

Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*

Marcos Juruena Villela Souto**

1. O impacto da reforma do Estado no setor elétrico

O Brasil é um país abençoado, por diversos outros fatores, mas, especialmente (no que interessa ao tema em exame), com grande quantidade de potenciais de energia elétrica, o que fez com que a matriz do sistema fosse hidrelétrica¹.

* Palestra proferida no III Fórum de Direito Público da Economia, realizada no Rio de Janeiro, em 10.11.2005.

** Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho; Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Como explica MAURICIO TIOMNO TOLMASQUIM: "A energia elétrica de origem hidráulica está entre as mais utilizadas em todo o mundo. Usinas hidrelétricas são, atualmente, a segunda maior fonte de geração de energia elétrica, representando cerca de 20% de toda a eletricidade gerada no planeta. A energia hidrelétrica é produzida a partir do aproveitamento do potencial hidráulico de um curso d'água, combinando a utilização da vazão do rio, quantidade de água disponível em um determinado período de tempo, com os seus desníveis, sejam os naturalmente formados, como as quedas d'água, sejam os criados com a construção de barragens. A energia hidráulica provém da irradiação solar e da energia potencial gravitacional. O sol e a força da gravidade condicionam a evaporação, a condensação e a precipitação da água sobre a superfície da Terra. A gravidade faz, ainda, a água fluir ao longo do leito do rio e este movimento contém energia cinética, que pode ser convertida em energia mecânica e esta em energia elétrica, nas centrais hidrelétricas. A hidreletricidade é, assim, uma forma de energia renovável. Uma usina hidrelétrica é composta, basicamente, de barragem, sistemas de captação e adução de água, casa de força e comportas. Cada uma dessas partes demanda obras e instalações que devem ser projetadas para um funcionamento conjunto. A barragem interrompe o curso normal do rio, formando, na maioria das vezes, um lago artificial conhecido como reservatório. As funções da barragem são as de armazenar água nos períodos de cheias e formar a queda d'água, quando não existe um desnível concentrado, permitindo a captação da água em um nível adequado. Ao acumular água para ser usada na geração de energia nos períodos de estiagem, o reservatório proporciona controle das vazões naturais do rio. Trata-se, nesse caso, de reservatórios de regularização, de grande importância estratégica. A água captada no reservatório é levada até a casa de força através de túneis, canais ou condutos metálicos. A casa de força abriga as turbinas, que convertem a energia cinética em mecânica, e os geradores, que convertem a energia mecânica em eletricidade. A água conduzida à turbina faz com que esta gire juntamente com um gerador a ela mecanicamente acoplado, realizando as transformações nas diversas formas de energia. Depois de passar pela turbina, a água é restituída ao leito natural do rio, através do que se convencionou chamar de canal de fuga. Ao contrário da geração termelétrica convencional, em especial a que utiliza o carvão, usinas hidrelétricas podem iniciar sua geração ou alterar seu nível de produção muito rapidamente. Isso as qualifica como alternativa especialmente adequada para atender ao repentino aumento diário na demanda de eletricidade dos consumidores (ponta do consumo). Usinas hidrelétricas requerem pequena equipe para sua operação e manutenção, apresentando baixo custo de produção, que independe dos preços dos combustíveis. Ao revés, exigem, normalmente, elevado investimento inicial, no qual é determinante o custo de capital, e dependem de condições naturais, incertas e imprevisíveis, associadas ao clima, para assegurar um mesmo nível de produção. Além disso, se, por um lado, praticamente não produzem poluição, por outro, podem provocar impactos ambientais, quando de sua implantação, nem sempre desprezíveis. A hidreletricidade, atualmente a mais importante entre as alternativas de energia renovável, limpa e

Essa matriz enseja elevados custos ambientais na construção de usinas (em especial, em função do múltiplo uso da água)². Pode se mencionar o art. 225, § 1º, CF, que remete a matéria à Lei nº 6.938/81, art. 9º; esta, por sua vez, dá fundamento às Resoluções nºs 001/1986, 006/1987 e 237/1997, do CONAMA, que destacam como principais pontos que devem ser considerados no estudo de impacto ambiental a estabilidade das encostas, o assoreamento, os recursos minerais, a hidrogeologia, a qualidade das águas, os solos, a vegetação e a fauna (vale, também, agregar a preocupação com a remoção das populações das áreas alagadas)

economicamente viável, pode ser o maior benefício de um projeto de desenvolvimento de recursos hídricos. Entretanto, certamente não é o único. Usinas hidrelétricas integradas em projetos de usos múltiplos da água podem favorecer outras funções de importância vitais, como irrigação, abastecimento de água, transporte (hidrovias), controle de cheias, turismo, lazer, etc." TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Geração de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Interciência, 2005, p. 9-10.

² A Revista JB Ecológico - JORNAL DO BRASIL. *JB Ecológico*. Rio de Janeiro: JB, 2006, n 48, p. 27., apresentando um "Diagnóstico das águas", traz algumas características dos recursos hídricos no Brasil e a situação atual dos principais setores que devem determinar o estado das águas em 2020: "Desigualdade na distribuição: O Brasil é composto por um conjunto de 12 grandes regiões hidrográficas. Apesar de possuir 12% das reservas de água doce do planeta, sua distribuição pelo país é desigual e já aponta para situações de escassez. A região hidrográfica Amazônica detém 68% dos recursos hídricos superficiais em uma área equivalente a 44% do território nacional. No entanto, é ocupada por apenas 4,5% da população brasileira. O oposto ocorre em outras regiões, a exemplo da região hidrográfica do Atlântico NE oriental, onde estão cinco capitais nordestinas, que ocupam 3,4% da área do país, concentram 12,8% da população e apenas 0,5% da água. Agricultura irrigada: houve um crescimento das áreas irrigadas no Brasil de 2,3 milhões de hectares, em 1990, para 3,1 milhões de hectares. O potencial para o desenvolvimento da irrigação, que já usa quase 70% do total da água consumida no país, é estimado em nada menos que 29,5 milhões de hectares. Pecuária: cerca de 11% da água consumida no Brasil destinam-se ao abastecimento animal, nada menos que a mesma proporção destinada ao abastecimento urbano. O rebanho bovino brasileiro já soma mais boi que gente: 193 milhões de cabeças de gado contra 186 milhões de habitantes. O país também tem mais de 730 milhões de frangos. Saneamento: havia em 1991, segundo o IBGE, 75,1 milhões de pessoas (61,6%) sem acesso à rede de esgoto. Em 2000, esse número subiu para 93,7 milhões, o equivalente a 55,6% dos habitantes. Se o ritmo de queda continuar o mesmo, quase metade da população do Brasil (42,3%) continuaria sem acesso a rede de esgoto em 2020. A rede de distribuição de água chegou a quase 90% dos domicílios urbanos e apenas 18% dos domicílios rurais. Indústria: a maior parte da água utilizada nos processos industriais, cerca de 7% do total consumido no Brasil, destina-se ao resfriamento e à diluição, concentração e lavagem. Calcula-se que cerca de 86% da água captada são devolvidos aos rios como efluentes. Aquicultura: a aquicultura brasileira vem apresentando taxas de crescimento anuais de 25%. O potencial no longo prazo é de 10 milhões de toneladas de peixe por ano. Transporte hidroviário: o Brasil conta com uma rede de vias navegáveis (rios, canais e lagos) com cerca de 42 mil km de extensão. Deste total são navegáveis 28 mil km, sendo que 18 mil km na Bacia Amazônica. No futuro, poderão ser incorporados a esta rede mais de 14 mil km desde que obras de melhoria e canalização sejam realizadas. O Brasil utiliza hoje apenas 10 mil km como vias navegáveis de transporte comercial. Setor hidrelétrico: o parque gerador brasileiro apresenta uma potência instalada de 91 mil MW, sendo que a fonte hidrelétrica contribui com 75% desse total. O potencial hidrelétrico situa-se em torno de 290 GW, dos quais apenas 68% foram inventariados. A maior parte do potencial hidrelétrico remanescente está localizado em áreas vulneráveis do ponto de vista socioambiental, especialmente na Amazônia.

Cite-se, ainda, os elevados **custos financeiros** envolvidos na construção das usinas hidrelétricas, centrada na presença do Estado como o agente executor das ações no setor da geração

Também o **custo temporal**, que leva em conta o prazo para o início das operações de uma usina hidrelétrica; nem sempre esse lapso de tempo é compatível com a urgência do país em proporcionar a infraestrutura indispensável ao desenvolvimento econômico.

O papel assumido pelo Estado muitas vezes teve uma visão mais **política** do que **técnica**, o que causou impacto nos critérios de definição das tarifas públicas, que passaram a ser utilizadas para outras finalidades que não a manutenção, expansão e aprimoramento do setor elétrico; em outras palavras, as tarifas eram instrumento, basicamente, de **controle da inflação** e do **populismo**, para fins, muitas vezes, eleitorais.

Isso contribuiu, em muito, para se criar um cenário de dificuldade de manutenção das próprias empresas estatais criadas para a exploração das atividades no setor elétrico. Nesse modelo, de forte dependência dos capitais públicos e por conta dessa política tarifária demagógica, a tônica era a dificuldade de o Estado continuar a abastecer a população com o aumento de energia. Era uma política tarifária equivocada, porque voltada para a remuneração artificial do custo dessas usinas hidrelétricas e porque se preocupava, apenas, com os **custos históricos** e não necessariamente refletia os custos de ampliação e manutenção do parque industrial brasileiro. Pois bem, esse não era um cenário que atraía o capital privado para investir na geração de eletricidade.

Por outro lado, esse modelo das hidrelétricas dependia de fatores completamente fora de controle do ser humano, como é o caso do **clima** e das chuvas, que fazem as águas fluir naturalmente para as quedas d'água e, a partir daí, girarem as turbinas que fazem a corrente elétrica ser gerada.

A partir dessa dependência, havia um grande risco em torno da matriz hidrelétrica constituída como base para o funcionamento do setor no Brasil. Havia, ainda, a necessidade imediata de expansão da capacidade de geração porque a demanda, fruto do próprio desenvolvimento do país, crescia e não era acompanhada pela oferta de energia.

As dificuldades pelas quais passou o setor elétrico foram sentidas também em vários outros setores relevantes da economia e isso forçou o cenário de **Reforma de Estado**, que teve como característica mais marcante, do ponto de vista jurídico e político, a ampliação da competição, seja pela flexibilização dos monopólios, seja pela redução de restrições ao capital estrangeiro, seja pela retirada do próprio Estado de determinados segmentos que passavam a ser devolvidos ao mercado pela via da desestatização – instrumentos de privatização e concessão.

A partir dessa busca pela **competitividade** se introduziu um conjunto de reformas do próprio modelo estatal de gestão das atividades de interesse público como na máquina estatal e elas foram sentidas com bastante relevância no setor elétrico.

Era preciso aparelhar a Administração Pública para lidar com essas novas questões de parceria entre o setor público e o setor privado, que, para adentrar nesses segmentos relevantes, demandavam altos investimentos; havia certa desconfiança da capacidade de célere julgamento por parte do Poder Judiciário dos conflitos envolvendo os agentes investidores – entre eles e entre eles e o Estado (daí se incorporar, também, pela via infraconstitucional, a possibilidade de solução dos conflitos por meio da **arbitragem**³, ao lado da competência das agências reguladoras para a produção de normas, edição de atos administrativos e de regulação judicante, pela solução de conflitos de interesse, por meio da conciliação, mediação e arbitragem administrativa – que não se confunde com a arbitragem comercial).

Essas reformas se manifestaram especificamente no setor elétrico.

Em primeiro lugar, pela própria mudança na Constituição Federal, com a admissibilidade de **capital estrangeiro** para exploração de potenciais de energia elétrica, removendo-se a barreira que existia na redação original do art. 176, § 1º da CR, quando falava que a empresa que poderia explorar o potencial de energia tinha que ser de capital nacional (o que não acarretava maior proveito em termos de desenvolvimento econômico, dada a carência de recursos públicos ou privados nacionais).

Também foi editada a Lei nº 8.987, a **Lei de Concessões**, que, finalmente, definiu que a concessão é um **contrato** e não mais um decreto, como era tratada até então especialmente no setor elétrico⁴. Também tem se procurado – no setor elétrico isso ainda é marcante – **desonerar** e **desregulamentar** as **tarifas**, com a própria lei de concessões estabelecendo um **rompimento com a política tarifária anterior** (Lei nº 8.987/95, art. 9º).

Ainda no plano das concessões, foi editada a Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que trata das **concessões patrocinadas** e das **concessões administrativas**, para situações que não comportem outro tipo de parceria entre o setor público e o setor privado⁵.

Foram aprovadas diversas **desestatizações** e autorizadas **privatizações** de diversas empresas estatais, notadamente no setor de distribuição, mas também no plano da geração foi vista a possibilidade de desestatização (embora algumas empresas, depois, tenham sido retiradas do PND – Programa Nacional de Desestatização).

Com a desestatização das empresas do setor elétrico, o Estado deixou de ser o executor dessas atividades de interesse público e passou a ser o

³ Sobre a possibilidade de adoção de arbitragem no setor elétrico ver SOUTO, Marcos Juruena Villela e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos firmados por empresas estatais*. In SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 439-496.

⁴ Sobre o tema ver ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de direito da energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

⁵ Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 28-56.

regulador, surgindo a **Agência Nacional de Energia Elétrica**, encarregada de acompanhar e de fazer surgir um mercado onde não necessariamente existia um cenário de livre entrada e permanência e de troca de bens e serviços (Lei nº 9.427, de 26.12.1996).

Uma significativa alteração também foi a previsão de instrumentos de **participação** na formulação, execução e controle das políticas públicas, adiante exposta.

Tudo isso vai se manifestando no ciclo da energia elétrica, em cada uma de suas etapas, isto é, a energia produzida pela passagem da corrente elétrica (no caso dos potenciais de energia hidrelétrica pela passagem pelas quedas d'água); é transportada a centrais de distribuição, que, então, fazem-na chegar aos destinatários finais dessa cadeia produtiva.

2. As reformas no setor elétrico

Procurou-se, então, identificar, nessa cadeia, em que espaços a competição era viável.

Ao tempo em que toda a atividade era vista como indivisível, sempre se tratava a entrega de energia elétrica como um serviço público monopolizado, que não comportaria uma competição, posto que haveria impossibilidade física ou inviabilidade econômica.

Percebeu-se, no entanto, que, por exemplo, na geração de energia existe a possibilidade de se introduzir, de imediato, a competição, que, por sua vez, ainda é inviável na administração das **redes**, tanto de transmissão quanto de distribuição. Surgiu o desafio do Estado lidar com a ausência de competição nesses segmentos, tidos como **monopólios naturais**.

Ao lado da possibilidade de competição pela geração de energia, se reconheceu, também, a possibilidade de comercialização da energia elétrica gerada em diversas fontes. Fragmentou-se o ciclo econômico em quatro etapas distintas – **geração, transmissão, distribuição e comercialização**. Cumpre, apreciar, brevemente, cada uma delas.

2.1. As reformas na geração de energia elétrica

A geração de energia elétrica era uma atividade disciplinada desde o Código de Águas (arts. 139 e ss), que a tratava como objeto de concessão⁶. Nesse panorama das reformas, ao lado do concessionário do serviço público de geração de energia elétrica foram introduzidas duas novas figuras: a do **produtor independente de energia elétrica** – que não presta serviço público, mas produz o insumo “eletricidade” para comercialização, tanto para a concessionária do serviço público como para o próprio destinatário final da

⁶ Sobre a concessão do serviço público de energia elétrica ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 53 e ss.

cadeia – e do **autoprodutor de energia elétrica** – que produz para o próprio consumo (Lei nº 9.074/95 – arts. 11 a 14 e 18; Dec nº 2.003, de 10.09.1996; Dec. nº 2.655, de 02.07.1998).⁷

Ainda no âmbito da geração, uma nova disciplina jurídica foi estabelecida para a adoção de medidas emergenciais para lidar com o problema da crise da falta de energia, com a criação de uma câmara de gestão e o estímulo à pesquisa e ao surgimento de novas fontes alternativas (adiante expostos).

2.2. As reformas na transmissão de energia elétrica

Na transmissão, para lidar e gerenciar esse trânsito da energia produzida, gerada e transmitida para o mercado de consumidores e usuários, foi concebida a figura do **Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS**, que é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, autorizado pelo poder concedente, com a competência de coordenar e controlar a geração e o transporte de energia elétrica.

A construção e operação de linhas tradicionalmente coube ao Sistema ELETROBRÁS (Lei nº 3.890-A, de 25.04.1961 e Dec. nº 4.559, de 30.12.2002), admitindo-se a concessão da construção de redes, com prévia licitação (Lei nº 9.074/95, art. 17), introduzindo-se uma disciplina de regulação do monopólio natural na gestão das redes de transmissão e de distribuição e do sistema Interligado. Foram estabelecidos o princípio do livre acesso às redes e o princípio da interconexão obrigatória, sob disciplina de um agente regulador (a ANEEL)⁷; ambos fundados na doutrina das *essential facilities*, que representa a densificação do princípio da função social da propriedade e do princípio da livre concorrência.

Também no âmbito da transmissão, surge a disciplina do compartilhamento de infra-estrutura por concessionárias de serviços públicos distintos, por meio da regulação conjunta das agências reguladoras de redes, e, a partir daí, a polêmica sobre a possibilidade cobrança pelo uso de rodovias e vias públicas⁸ para a passagem de dutos e redes.

⁷ MARGOT FREEMAN SAUNDERS e NANCY BROCKWAY destacam o papel do regulador independente sobre o livre acesso aos dutos e redes: “In addition, PUCs are generally responsible for issuing certificates of public convenience and necessity for generation and transmission plants which wish to commence service within their geographic area of jurisdiction, and for granting permission to power companies to abandon service. To enforce the common law public utility duty to charge “just and reasonable” prices, most state commissions also have the authority to set rates, to require prior notice of any proposed rate changes, to suspend proposed rates, and to launch inquiries into unreasonable rate hikes. In exchange for their monopoly franchises, electric utilities thereby agree to be held accountable to state PUCs who represent the interests of the consumer ratepayer. Closely tied to their mandate to ensure just and reasonable rates, PUCs will also require the power companies within their reach to provide service in a nondiscriminatory manner. Thus, any arbitrary classification among customer groups are subject to challenge.” SAUNDERS, Margot Freeman. BROCKWAY, Nancy. *Access to utility service: the consumer credit and sales legal practice series*. Boston: National Consumer Law Center, 1996, p. 32.

⁸ Sobre o tema em material de passagem de dutos e redes por rodovias ver GARCIA, Flávio Amaral. *A regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 24 e ss.

O ONS passou a atuar como sucessor da ELETROBRAS (Lei nº 9.648, de 27.05.1998, arts. 13 a 15 e Dec. nº 5.081, de 14.05.2004), tendo na sua composição concessionários, permissionários, autorizatários e consumidores livres, cabendo sua organização ao poder concedente, encarregado da nomeação dos dirigentes.

2.3. As reformas na distribuição de energia elétrica

Nessa nova fase, a distribuição de energia elétrica tem na pessoa do distribuidor o papel de gerenciar a rede, porque o princípio do livre acesso aos dutos foi estabelecido como elemento viabilizador da ampla competição (reconhecida desde o setor de geração). Não necessariamente a energia que vai chegar ao destinatário final é produzida ou comercializada pelo próprio distribuidor, mas, sim, muitas vezes, produzida por um agente estranho a essa cadeia de distribuição. Assim, o papel principal do distribuidor deixa de ser a entrega da energia ao destinatário final (adiante exposta).

2.4. As reformas introduzindo a comercialização, a competição e a desconcentração do mercado

A disciplina da compra de energia pelo distribuidor passou por grande “desregulamentação”, evoluindo das compras obrigatórias de Itaipu (concessionárias do Sul, do Sudeste e do Centro-oeste), passando pelos contratos iniciais de suprimentos, pelos **contratos livres** (Lei nº 9.648, de 27.05.1998), chegando à criação do **Mercado Atacadista de Energia – MAE** (Lei nº 10.433, de 24.04.2002 – revogada pela Lei nº 10.848/2004), para atingir o sistema de **leilões públicos** de compra de energia – Lei nº 10.848/2004 (ambiente de contratação regulada).

No campo da comercialização, buscou-se ampliar a competição, por meio da **desconcentração** e da **desverticalização**. Primeiro, veio a criação do MAE como livre mercado; as empresas geradoras tiveram sua reestruturação e privatização autorizadas, mas a privatização não ocorreu; isso acarretou a forte presença de estatais, mantendo a interferência do Estado, num mercado que deveria ser livre, o que não era desejado no pós-reforma. Ademais, havia uma forte verticalização do setor, com grupos de geradoras e distribuidoras, o que fazia com que estes não se interessassem pela baixa nos preços de geração, que poderiam ser repassados às tarifas.

O tratamento do problema veio com a imposição da desverticalização, assim examinado por MAURICIO TIOMNO TOLMASQUIM, RICARDO GORINI DE OLIVEIRA e ADRIANA FIOROTTI CAMPOS⁹:

⁹ TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, OLIVEIRA, Ricardo Gorini. CAMPOS, Adriana Fiorotti. *As empresas do setor elétrico brasileiro* estratégias e performances. Rio de Janeiro: Cenergia, 2002, p. 22-23.

A separação estrutural entre os segmentos competitivos e monopolistas das empresas incumbentes objetiva eliminar as práticas de subsídios cruzados e de discriminação do acesso por parte do monopolista.

As maiores críticas quanto a esta abordagem se referem às perdas de economia de escala e escopo entre os segmentos inter-relacionados, às perdas de sinergias internas à firma e dificuldade da arbitragem sobre as distintas linhas de negócios que serão fragmentadas.

Entretanto, como as companhias integradas apresentam uma vantagem decisiva no segmento local (mercado varejista) e dominam o segmento de acesso (mercado atacadista), a regulação administrativa de acesso à rede pode não ser suficiente e requerer uma política de separação de atividades para incentivar a competição, mesmo que a curto prazo, esta decisão possa trazer perdas de eficiência produtiva. A aposta dos reguladores - e isto foi feito em diversas reformas dos setores de telecomunicações e de energia elétrica - é que os efeitos benéficos da entrada de novos agentes, com a esperada redução de custos e diversidade tecnológica, tragam maior eficiência dinâmica a médio ou longo prazo.

Além disso, a limitação expressa à integração vertical pode funcionar em períodos limitados de tempo, especialmente na transição para um ambiente mais competitivo, com o objetivo de viabilizar o estabelecimento de novos competidores, trazendo, assim, um aumento da contestabilidade do mercado. Depois do período de transição, graus de integração vertical podem ser readmitidos pelo regulador, desde que os benefícios destes atos sejam distribuídos equitativamente entre os participantes do mercado e os consumidores, como os ganhos de produtividade e a melhoria na qualidade de serviços.

Com a extinção do MAE, surgem as licitações para a venda de energia, destacando-se o papel da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (Lei nº 10.848, de 15.03.2004 e Dec. nº 5.177, de 12.08.2004).

A comercialização de energia elétrica passou a ser disciplinada em dois tipos de cenário, a saber, o **ambiente de contratação livre (ACL)**, que se dá por meio de **contratos bilaterais**, e o **ambiente de contratação regulada (ACR)**, que se dá pela compra de energia por agentes distribuidores em procedimentos de **licitação (leilão)**. Neste, os empreendimentos de geração

(proponentes) passam por um processo de habilitação técnica e de cadastramento pela EPE, dividindo-se os processos de competição entre a compra de **energia nova**, que abrange os novos empreendimentos, e de **energia velha**, proveniente de empreendimentos já existentes, cujo capital já foi, em grande parte ou totalmente, amortizado (o que torna equânime a competição).

Assim, o edital conterà, como elementos essenciais, o preço máximo de aquisição (MME), o percentual mínimo de energia hidrelétrica destinada ao mercado regulado, o objeto e prazo da compra e venda de energia, o valor do pagamento pelo uso de bem público, o valor do custo marginal de referência calculado pela EPE e aprovado pelo MME, os requisitos de habilitação e as fases do leilão.

A licitação deixou de ser julgada pelo critério de maior pagamento pelo direito de exploração do serviço (típico dos objetivos do PND – Leis nºs 8.031/90 e 9.491/97 – que buscavam, dentre outros objetivos, a redução da dívida pública). O critério passou a ser a **menor tarifa**.

Para tanto, a licitação passou a ter três **fases**, a saber, uma disputa inicial para a obtenção da concessão para a exploração das usinas hidrelétricas, que confere aos vencedores o direito de comercialização da energia; na segunda fase dar-se-á a classificação das ofertas, para, na terceira fase, se desenvolverem os lances, para a baixa dos valores.

Ainda no que concerne à preocupação com a desconcentração, é mister destacar que as empresas de grupos dedicados à geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica buscam explorar outros segmentos. Há um justo receio de que tais empresas do grupo de concessionárias de serviço público ou autorizadas de produção independente se valham de tais posições para, por meio de uma verticalização da atividade, passarem a fazer uso do insumo gerado pelo serviço para concorrer com a atividade já desenvolvida no mercado por outras empresas, o que as colocaria num patamar bem mais confortável.

É certo que no caso de empresas concessionárias de serviço público, estas podem, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/95, desenvolver atividades não relacionadas à concessão, com vistas ao favorecimento da modicidade tarifária. Isso pode se dar tanto pelo próprio concessionário como pela criação de empresa dedicada à obtenção dessas receitas adicionais. Ocorre que o que se busca com o dispositivo é o aperfeiçoamento do serviço.

Assim, nem o dispositivo legal nem os contratos de concessão autorizam quer a priorização da atividade econômica em regime de livre iniciativa e de preços não regulados, quer, menos ainda, o agravamento dos seus custos pela ampliação dos riscos de escassez, em função do desvio do insumo, do serviço público para a atividade econômica (do que é exemplo, o apagão, que ainda é um risco¹⁰).

¹⁰ A Revista Veja – edição 1877 – Ano 37 – nº 43, de 27.10.2004, página 33, divulga informação atribuída ao Presidente do Operador Nacional do Sistema Elétrico, Mário Santos, sobre o risco de apagão em 2008.

Para a apreciação do contencioso administrativo relativo a essa polêmica, a ANEEL seria a competente, posto que lhe cabe apreciar tanto a *atividade comunicada*¹¹ como o pedido de *autorização* para o seu desenvolvimento.

Ademais, o exercício de tal atividade econômica em condição diferenciada decorre, exatamente, do *status* de concessionária de serviço público, que é fruto de procedimento licitatório em que foi escolhida apenas a proposta vencedora dentre empresas que preenchessem requisitos de habilitação e demonstrassem disponibilidade financeira específica para os negócios de energia.

Essa condição diferenciada – com vistas a uma finalidade *pública* – permitiria uma competição desigual nas outras atividades econômicas, o que é tipificado como forma de abuso de poder econômico, nos termos do art. 21, V, da Lei nº 8.884/94.

A rigor, a ANEEL também seria a competente para a apreciação da matéria, eis que, no âmbito do direito antitruste, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, compete-lhe estabelecer restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.

No entanto, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, impõe um dever a tal agência de harmonizar-se com a Secretaria de Direito Econômico¹².

Ademais, a questão não envolve apenas as atividades de energia, dependendo do momento em que se instaurar o contencioso administrativo, se vier a ser aprovado o PL nº 3.337/2004, que trata do novo regime jurídico das agências reguladoras; por força do disposto nos arts. 16 e 17, o CADE passará a ser o julgador do conflito, cabendo à Agência a instrução do feito¹³.

¹¹ Não se abordará, agora, a distinção entre *atividade comunicada* e *autorização*. Sobre o tema ver CUNHA, Paulo César Melo. *As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades*. In SOUTO, Marcos Jurueña Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Org). *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, no prelo.

¹² Sabe-se, inclusive, que há convênio entre o CADE e a ANEEL sobre o tema da defesa da concorrência. Ademais, o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.427/96, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.05.98, dispõe que: “No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.”

¹³ O Projeto de Lei nº 3.337/2004, assim dispõe: “Art. 16. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, § 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei nº 8.884, de 1994, a análise de

Essas aglutinações de atividades vão de encontro aos processos de Reforma do Estado, que buscam, com apoio na regulação, uma desverticalização da economia por meio da desconcentração de atividades para, por essa via, ampliar a competição. Nesse passo, os subsídios cruzados que eventualmente possam ser considerados para viabilizar a atuação da empresa competidora seriam igualmente repudiados pelo art. 21, XII, da citada Lei nº 8.884/94, eis que se trata de discriminação entre adquirentes.

Também não se deve descartar a possibilidade de venda casada de energia e outros bens ou serviços, já que a Lei nº 9.074/95, em seus artigos 15 e ss., admite a livre negociação de compra de energia junto aos fornecedores do bem¹⁴.

O que interessa é que, em ambos os casos – tanto na defesa do serviço público como na defesa da concorrência – há fundamentos jurídicos para se contestar a postura de empresas integrantes do grupo de concessionárias de serviço público em dedicarem-se a atividades econômicas que façam uso intensivo do serviço público como insumo para tais atividades serem desenvolvidas de maneira mais confortável que para os competidores.

atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, cabendo ao CADE, como órgão julgante, emitir decisão final sobre os atos de concentração e condutas anticoncorrenciais § 2º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos. § 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. § 4º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União, em até dez dias úteis após a disponibilização da norma ou regulamento para consulta pública, todos os pareceres emitidos em cumprimento ao § 3º deste artigo. Art. 17. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis. Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão responsável pela instrução no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se a análise preliminar da Agência Reguladora ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial. Art. 18. Sem prejuízo das suas demais competências legais, inclusive no que concerne ao cumprimento das suas decisões, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas cometidas por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.”

¹⁴ A ANEEL exige dos concessionários que a contratação de fornecimento a **consumidor livre** se formalize, nos termos da Resolução nº 264, de 13 de agosto de 1998, por três instrumentos contratuais, a saber: de compra e venda de energia elétrica, de conexão com a rede elétrica e de uso do sistema elétrico de distribuição e/ou transmissão (art. 7º). A pesquisa sobre a atualização da norma regulatória citada será feita em outra oportunidade.

3. O consumidor e o usuário de energia no novo cenário

Chega-se, nesse breve exame, ao destinatário final dessa cadeia, que exige que se faça uma distinção doutrinária importante entre as figuras do **usuário** e do **consumidor**, já que a Constituição deu tratamento e reconheceu que são categorias jurídicas distintas (CF, art. 37, § 3º - usuário, aqui, “consumidor cativo”; consumidor – CF, art. 5º, XXXII e Lei nº 9.074/95, art. 15).

As relações de consumo são basicamente relações de direito privado, ainda que, eventualmente, se confira as mesmas proteções ao usuário de serviço público, por meio de uma **equiparação ao consumidor** de bens e serviços (a legislação contribui para essa confusão, ao usar expressões do tipo “consumidor cativo”, para se referir ao usuário que não tem liberdade de escolha de quem fornece a energia que vai utilizar no final da cadeia de consumo, e “consumidor livre”, que são os grandes consumidores, que têm a possibilidade de escolher o fornecedor).

Nesse plano (do serviço de distribuição), a política é fazer valer as idéias de participação e de isonomia.

A **ampliação da participação** do destinatário final envolve o **planejamento**, em caráter consultivo (Lei nº 8.631, de 04.03.1993, art. 13), a **normatização** (Lei nº 9.427, de 26.12.1996, art. 4º, § 3º) e a **fiscalização** (Lei nº 8.987, de 13.02.1995, art. 30, § único). Essa participação é fundamental, especialmente considerado, como visto, o uso múltiplo da água, que deve forçar a existência de um **planejamento hidrológico**, como bem destacado por MARIA DE CARMEN ORTIZ DE TENA¹⁵:

Resulta evidente, por otra parte, que el éxito de los Planes Hidrológicos no depende exclusivamente de su regulación legal. Los Planes son una obra de gran envergadura técnica y económica, y su elaboración y ejecución requieren un gran esfuerzo en todos los órdenes: en el plano político, administrativo, en el campo de la colaboración y participación ciudadana, etc.

Já no que concerne à isonomia, cabe fazer a distinção entre os tipos de usuários, como, por exemplo, os residenciais (e, dentre estes, os de baixa renda, buscando-se a universalização, por meio de encargos que financiam programas do tipo “Luz para todos”), os comerciais, industriais, os destinatários no setor rural, os Poderes Públicos, e a iluminação pública.

A partir da possibilidade de tratamento diferenciado, é cabível

¹⁵ ORTIZ DE TENA, Maria Del Carmen. *Planificación hidrológica*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 34.

o subsídio de uma categoria a outra, de modo a se assegurar a idéia de acessibilidade pela via de modicidade de custos, com continuidade e regularidade na prestação do serviço. Isso vem sendo cada vez mais materializado em programas de iniciativa governamental.

4. A disciplina da tarifa de distribuição de energia elétrica

A diferença marcante é que o consumidor típico (consumidor livre) paga um preço, ditado em função do mercado e da livre negociação entre comprador e vendedor. O usuário paga uma tarifa (que envolve o custeio do uso do sistema de redes de distribuição e mais o pagamento da energia), integralmente regulada pelo Poder Concedente e acompanhada pela Agência Reguladora (que deixou de ser o poder concedente, no setor elétrico).

Dentre os elementos orientadores da fixação da tarifa¹⁶, pode se destacar os grupos de Consumidores/Usuários, os horários de consumo (em função do carregamento do sistema), os períodos de consumo (seco e úmido)¹⁷, os subsídios da baixa tensão à alta tensão.

A tarifa é composta de uma Parcela A, integrada pelos custos não gerenciáveis pelo distribuidor; de uma Parcela B, com os custos gerenciáveis, de uma parte financeira, que envolve passivos de usuários para com a concessionária ou vice-versa, passivos de PIS e COFINS, variações cambiais (exemplo: compra de energia de Itaipu – variação do câmbio entre o momento da compra e o do pagamento), encargo de capacidade emergencial para a CBE e tributos (PIS, COFINS, ICMS).

Na Parcela A, os custos não gerenciáveis envolvidos são ligados à compra de energia, aos encargos setoriais, aos custos com o transporte de energia pelas redes de transmissão, os encargos de conexão e encargos do ONS.

Dentre os encargos, cabe citar a CCC, Conta de Consumo de Combustíveis, que rateia os ônus e vantagens da geração térmica entre todos os consumidores e usuários (em função do custo adicional da energia térmica comparado com a energia hidráulica). A Lei nº 9.648 previu a redução da CCC, enquanto a Lei nº 10.438/2002 acabou com a CCC no sistema interligado, mas a manteve no sistema isolado. Cite-se, ainda, a CDE – Conta de Desenvolvimento Energético dos Estados, que financia o Programa “Luz para Todos” (voltado para a universalização dos serviços); a RGR – Reserva Global de Reversão

¹⁶ Segundo a ANEEL, A destinação da receita tarifária, em valores aproximados, é distribuída da seguinte forma: Geração – 32%; Transmissão – 8%; Encargos e Tributos – 34%; Receita da Distribuidora – 26%

¹⁷ DARCÍLIO AUGUSTO GOMES explica: **PERÍODO SECO** - Período de 7 (sete) meses consecutivos, que compreende os fornecimentos de energia elétrica abrangidos pelas leituras de maio a novembro. **PERÍODO ÚMIDO** - Período de 5 (cinco) meses consecutivos, que compreende os fornecimentos de energia elétrica abrangidos pelas leituras de dezembro de um ano a abril do ano seguinte. GOMES, Darcílio Augusto. Glossário técnico jurídico: para conhecer o setor elétrico brasileiro. Belo Horizonte: Coge, 2004, p. 69.

(Decreto nº 41.019/57), voltada para o financiamento da expansão do sistema. A Lei nº 9.648 previa a sua extinção, mas a Lei nº 10.438 a prorrogou até 2010.

São, também, encargos setoriais, incluídos na tarifa, o pagamento da compensação financeira pela utilização de recursos hídricos (pelo alagamento de áreas por hidrelétricas – CF, art. 20, § 1º e Lei nº 7.990/89), a Taxa de fiscalização para a ANEEL, o financiamento da Pesquisa de eficiência energética e do PROINFA – Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (adiante exemplificadas).

A Parcela B abrange os custos gerenciáveis pelo distribuidor, com a operação, manutenção, depreciação pela vida econômica média dos bens afetados e a remuneração (do custo do capital, próprio ou de terceiros). Sobre esses é que incide uma maior preocupação do regulador, no momento de examinar pleitos de alteração de tarifas.

Nesse contexto de atração de investimentos, há que se adotar mecanismos de preservação da tarifa. Isto se dá pelo reajuste, com mera aplicação do indexador previsto no contrato, e pela revisão programada, pelo sistema de *price cap*, prevendo-se a indexação dos custos gerenciáveis, com a busca de partilha periódica dos ganhos de eficiência (o que envolve uma polêmica acerca da destinação das receitas adicionais)¹⁸, levando-se em consideração um “Fator X”, calculado sobre a expectativa de produtividade e sobre a satisfação do consumidor/usuário¹⁹. Claro que não é necessária a previsão contratual da possibilidade de revisão extraordinária (sobre a qual pairou intensa polêmica envolvendo a compensação de receitas perdidas com o racionamento, discutindo-se se houve perda de mercado ou falha de governo).

5. O novo papel do Estado no setor elétrico

Nesse cenário de reformas, o Estado passa a se concentrar no papel de definição das decisões políticas e na fixação de um planejamento, tendo como principais instituições de sua ação o Ministério das Minas e Energia, no qual se integram o CNPE – Conselho Nacional de Política Energética e o CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico. Surge a EPE – Empresa de Pesquisa Energética (Lei nº 10.847, de 15.03.2004), voltada

¹⁸ Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 263 e ss.

¹⁹ Sobre a qualidade do serviço IRAPUÁ DE OLIVEIRA COSTA explica que: “Primeiramente, é necessário ressaltar que o setor elétrico possui legislação específica no tocante à qualidade do fornecimento de energia elétrica, tratada na Resolução 505, de 26 de novembro de 2001, apontando os índices de DEC (Duração Equivalente de Interrupções por Unidade Consumidora), FEC (Frequência Equivalente de Interrupções por Unidade Consumidora), DIC (Duração de Interrupção Individual por Unidade Consumidora) e FIC (Frequência de Interrupções Individual por Unidade Consumidora), tratando, inclusive, das penalidades aplicadas às concessionárias que infringirem respectiva normatização. Esses indicadores visam a mensurar o desempenho dos sistemas de energia elétrica, podendo caracterizar a continuidade ou qualidade da prestação do serviço, tanto do ponto de vista do sistema elétrico como sob a ótica dos consumidores.” COSTA, Irapuá de Oliveira. Energia elétrica: a luz do consumidor. São Paulo: Segmento Farma, 2004, p. 14.

para o desenvolvimento de soluções que reduzam a dependência da sociedade e do mercado de uma matriz energética.

São desenvolvidos programas de ação, como o PROCEL – Lei nº 10.295, de 17.10.2001, PPT – Programa Prioritário de Termoelectricidade, PROINFA – Lei nº 10.438, de 26.04.2002, reforçando-se o papel estatal de fomento de novos empreendimentos, por via da ação do BNDES e do BNDESPar, bem como da pesquisa de eficiência energética – Lei nº 9.991, de 24.07.2000 e Dec. nº 3.867, de 16.07.2001.

A par do planejamento e do fomento, a nova ordem econômica no setor elétrico é calcada no fortalecimento da regulação, inclusive com o reconhecimento da autoregulação, prevendo o ordenamento mecanismos como a convenção de comercialização.

Nesse passo, a Lei nº 10.848/2004, antecipando-se ao PL nº 3.337/2004, reformulou a Lei nº 9.427/96, retomando o poder concedente, que agora passa a ser exercido pela União, por meio do MME²⁰.

Não há como deixar de reconhecer que essas mudanças abruptas de sistema regulatório, com esvaziamento de poderes das agências reguladoras, preocupa o investidor num momento em que o modelo busca a atração de investimentos num cenário de carência de recursos públicos.

O novo papel do Estado não descarta sua presença, ainda, como agente executor das ações de geração, transmissão e distribuição, dado que houve a preservação de FURNAS, CHESF, ELETROBRAS.

Foi, ainda, previsto um **novo papel da PETROBRAS**, com a inclusão de atividades de energia no seu objeto social. (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 resultante da Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001, art. 26).

Conciliando tal dispositivo com os arts. 63 e 64 da Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997²¹, a PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com outras empresas para expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo, bem como a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

A BR Distribuidora promoveu alteração nos seus estatutos para prever tal possibilidade²².

²⁰ Sobre a versão original do PL, tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 205 e ss e 219 e ss.

²¹ “Art. 63. A PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo. Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

²² Art. 3º - A Companhia tem por objeto, observados os preceitos legais:

(...)

V – a produção, o transporte, a distribuição, a comercialização de todas as formas de energia, bem como a prestação de serviços correlacionados;

O Decreto s/n, de 18 de julho de 1991, instituiu o Programa Nacional da Racionalização do Uso dos Derivados do Petróleo e do Gás Natural (Conpet), com a finalidade de desenvolver e integrar as ações que visem a racionalização do uso dos derivados de petróleo e do gás natural, em consonância com as diretrizes do Programa Nacional de Racionalização da Produção e do Uso da Energia. As ações do Programa serão supervisionadas pelo Grupo Coordenador do CONPET GCC. Cabe, por força do art. 6º do citado Decreto, à Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás prover o apoio técnico e administrativo necessário ao seu funcionamento (do GCC). Dentre suas atribuições estão as de acompanhar e avaliar as atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas e privadas relacionadas com o programa e de promover e coordenar a realização de estudos e pesquisas relacionadas com o programa, no âmbito de suas atividades.

No campo da comercialização, foi criada a **CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial** – contratação de capacidade de geração ou potência (MP nº 2.209, de 29.08.2001 e Decreto nº 3.900, de 29.08.2001).

6. A contração emergencial de energia

É claro que esse novo papel do Estado deve contemplar espaço para as ações interventivas extraordinárias, especialmente as de caráter emergencial, buscando o aumento da oferta de energia, a racionalização e contenção do uso de energia e o estímulo a novas fontes.

A Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001 (ainda em tramitação), criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, e estabeleceu diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica. Mais uma vez, se deu um golpe na ANEEL (e nos investidores que acreditaram no modelo proposto), com uma verdadeira captura política de função regulatória, para a qual já havia estrutura criada.

Em seu art. 5º, ao tratar do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, estabeleceu, no inciso II, o objetivo de **otimizar o consumo de energia**, priorizando setores estratégicos, enquanto no inciso IV preconiza a **imediate substituição de aparatos, equipamentos e instalações tecnologicamente superados em seus níveis de consumo energético**, bem como a **autoprodução e a produção independente de energia**.

O inciso IX do mesmo dispositivo explicita o objetivo do programa, na comercialização de energia elétrica, no sentido da **ampliação da oferta ou redução do consumo**.

Dando conta da seriedade da situação, o art 8º já tratava do **princípio da celeridade**.

A Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001, instituiu a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, que tem por objetivo a

alocação eficiente de recursos energéticos e a preservação do meio ambiente, estabelecendo, em seu art. 4º, que o Poder Executivo desenvolverá mecanismos que promovam a **eficiência energética nas edificações** construídas no País.

Igualmente nessa linha de preocupações, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (antiga Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001), dispôs sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial e sobre o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA).

Pelo art. 3º da Lei nº 10.438/2002, foi instituído o PROINFA, com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos - aqueles que não são concessionários de qualquer espécie, não controlados ou coligados de concessionária de serviço público ou de uso do bem público de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, nem de seus controladores ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum (conforme redação dada pela Lei nº 10.762, de 11.11.2003).

A crise do setor elétrico revelou a necessidade de se buscar novas fontes alternativas ao modelo político dominante, calcado em petróleo, gás natural e energia nuclear, citando três categorias de alternativas.

JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY apresentam três categorias de fontes. Na primeira, se encontram a energia solar e a energia eólica, que, por serem insumos de baixo custo e renováveis (sem dano ambiental), são as mais atraentes. O segundo conceito de energia alternativa é a gerada pela conservação e pela eficiência, que, também, não criam impactos no meio ambiente (no Brasil, é a preocupação do PROCEL e dos programas de gestão da crise já citados). A terceira, envolve o uso de energia em menor escala, de uso local e portátil²³. Os autores exemplificam como alternativa a

²³ JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY: In Chapter 2, we describe the dominant energy policy in the United States as large-scale, capital intensive, and largely driven by fossil fuels. Oil, natural gas, coal, nuclear power, and the electricity generated by those resources are the paradigmatic examples of the dominant policy. In this chapter, we discuss alternative energy sources and policies. We use the phrase alternative energy sources fairly broadly to encompass three distinct concepts. The most popular concept of alternative energy involves renewable energy, such as solar power and wind power. These technologies rely on costless energy sources and, it would appear, have benign environmental consequences. Therefore, as cheap and relatively environmentally benign, renewable energy sources are attractive. The second conception of alternative energy involves conservation and energy efficiency. Conservation and energy efficiency are complementary sources of energy insofar as conservation can be simply defined as using less energy. Energy efficiency is defined as obtaining more energy from the resources that are used. Again, both conservation and energy efficiency have little or no environmental consequences except to the extent that they restrict the impacts of energy not used. Third, the last form of alternative energy that we will discuss involves alternatives to the dominant model. To the extent that energy production can be reduced in scale, made portable, used locally, such energy sources present alternatives to the dominant model. Additionally, we discuss alternative sources for fossil fuels and fossil fuel substitutes. We conclude by discussing alternative energy policies in general terms. At least since Thomas Malthus wrote his *Essay on Population* in 1798, the issue of population growth and its consequent potential harms to society has been with us. In his essay, Malthus argued that population

energia gerada pela biomassa (a partir de grãos e resíduos agrícolas, animais, aquáticos e lixo, que são transformados em gás metano por meio da decomposição dessa matéria orgânica)²⁴. Citam, ainda, a energia geotérmica, gerada pelo calor no interior da terra, que faz movimentar turbinas geradoras de eletricidade, de maneira segura e limpa²⁵, bem como o uso do gás e óleo

growth always exceeds the growth of the means of subsistence. In brief, his argument was that population growth always tended to push beyond food supply with disastrous social consequences. The translation from population growth to energy consumption is an easy one and, as we will describe below, the idea that increasing energy consumption has disastrous consequences has had a significant impact on alternative theories of energy. The United States consumes approximately 97 quads of energy per year of which renewable energy accounts for 5.9 quads. While 6% appears to be a respectable portion of our energy picture, most of that figure is comprised of hydroelectricity. Further, renewable energy has maintained a fairly constant portion of energy production as shown in Figure 1 below. Fifty years ago, for example, renewable resources accounted for three quads of energy and we have approximately doubled our total consumption since that time TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. *Energy law*. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 354-355.

²⁴ JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY: "Biomass" has been broadly defined as "any organic matter which is available on a renewable basis, including agricultural crops and agricultural wastes and residues, wood and wood wastes and residues, animal wastes, municipal wastes, and aquatic plants." 42 U.S.C.A. § 8802. Biomass is converted to methane gas through the decomposition of organic matter. The energy derived from biomass is originally solar energy stored in organic matter through the process of photosynthesis. This energy can be reclaimed from the harvesting of live plants or from wastes. Biomass comes from several possible sources including animal manure, landfills which are garbage depositories, coal which can be converted into gas, biomass which comes from aquatic sources, crop residue, peat, sewage, sludge, and ethanol which is produced from feed stalks such as corn. For the most part, biomass is converted into methane gas. It can also be converted into liquid fuel ethanol used in the transportation industry. TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. *Energy law*. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 362-363.

²⁵ JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY: Geothermal energy is generated by the heat from the earth's interior. This heat can be used to turn turbines to generate electricity. It is a relatively safe and clean fuel. The environmental repercussions in developing this resource include noise, odors, thermal pollution, the discharge of dissolved materials into surface or ground waters, and subsidence. The relative environmental safety and cleanliness of this resource stem from the fact that these hazards occur principally at the site rather than throughout the fuel cycle, as is the case with coal or oil. Most geothermal heat resides in the earth's molten core and mantle below the earth's crust at depths incapable of being tapped by drilling. However, there are locations around the globe, called "hot spots," where the earth's protective crust is sufficiently shallow to permit human access to geothermal heat. In certain places, there are hot springs or geysers (like Old Faithful in Yellowstone National Park) where geothermal energy has broken the earth's surface. In the United States, as much as 1.3 million acres of land, including Alaska and Hawaii, have potential for power production from geothermal energy. Most of the potential domestic geothermal sites are located in the western United States, the most productive of which are in the Geysers region of California. In 1960, the Pacific Gas and Electric Company became the first American utility to generate electricity from geothermal steam in the Geysers region. In 1986, the Geysers region generated 10.3 billion kilowatt hours of electricity, and at a lower cost than fossil fuel generation in the same area. Electricity generated from geothermal sources peaked in 1987 at 11 billion kilowatt hours. Geothermal steam has high economic value. In *Grace Geothermal v. Northern Cal. Power Agency* (N.D. Cal. 1985), one prospective purchaser offered \$145 million for an interest in a federal geothermal leasehold. Geothermal energy comes from two sources. Electricity can be produced from hot dry rock under the earth's surface by locating the hot rocks, pumping water into and out of the area, and thus creating steam to turn a turbine to generate electricity. TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. *Energy law*. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 364-365.

sintéticos, que podem substituir o petróleo e o gás natural a partir de transformações químicas e físicas sobre fontes domésticas²⁶.

O que deve ser objeto de maior preocupação no Brasil é o fato de que certas transformações (por exemplo, por meio de congelamento do gás para transporte para outras regiões), se por um lado estimulam a competição e a inventividade, por outro podem colocar em risco o atendimento da população de baixa renda, que não possa adquirir tais produtos, colocando em risco a prestação do serviço público. É importante lembrar que, no Brasil, a distribuição de gás canalizado é serviço público de competência dos Estados (CF, art. 25, §2º), enquanto a produção e o transporte do gás integram a competência federal (CF, art. 177). Ora, é fundamental que a disciplina federal, por conta do pacto federativo (que contempla a harmonia entre as entidades federadas), não aniquile o exercício da competência estadual sobre seus serviços, especialmente em função do fato de que a competição que se busca ampliar (até mesmo entre serviços públicos e atividades econômicas) não pode servir de base para que uma atividade destrua a outra. Afinal, é no conceito de serviço público que se

²⁶ JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY: Another "alternative fuel source" is conservation. Energy conservation has two meanings. First, energy is conserved simply by consuming less. Second, energy is conserved as energy production and use become more efficient. Conservation through greater efficiency can take place on a number of fronts. Retrofitting of buildings and appliances or producing more fuel efficient or alternative fuel cars can conserve energy. Tax credits and deductions can be used to encourage installation of conservation measures. Taxes can also be used to increase the cost of energy, thus reducing demand and use. TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 367. (...) Earlier we mentioned two alternatives to traditional energy sources. One is an alternative to large-scale power production and the other is fossil fuel alternatives to coal, oil, and natural gas, which we discuss immediately below. **1. Distributed Generation** As the electric industry continues along the path of deregulation, one impediment to complete deregulation invalids the transmission segment as discussed in Chapter 8. To date, large-scale power facilities can generate electricity at a more efficient rate and the inability to store the product diminishes the possibility of more localized distribution. As a response to both constraints is the concept of distributed generation, which constitute smaller electric generators and generators that are closer to the load. In this way, reliance on the existing transmission network can be reduced and the cost of transmission can be lowered. Distributed generation involves new technologies for generating mostly under 50 megawatts, including photovoltaics, microturbines, fuel cells, as well as others, which can reduce the scale of the production as well as provide for the storage of the product in various ways. Distributed generation is also seen as a way of moving electricity toward a more competitive marketplace. Both industry and government projections indicate an increasing use of these technologies. Distributed generation technology can be used to achieve several purposes, including providing energy to consumers; meeting peak demand requirements; maintaining additional reserve capacity; contributing to power reliability; and serving as back-up and stand-by service. Perhaps not so ironically, the whole idea of distributed generation was exactly the idea that Edison tried to displace with the first central power station in New York City. The concept of the central power station was antithetical to the then prevalent isolated plants (forerunners of distributed generation). (...) **2. Synthetic Fuels** -The Energy Security Act of 1980 established the United States Synfuels Corporation to stimulate the commercialization of synthetic oil and gas. According to the Act, a "synthetic fuel" is defined as "any solid, liquid, or gas which can be used as a substitute for petroleum or natural gas and which is produced by chemical or physical transformation of domestic sources of coal, shale, tar sands, and water." TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 370-372.

busca garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente pelo atendimento das populações de baixa renda. Se os instrumentos de transformação, com emprego de modernas tecnologias, retirarem escala para que as concessionárias de serviço público invistam na construção de dutos que chegam às regiões afastadas, a população menos abastada ficará privada do serviço de baixo custo (sem falar na exposição aos riscos do transporte de carga perigosa)²⁷.

Voltando à Lei nº 10.438/2002, o art. 4º, em seu § 6º, autoriza as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais a celebrar transações e a promover os atos necessários à solução de controversias contratuais e normativas. As normas citadas deixam evidente a conclusão de que (1) há necessidade de um esforço para a racionalização do uso da energia e (2) que tal esforço deve partir da União Federal; tanto que a norma movimentou diversas estruturas da Administração Federal e recursos do orçamento federal²⁸. Em suma, é todo um contexto que deve partir da Administração Pública, para a solução de um problema que afeta a todos, exigindo o **imediato atendimento e preservação de setores tidos como prioritários**²⁹.

²⁷ Registre-se que, sobre o tema, o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro LEONARDO ESPÍNDOLA está desenvolvendo tese em defesa da competência estadual sobre a matéria, exatamente em função de sua atuação como Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Energia e Indústria Naval do Estado do Rio de Janeiro.

²⁸ Podem ser citadas, exemplificativamente, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEB, o BNDES, BNDESPAR - BNDES Participações S.A., sem falar nas estruturas de direito público diretamente envolvidas no problema da crise energética, que receberam novas atribuições, como a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, a ANEEL, o Ministério de Minas Energia e o Ministério da Fazenda; além das estruturas, surgem os programas de geração de energia alternativa e adicional, a utilização de títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, os recursos da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, visando o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados (Lei nº 10.762, de 11.11.2003), aportes a fundo perdido, visando a universalização do serviço, apoio a Cooperativas de Eletrificação Rural e a Cooperativas responsáveis pela implantação de infra-estrutura em projetos de reforma agrária, Consórcios Intermunicipais, recursos da RGR para concessão de financiamento, mediante projetos específicos de investimento.

²⁹ Confira-se a norma posta em consulta pública pelo Comitê Executivo da CÂMARA DE GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA – GCE: "Nota de Introdução à Apresentação da Proposta do Programa de Redução de Consumo por Corte de Carga ("apagões") (...) 1. O Comitê Executivo, ouvido o Exmo. Sr. Presidente da República, decidiu manter a divulgação da proposta deste programa em decorrência das seguintes razões: a. embora cada vez menores, as chances de "apagões" ainda não são inexistentes; (...) **PROJETO DE RESOLUÇÃO** - Dispõe sobre medidas adicionais de redução de consumo de energia elétrica necessárias à manutenção do armazenamento mínimo de segurança dos reservatórios do Sistema Interligado Nacional. (...) **ANEXO I - ÁREAS E CARGAS ESSENCIAIS** - Descrição das áreas ou cargas consideradas essenciais que não poderão ser desligadas tempestivamente, em função do corte de carga, ou que, em caso de desligamentos, deverão ser observadas condições especiais para tal. **CARGAS NÃO INTERRUPTÍVEIS**. (...) VII - Aeroportos Internacionais; VIII - Aeroportos Domésticos de cidades com população igual ou superior a 500.000 habitantes; (...) X - Centros de Controle de Tráfego Aéreo (...) **PROJETO DE RESOLUÇÃO**- Define as áreas consideradas como essenciais, que não podem sofrer interrupção programada do fornecimento de energia elétrica, dispõe sobre diretrizes

Tanto isso é certo, que o Decreto nº 4.131, de 14 de fevereiro de 2002, ao dispor sobre medidas emergenciais de redução do consumo de energia elétrica no âmbito da Administração Pública Federal, estabeleceu, em seu art. 2º, que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal deverão **diagnosticar** o grau de eficiência energética dos imóveis sob sua administração, com vistas à **identificação de soluções** e à **elaboração de projeto de redução do consumo de energia elétrica**, bem como, em seu art. 3º, que na aquisição de materiais e equipamentos ou contratação de obras e serviços, deverão ser adotadas especificações que atendam aos requisitos inerentes à eficiência energética.

Destaque-se, ainda, o Comitê Gestor de Indicadores e Níveis de Eficiência Energética – CGIEE (participação de representantes de órgãos públicos, de universidades e da sociedade, especialistas em energia).

Dentre os programas impostos, cabe destacar que o art. 24 da Lei nº 10.438/2002 deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, obrigando que as concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica apliquem, anualmente, o montante de, no mínimo, 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico. Tal linha de atuação já se vislumbrava desde a edição da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, que, em seu artigo 6º, já previa o fomento de pesquisas com vistas ao desenvolvimento de fontes alternativas de energia e a otimização da distribuição de energia.

7. A contratação de energia elétrica pela Administração Pública

Um ponto a discutir é se, em função da necessidade de celeridade e de flexibilidade das negociações inerentes às compras de energia caberia a instauração de **processo seletivo para contratação direta** fundada no art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93, cuja redação é a seguinte:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento

para o seu atendimento e dá outras providências. (...) R E S O L V E: Art. 1º Para efeito desta Resolução, são consideradas áreas essenciais as seguintes: (...) XI - aeroportos internacionais e domésticos localizados em cidades com população superior a quinhentos mil habitantes; (...) XIII - centros de controle de tráfego aéreo; (...) Art. 2º Às áreas de que trata o artigo anterior deve ser assegurado o fornecimento de energia elétrica, seja diretamente pelas empresas distribuidoras, por geração própria ou por outro dispositivo que mantenha a carga. (...) Art. 4º Cabe aos responsáveis pelas instalações de áreas consideradas essenciais: (...) II - elaborar plano de emergência para o enfrentamento de eventual falha no fornecimento de energia elétrica; III - garantir a manutenção e operação dos equipamentos de geração de energia elétrica de que disponham; (...) Art. 10. Dúvidas e casos não contemplados nestas diretrizes serão resolvidos e decididos pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE.

de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

O certo é que, se for utilizado tal procedimento, a competição não poderá ser frustrada por meio de um julgamento subjetivo ou imotivado, dando tratamento diferenciado entre os licitantes. Neste caso, o procedimento deverá se submeter ao Estatuto de Licitações e Contratos, que, em seu art. 3º, §1º, inc. I, ao dispor sobre o cerceamento do caráter competitivo inserido no ato convocatório, assevera:

“Art. 3º

§1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

O processo seletivo, no entanto, não parece ser o mais razoável para tais contratações.

A Lei nº 8.666/93 autoriza a contratação direta de fornecedor de energia, dispensando a licitação em seu art. 24, XXII; o dispositivo veio à baila em meio a um conjunto de reformas da Administração, com o intuito de assegurar celeridade e agilidade nas negociações para a obtenção de tal insumo, agilidade essa nem sempre compatível com o formalismo e os prazos inerentes ao procedimento licitatório.

Isso se reforça diante da necessidade de celeridade nessas contratações, em épocas de risco de abastecimento ainda não afastados. Neste caso, um processo seletivo formal representa inadequação entre meio e fim, sendo, pois, violador do princípio da razoabilidade, já que se dispensa a licitação para se viabilizar contratações imediatas.

No entanto, frise-se, se for estabelecido um procedimento formal, este deverá ser, em tudo, assemelhado a uma licitação, devendo estabelecer critérios objetivos para apreciação das propostas. Afinal, o conteúdo do **princípio da isonomia** indica que todas as pessoas que estejam na mesma posição jurídica devam receber o mesmo tratamento por parte dos entes que integram a Administração Pública. Trata-se, na verdade, de uma garantia constitucional abrangente, que deve nortear todos os ramos do Direito e que funciona como verdadeira mola do Estado Democrático de Direito, na qual a

generalidade é um meio de aplicação finalística do ordenamento jurídico.

Outro ponto, nesse aspecto, decorre do tipo de formatação econômica do contrato de venda de energia.

Muitas vezes, para se viabilizar a operação, é necessária a construção da usina para produzi-la, hipótese em que o custo da energia inclui o pagamento da usina e a capacidade disponibilizada de energia (desde que o comprador seja exclusivo, ou seja, que a usina tenha sido construída apenas para o seu atendimento).

Para tanto, pode ser necessário, ainda, criar uma pessoa jurídica distinta do comprador, uma sociedade de propósito específico – segregando os riscos do investimento – que deverá obter uma autorização da ANEEL para a produção e comercialização da energia³⁰.

O esclarecimento é importante porque pode surgir o argumento de que tais sociedades não estariam autorizadas a vender capacidade, mas somente a energia elétrica efetivamente produzida e entregue, sem o que não haveria vantagem econômica para o comprador, representando uma compra, aluguel ou arrendamento de usina, com burla ao citado art. 24, XXII da Lei nº 8.666/93, posto que esses outros contratos devem ser previamente licitados.

É fundamental esclarecer que o princípio da legalidade não contempla, apenas, uma visão de que na lei consta um cardápio de ações e de receitas, que devem ser literalmente seguidas pela Administração e pelos seus parceiros. A lei, cada vez mais, é vista como um ponto de partida, autorizando as parcerias entre o setor público e o setor privado, que devem receber, no contrato, o devido tratamento jurídico de opções econômicas que tornem viáveis as decisões políticas e comerciais traçadas pelo Poder Público e pelas partes. Em síntese, a lei traça as grandes diretrizes, mas é na consensualidade, especialmente materializada nos contratos, que vai ser moldada a operação, prevendo-se uma relação de parceria, confiança, equilíbrio e justa retribuição de investimentos³¹.

É nesse sentido que devem ser interpretados os contratos de produção e venda de energia, denominados na doutrina internacional de *power purchase agreement – PPA*.

Conclusões

O que se pretendeu demonstrar foi que o Brasil, em vários setores, seguindo uma tendência mundial, abriu atividades aos investimentos privados, em busca da ampliação da oferta de bens e serviços, não só para acompanhamento do aumento da demanda como para obter a competição que

³⁰ Sobre o papel da ANEEL no controle da remuneração desses contratos, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Regulação da parceria para a produção independente de energia emergencial. Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 295 e ss.

³¹ Sobre o tema ver MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71-72

viabiliza o atendimento do princípio da eficiência. A realidade brasileira, de carência de recursos públicos suficientes para financiar esse incremento de oferta, buscava mais, ou seja, o investimento privado para suprir a carência desses capitais.

Isso implica na criação de um cenário que seja favorável à atração e manutenção dos investimentos; a desestatização, a quebra de barreiras à entrada de novos agentes (sejam as restrições ao capital estrangeiro, sejam as imposições de desconcentrações, sejam as disciplinas para o exercício dos monopólios naturais) devem ser acompanhadas por uma estrutura estatal confiável, sendo, pois, desejável a independência dos agentes reguladores (que deveriam ficar à salvo das capturas políticas e de interferências populistas nas políticas tarifárias).

Deve ser resguardado o direito à justa retribuição do capital investido e reconhecido que o processo de reforma pressupõe, ainda, a mudança de paradigmas de interpretação do princípio da legalidade, que deixa de ser vista como a única fonte de direito para se tornar a base para o desenvolvimento de outros ordenamentos jurídicos que caminham ao lado do ordenamento estatal, por meio da auto regulação e da consensualidade.

As idéias de confiança legítima e de parceria são fundamentais para viabilizar esse contexto, que vai dotar o país da infraestrutura capaz de levar ao desenvolvimento econômico, objetivo do Estado (CF, art. 3º).