/linhas-de-pesquisa/direito-regulatorio-de-mineracao?view=publication&task=show&id=45>>. Acesso em: 01 Dez. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: **Direito administrativo econômico**. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MOTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

OLIVEIRA, Cezas Luciano Cavalcanti de. **Normalização como suporte à regulamentação**. Brasília: SENAI, 2010.

PANDOLFI, Dulce. **Repensando o Estado Novo**. Dulce Pandolfi (coord.). Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Aparelho do Estado e a Constituição Brasileira**. Conferência realizada nos seminários patrocinados pela Presidência da República nos quais os ministros explicaram aos parlamentares dos partidos aliados as emendas constitucionais que pretendiam enviar ao Congresso. ESAF, Brasília, janeiro de 1995. Revisada em abril. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstado_Constituicao.pdf>. Acesso em: 23 Out. 2012.

PNA. China e OMC: Restrições à Exportação de Substâncias Minerais. In **Mineração em Revista**, Adriano Trindade (coord.), Brasília, N. 2, abr./jun. 2012. Disponível em: < http://www.pinheironeto.com.br/emailmarketing/Abr_Jun2012.pdf>. Acesso em 19 Dez. 2012.

PIGOU, Alfred C. **The Economics of Welfare**. Nova Iorque: Cosimo, 2005.

RIBEIRO, Cássio Lourenço. **Aspectos Jurídico-Institucionais para o Smart Grid no Brasil: riscos, oportunidades e desafios regulatórios.** Disponível em: <www.gern.unb.br>. Acesso em: 03 Dez. 2012.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos Dogmático-Jurídicos do Sistema de Repartição das Competências Legislativa e Administrativa na Constituição Federal de 1988. In **Revista diálogo jurídico**, N. 15, jan./mar. 2007, Salvador, Bahia. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Competencias_CF88%20-%20Itiber%C3%AA .pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Competencias_CF88%20-%20Itiber%C3%AA.pdf)>. Acesso em: 3 Dez. 2012.

SADDY, A.; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares (coords.). **Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados.** Rio de Janeiro: Lumen Junir, 2011.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de Direito da Energia.** São Paulo, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, N. 31, p. 141-168, jul./set. 2010.

SERRA, Silva Helena. **Direitos Minerários: Formação, Condicionamentos e Extinção.** São Paulo : Signus Editora, 2000.

SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean: Beyond Booms and Busts?**. Washington, D.C.: IMF, 2010.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. Princípios de Direito Minerário Brasileiro. In: SOUZA, Marcelo Gomes, coordenador. **Direito Minerário em Evolução.** Editora Mandamentos: Belo Horizonte, 2009, p. 47-76.

VIVACQUA, Attilio. **A Nova Política do Sub-solo e o Regime Legal das Minas.** Rio de Janeiro: Ed. Panamericana, 1942.

WALTEMBERG, David. **O Direito da Energia Elétrica e a Aneel: direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.