

A CRISE ENERGÉTICA BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PENALIZAÇÃO DAS EMPRESAS CONSTRUTORAS DE USINAS PRODUTORAS DE ENERGIA POR SUPERAÇÃO DA META DE CONSUMO

Horácio Augusto Mendes de Souza*

I – A Crise Energética Brasileira. II – A Dicção da MP nº 2.198-4/2001. As Medidas Sancionatórias Preconizadas pelo Referido Ato Normativo em Relação às Empresas Construtoras de Usinas Produtoras de Energia e o Descompasso com a Sistemática Sancionadora Estabelecida pela Lei nº 9.427/96. III – A Necessidade de Observância dos Princípios da Isonomia, Equidade e Razoabilidade na Interpretação das Normas Jurídicas Disciplinadoras da Crise de Energia como Forma de Realização do Valor Justiça. IV – Da Ausência de Conflito do Critério Exegético Proposto com a Decisão Liminar do Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADCMC nº 9-DF. Da Necessidade de Interpretação Isonômica, Equitativa e Razoável da Mencionada Decisão. V – A Circular nº 45/01–PERCEE–GCE/PR. VI – Conclusões.

I – A Crise Energética Brasileira¹

Recentemente foram anunciadas pelo Poder Executivo Federal medidas tendentes a amenizar o colapso energético hoje vivenciado pelo Estado brasileiro.

Para tanto, foram – e ainda estão sendo – editadas um sem número de regras jurídicas visando ao enquadramento dos diversos segmentos de usuários da energia elétrica aos limites estabelecidos pela Câmara de Gestão da Crise Energética, órgão indiretamente subordinado ao Chefe do Poder Executivo Federal, cuja incumbência, como se extrai de sua intuitiva denominação, é administrar a crise energética brasileira².

* Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Advogado no Rio de Janeiro.

1 Não cabe nesta reflexão apreciar as responsabilidades e responsabilidades pela ocorrência da crise. Não se perquirem as causas, mas sim os efeitos, bem como o modo de administrar suas conseqüências. É certo, no entanto, que a preocupação nacional com os efeitos da crise fez com que fossem deixadas em segundo plano as devidas imputações aos responsáveis, o que não pode ser ignorado.

2 Não se pode deixar de consignar, no entanto, a perplexidade pelo afastamento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entidade regulatória legalmente instituída com a finalidade de solucionar, de forma técnica, imparcial e autônoma, os conflitos provenientes das questões afetas ao parque energético nacional. Com efeito, da perfunctória análise da Medida Provisória nº 2.198-4/2001, que instituiu a Câmara de Gestão da Crise Energética, se infere a submissão da referida Agência ao Chefe do Poder Executivo, que conduz a crise de energia através do referido órgão (art. 3º), aniquilando as funções da mencionada Agência Reguladora. Se é certo, por um lado, que a crise hoje vivenciada no Brasil urge por medidas resolutorias do colapso energético, não é menos certo que as providências a serem tomadas não perdem o caráter técnico inerente às atividades da ANEEL. Contudo, entendeu o Chefe do Poder Executivo Federal ser oportuno e conveniente administrar politicamente a crise, suprimindo as competências regulatórias da ANEEL. Tal nefasto fenômeno esvaziador da função regulatória não é exclusivo da realidade político-institucional do Estado brasileiro, conforme nos dá notícia GUILLERMO MUÑOZ em seu trabalho intitulado “Os Entes Reguladores como Instrumento de Controle dos Serviços Públicos no Direito Comparado”, constante da obra coletiva intitulada Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 152-153, trad. Vera Scarpinella Bueno.

Sob o manto da relevância e urgência na edição das medidas de gestão da crise energética brasileira, várias providências políticas foram tomadas, a começar, como mencionado, pelo afastamento da Agência Reguladora legalmente instituída e competente para conduzir e buscar um ponto ótimo de equilíbrio entre os diversos interesses e agentes do setor energético e, portanto, naturalmente investida de funções técnicas idôneas à administração eficiente da crise, culminando na edição de atos normativos de duvidosa legitimidade, embora com a constitucionalidade liminarmente declarada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal³.

Portanto, resta ao aplicador da Lei, a partir da decisão do E. STF, interpretá-la em conformidade com os princípios que informam as diversas espécies de relações jurídicas administrativas e de consumo envolvidas na crise.

Neste sentido, é objeto do presente estudo a incidência dos princípios da isonomia, equidade e razoabilidade em questões afetas à crise energética brasileira, especificamente a possibilidade de estabelecimento de gravames sancionatórios às empresas construtoras de usinas produtoras de energia, em decorrência do não cumprimento das diretrizes de racionamento fixadas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica e implementadas pelas concessionárias distribuidoras de energia.

Tal reflexão se fará a partir dos valores e dos princípios aplicáveis à espécie, bem como da disciplina jurídica regente do tema para, ao final, se concluir pela impossibilidade de submissão antiisonômica, iníqua e irrazoável dos construtores de usinas produtoras de energia às normas editadas pela Câmara de Gestão da Crise Energética.

II – A Dicção da MP nº 2.198-4/2001. As Medidas Sancionatórias Preconizadas pelo Referido Ato Normativo⁴ em Relação às Empresas Construtoras de Usinas Produtoras de Energia e o Descompasso com a Sistemática Sancionadora Estabelecida pela Lei nº 9.427/96

Da análise da medida provisória em comento, infere-se a preocupação com o funcionamento das usinas hidrelétricas, a transmissão e oferta de energia, bem como o estabelecimento de negociações com setores específicos de usuários, tudo visando a maior economicidade no consumo energético (art. 1º, XII, XIV e XV).

Assim, ao fomentar a otimização da produção energética nacional e estabelecer o tratamento diferenciado entre os diversos segmentos de usuários, a MP traduz

3 A decisão do Supremo Tribunal Federal será apreciada adiante em tópico específico.

4 De outro lado, as medidas constritivas fixadas pela MP em comento violam o princípio da legitimidade e da participação política ativa dos cidadãos nas opções estatais que afetam diretamente direito subjetivo dos usuários, pois as medidas estabelecidas não foram submetidas à audiência pública prevista no art. 4º, § 3º da Lei nº 9427/96.

inequívoca intenção de propiciar um cenário em que o déficit energético nacional possa ser suprido de forma eficiente, alcançando-se, portanto, o maior resultado com o menor dispêndio de tempo possível.

Por tais fundamentos, vale desde logo afirmar que o regime jurídico sancionatório preconizado pela MP em tela não pode ser integralmente aplicável às empresas contratadas sob o signo da urgência pela União Federal para a construção de usinas produtoras de energia – que, para tanto, consomem um volume acentuado do referido insumo em tais empreendimentos –, visando a implementação de políticas públicas emergenciais fixadas pela Administração Pública Federal e, conseqüentemente, amenizar os efeitos do colapso energético hoje existente, por se encontrarem em plano de desigualdade substancial em relação aos demais segmentos de usuários da energia.

Neste sentido, não se pode deixar de consignar o descompasso da disciplina sancionatória fixada pela MP nº 2.198-4/2001 com as regras punitivas constantes da Lei 9.427/96, eis que desvestidas de qualquer relação de coerência lógico-sistemática e proporcionalidade.

Com efeito, dentre as atribuições da ANEEL se inclui a imposição de sanções⁵ administrativas⁶, a partir de um patamar legalmente fixado, ou seja, até 2% (dois por cento) do faturamento dos concessionários, permissionários e autorizados dos serviços afetos à energia, inclusive os autoprodutores e produtores independentes, considerando como base de cálculo do *quantum* sancionatório o faturamento dos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração, ou, noutra hipótese, estimado, caso o prestador do serviço não esteja em funcionamento (art. 3º, X da Lei nº 9.427/96).

Observe-se que tais sanções se referem aos prestadores dos serviços afetos à energia (geração, transmissão, distribuição e comercialização), que, em hipótese alguma, se equiparam aos destinatários do cometimento (inclusive sob o ponto de

5 Vale enfatizar, no entanto, que a MP nº 2.198-4/2001 não só estabelece sanções negativas ou repressivas, mas também institui premiações aos comportamentos dos diversificados segmentos de usuários que realizem a conduta querida pelo Estado no sentido de consumir energia dentro das regras e limites estabelecidos pelo Poder Público. Portanto, o bônus instituído pelo art. 5º, § 1º, V da MP em comento nada mais é do que o exemplo mais recente no direito positivo brasileiro de sanção premial, a respeito do qual tão bem discorreu NORBERTO BOBBIO, conforme dá notícia Tércio Sampaio Ferraz Júnior na apresentação da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999, 10ª ed., pp. 13-14, trad. Maria Celeste Cordeiro.

6 A questão do desenvolvimento das sanções premiações em sede do Direito Administrativo foi observada com pertinência por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ao tratar do princípio da sanção, segundo o qual se "... espelha a aceitação ou repúdio da ordem jurídica a uma certa conduta, informando a instituição de estímulos de encorajamento ou desencorajamento à sua prática. O desenvolvimento da atividade sancionatória do Estado se multiplicou, a partir do séc. XIX, para atingir todos os ramos do *jurisno*, notadamente em sua forma autônoma e genérica do Direito Penal, mas, no campo do Direito Administrativo, pode-se registrar também um significativo desenvolvimento teórico, não só no sentido de desenvolver as sanções premiações, como de aperfeiçoar os sistemas concebidos para as sanções *afitivas*" (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 12ª ed., p. 84).

vista econômico-financeiro, aspecto relevante para a fixação da penalidade), por ostentarem uma capacidade econômica muito maior que a dos usuários do serviço, de modo que os preceitos sancionatórios fixados pela MP nº 2.198-4/2001 devem ser interpretados considerando as situações específicas dos seus diversificados destinatários⁷, e em conformidade com os princípios da isonomia, equidade e razoabilidade, sob pena de se atentar, em última análise, contra os valores fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico, especialmente a justiça.

III – A Necessidade de Observância dos Princípios da Isonomia, Equidade e Razoabilidade na Interpretação das Normas Jurídicas Disciplinadoras da Crise de Energia como forma de Realização do Valor Justiça

Embora os valores e princípios estejam conectados num todo harmônico, já que os últimos são orientados pelos primeiros, tais institutos não se confundem, pois os princípios, sendo ordenações impositivas, com alto teor de abstração, visam, primariamente, à realização de valores, universais ou não, e, secundariamente, à interpretação e integração das regras jurídicas, dando-lhes coerência lógica e conferindo-lhes a noção de sistema.

Neste sentido, o direito positivo não pode ser concebido em desatenção aos princípios⁸ regentes do ordenamento jurídico, sob pena de infringência aos valores fundamentais que informam dado regime jurídico⁹.

Assim, diante dos princípios da isonomia, equidade e razoabilidade não se apresenta possível impor sanções repressivas às empresas construtoras de usinas produtoras de energia, em decorrência da realização de tais obras, por não atendimento às metas fixadas pelas concessionárias do serviços em foco, conforme adiante se demonstrará.

7 Do magistério de SAN TIAGO DANTAS se infere que nem sempre é possível vislumbrar-se um destinatário específico da norma jurídica, tendo em vista a sua natural e ontológica generalidade (*Programa de Direito Civil*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 61). Contudo, a MP sob análise estabeleceu claramente seus destinatários, ou seja, os diversos segmentos de usuários dos serviços de energia. Neste sentido, se é possível reconhecer os destinatários específicos da regra jurídica, também é lícito se estabelecer, dentre estes, desde que se tenham razões ou motivos idôneos, uma distinção na aplicação dos preceitos sancionatórios legalmente fixados.

8 A doutrina não discrepa quanto ao tema, valendo destacar, por todos, as considerações de PAULO BONAVIDES, *verbis*: "A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos" (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001, 11ª ed., p. 396).

9 A ordem jurídica brasileira visa tutelar, ao menos, três valores fundamentais: justiça, segurança e liberdade. Com efeito, da análise do Texto Constitucional vigente, nos mais variados capítulos, se infere a projeção dos referidos valores, quer pela menção a princípios, seja pela sua alusão em preceitos. São exemplos de concretização constitucional do valor justiça (arts. 3º, I, 4º, VII, art. 5º, V, X, XXIV, XXV, XXV, 37, § 6º, 145, § 1º etc), segurança (arts. 5º caput, XI, XII, XXXVI, 144 caput, 150, I, III, "a", "b" etc) e liberdade (arts. 1º, IV 3º, I, 5º, caput, II, IV, IX, XIII, XV, XVIII, 150, V, VI, "b", "c", "d", 170 caput etc).

Em primeiro lugar, a isonomia não se confunde com a equidade, pois a primeira supõe a existência de regra jurídica para que se lhe possa concretizá-la, a par das condições individualizadas dos destinatários da aplicação da norma, buscando uma igualdade substancial¹⁰, ao passo que a equidade se opera, em princípio, na medida do vazio normativo existente, integrando a lacuna do direito positivo e firmando a idéia de que o ordenamento jurídico, que não se resume ao direito posto, não possui lacunas e visa sempre resguardar valores tal como a justiça.

No magistério de LUCIANO AMARO¹¹

“A equidade atua como instrumento de realização concreta da justiça, preenchendo vácuos axiológicos, onde a aplicação rígida e inflexível da regra legal escrita repugnaria ao sentimento de justiça da coletividade, que cabe ao aplicador da lei implementar.

(...)

O ideal do justo pode levar a ter-se de mitigar o rigor da lei, ou a construir, para o caso concreto, uma norma que lhe dê tratamento justo. A equidade pode levar: a) a optar, entre as possíveis conseqüências legais de uma determinada situação concreta, por aquela que mais se ajuste ao conceito de justiça..., ou b) a criar, para o caso concreto uma norma que, excepcionando a dura lex, ou preenchendo uma lacuna legal, dê àquela situação concreta uma disciplina jurídica justa, que seria aquela que, provavelmente, teria dado o legislador, se tivesse presentes, ao editar a lei, as características materiais ou pessoais específicas daquela situação concreta (integração por equidade).”

Assim, as regras jurídicas preceituais estabelecidas na MP nº 2.198-4/2001, bem como nos demais atos normativos editados pela Câmara de Gestão da Crise de Energia, seja na sua formulação, quer em sua interpretação, aplicação e integração, devem levar em conta as diferenças¹² substancialmente existentes entre as empresas

10 Vale conferir as ponderações de LUÍS ROBERTO BARROSO sobre o princípio da igualdade, cuja realização, em boa parte das vezes, se opera a partir do reconhecimento constitucional ou legal das desigualdades substanciais existentes entre as pessoas, *verbis* “No direito positivo brasileiro, o princípio genérico da igualdade vem capitulado como direito individual ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’ (CF, art. 5º caput) e como objetivo fundamental da República ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (CF, art. 3º, IV). Nada obstante o tom peremptório dos dois preceptivos, de longa data se reconhece, inegavelmente, que legislar consiste em discriminar situações e classificar pessoas à luz dos mais diversificados critérios. Aliás, a própria Lei Maior desequilibrava as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.” (“Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro” in Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 159).

11 Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1998, 2ª ed., p. 205.

12 Como assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA, o princípio da igualdade possui como destinatário tanto

construtoras de usinas produtoras de energia dos demais segmentos de usuários do serviço, consoante se infere da própria disciplina jurídica regente do tema.¹³

Entender contrariamente é vulnerar o princípio da isonomia, pois, na interpretação das normas jurídicas estabelecidas pela MP em foco, as concessionárias fornecedoras do serviço de energia vêm, *data venia*, arbitrariamente¹⁴, conferindo o mesmo tratamento a todas as categorias de usuários, inclusive às empresas construtoras de usinas produtoras de energia.

Ao assim proceder, iguala pessoas (usuários do serviço de energia) substancialmente desiguais, pois não se pode pretender, como fazem as concessionárias do serviço de energia, a equiparação de qualquer usuário, ainda que comercial ou industrial, ao usuário construtor que se utiliza do insumo energético para a construção de usina produtora de energia.

Poder-se-ia objetar que, a despeito da ausência de distinção legal, não poderia o intérprete assim proceder. Tal argumento, no entanto, além de levar a equívoco a vista da atual realidade energética nacional, constitui verdadeiro “círculo vicioso”¹⁵, pois só a análise do sistema normativo permite a verificação se há o tratamento diferenciado ou não, como se dá no caso presente.

o Poder Legislativo quanto os aplicadores da Lei (Executivo e Judiciário), e, no magistério de SEABRA FAGUNDES aludido pelo autor se extrai que “... ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhod-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades” (Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, 19ª ed., p. 218).

13 MP nº 2.198-4/2001, arts. 2º, VIII, 5º, V, 13, 14, § 5º, 16 etc.... Vale conferir, ainda, as Resoluções nº 4, de 22.05.2001, e 33, de 08.08.2001, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, a confirmar a premissa aqui realçada do tratamento diferenciado aos diversos segmentos de usuários de energia.

14 J.J. GOMES CANOTILHO, buscando um critério de valoração para a relação de igualdade, aponta como possível solução a proibição geral do arbítrio. Vale dizer, toda vez que a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, haverá violação ao princípio da igualdade. Em sentido oposto, não será arbitrária a norma, quer na sua elaboração, seja na sua interpretação e aplicação, quando a desigualdade de tratamento tiver como pressuposto um “fundamento sério”, um “sentido legítimo” e a diferenciação jurídica possuir um “fundamento razoável”. (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999, 3ª ed., p. 401). No mesmo sentido são os ensinamentos de LUÍS ROBERTO BARROSO, ao asseverar que “Tais classificações fundam-se em fatores que o Constituinte reputou suspeitos e cuja utilização traz uma forte possibilidade de ser inconstitucional, a menos que se possa demonstrar como parece, em cada um dos exemplos que o tratamento desigual teve um fundamento razoável e destinou-se a realizar um fim legítimo. (...) De plano, portanto, não será legítima a desequiparação aleatória, arbitrária, caprichosa. O elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas. Não pode ser externo ou alheio a elas” (“Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro.” in Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 161). Neste sentido, a ausência de tratamento diferenciado, no caso presente, conduz ao arbítrio.

15 A expressão é empregada por MIGUEL REALE e MIGUEL REALE JÚNIOR, ao asseverarem que “... há muito tempo está superada a parênula segundo a qual ‘ao intérprete não é dado distinguir onde a lei não distingue’, porquanto ela envolve um círculo vicioso. Efetivamente, só a interpretação da lei pode nos levar à conclusão de que ela estabelece ou não distinções” (Questões Atuais de Direito. Minas Gerais: Del Rey, 2000, p. 14).

A igualdade, no caso, consistiria no tratamento diferenciado¹⁶ às empresas construtoras de usinas produtoras de energia, tanto no que diz respeito às metas fixadas unilateralmente pelas concessionárias quanto pela aplicação das sanções pelo seu descumprimento, flexibilizando sua disciplina¹⁷ jurídica, à vista do relevante interesse público consubstanciado no aumento da produção de energia e solução da crise nacional, objetivo alcançável através da construção de usinas.

Portanto, não podem as concessionárias fornecedoras dos serviços de energia aplicarem os preceitos sancionatórios previstos na MP nº 2.198-4/2001 de forma antiisonômica e inflexível, sem considerar as condições especiais em que se encontram os construtores de usinas produtoras do insumo ora faltante no Brasil, sob pena de não se cumprir os fins sociopolíticos e econômicos para os quais ela se destina.

Avançando nas considerações, a imposição de medidas sancionatórias – como a sobretarifação e a interrupção do fornecimento de energia – às empresas construtoras de usinas produtoras de energia não resiste a uma análise da questão à luz do princípio da razoabilidade¹⁸ (*Ragionevolezza*), que também informa as atividades

16 Para a legitimidade do tratamento diferenciado, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO aponta a necessidade de se enfrentar três questões, *verbis*: “... *Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, no caso concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fato diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valores na Constituição*” (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1998, 3ª ed., pp. 21-22).

17 Vale citar, no caso, a precisa noção de “disciplina” estabelecida por MIGUEL REALE, onde o autor, com muita propriedade, vincula ao termo em foco a necessidade de um fundamento razoável para a imposição, ou seja, uma razão motivadora para determinado tratamento jurídico, *verbis*: “*Disciplinador é quem rege os comportamentos humanos e sabe impor ou inspirar uma forma de conduta aos indivíduos. Disciplina é um sistema de princípios e de regras a que os homens se devem ater em sua conduta; é um sistema de enlaces, destinados a balizar o comportamento dos indivíduos de qualquer idade ou classe social, bem como as atividades dos entes coletivos e do próprio Estado. O que importa é verificar que, no conceito de disciplina, há sempre a idéia de um limite discriminando o que pode, o que deve ou o que não deve ser feito, mas dando-se a razão dos limites estabelecidos à ação. Daí podermos completar o que já dissemos, com esta parêntica ubi jus, ibi ratio. Aliás, a palavra ‘razão’ é deveras elucidativa, porque ela tanto significa limite ou medida... como indica o motivo ou a causa de medir. De qualquer modo, ninguém pode exercer uma atividade sem razão de direito.*” (Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2001, 25ª ed., pp. 4-5). No caso, é mais do que razoável se estabelecer uma disciplina jurídica diferenciada para as empresas construtoras de usinas produtoras de energia, eis que são parceiras do Estado na implementação de um empreendimento que contribuirá fundamentalmente para a superação da crise energética, sendo esta a legítima razão motivadora do discrimen.

18 Na lição já consagrada de LUÍS ROBERTO BARROSO “... *esse princípio é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Mais fácil de ser sentido que conceituado, o princípio habitualmente*

administrativas, *in casu*, a prestação do serviço público de fornecimento de energia, e nem tampouco a uma interpretação e integração jurídica fundada no princípio da equidade.

Assim, tais condutas sancionatórias adotadas pelas concessionárias fornecedoras de energia não constituem o **meio adequado**¹⁹ (**medidas sancionatórias aplicadas às empresas construtoras de usinas produtoras de energia**) ao fim pretendido (solução da crise energética nacional, com o aumento da produção de energia, o que se dará com a elevação da capacidade de produção, através de novas usinas), não se apresentando, portanto, como a **única medida necessária e exigível**²⁰ (**já que a redução do consumo energético pode ser alcançada diminuindo-se o consumo de outros segmentos de usuários do serviço**), a **revelar a manifesta ausência de proporcionalidade**²¹ (diminuição do ritmo das obras de construção das usinas produtoras de energia) e o **resultado a ser alcançado** (a redução do consumo energético sem o correspondente aumento da produção de energia), razão pela qual vulneram flagrantemente o princípio da razoabilidade.

Trata-se, pois, de proceder a aplicação da ponderação de interesses em evidência, de modo que, independentemente da relevância da técnica de fixação de metas de consumo de energia, que também se apresenta como elemento importante para a superação da crise, parece-nos que o caso exige que se confira relevo a um eventual

se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores regentes em dado momento ou lugar” (Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro in Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155).

19 Sobre tal elemento do princípio da razoabilidade, intitulado subprincípio da adequação, assevera DANIEL SARMENTO que “... *a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre o meio e fim na medida examinada.*” (A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 87).

20 Segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS “*O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Assim, aplicam-se os dois núcleos (ou subprincípios) a que LERCHE referiu-se: meio mais idôneo e a menor restrição possível. A exigibilidade, como acentua GRABITZ, é um atributo obtido a partir de uma relação: examina-se se o meio eleito para a consecução do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível, porque não se pode jamais olvidar que o princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, sob a ótica de sua conexão material entre meios e fins*” (O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: UNB, 2000, 2ª ed., p. 79).

21 Mais uma vez, vale conferir a precisa lição de DANIEL SARMENTO, *verbis*: “*O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – que Robert Alexy denomina também como mandado de ponderação – envolve, por seu turno, uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade*” (A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 89).

aumento de consumo energético por parte das empresas construtoras de usinas, e que, após o término do empreendimento, propiciarão um aumento sensível da produção energética brasileira.

Portanto, os malefícios decorrentes do consumo casuístico e transitório acima da meta estabelecida unilateralmente pelo concessionário fornecedor do serviço de energia são, *data venia*, diminutos em vista dos macrobenefícios sociais e econômicos proporcionados pela construção de usinas.

Ademais, o gravame decorrente do aumento do consumo energético das construtoras poderá ser diluído transitoriamente entre todos os demais segmentos de usuários do serviço, de modo a não sacrificar a continuidade das obras de construção de usinas produtoras de energia que, por ocasião do seu término, só trarão benefícios a todos os segmentos de usuários.

Só assim, portanto, se estará realizando os fins do Programa de Redução do Consumo de Energia, alcançando-se, por conseguinte, a máxima compatibilização entre a demanda e a oferta de energia no Brasil, conforme preconiza o art. 5º da MP nº 2.198-4/2001.

Conseqüentemente, a imposição de sanções repressivas às empresas construtoras de usinas, – notadamente multas e a interrupção do fornecimento de energia indispensável à eficiente e célere execução das obras – desatende frontalmente o princípio da indisponibilidade do interesse público, tendo em vista tais medidas proporcionarem ilegítimo entrave na execução das diretrizes estabelecidas na MP nº 2.198-4/2001 fixadas pelo Poder Executivo Federal, visando a solução da crise energética nacional, o que é de todo inadmissível.

Não é por outro motivo, aliás, que o Legislador Federal conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de, diante do caso concreto que lhe é submetido, decidir, utilizando-se da técnica de ponderação²² de interesses em jogo, qual é o valor preponderante *in concreto*, consoante se extrai da parte final do inciso II, § 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/95, que legitima o juízo a considerar *o interesse da coletividade*.

22 DIOGO DE FIGUEREIDO MOREIRA NETO considera a ponderação verdadeiro princípio, daí ressaltar o dever do aplicador da lei de ponderar diante da colisão entre valores e interesses em jogo como forma de harmonizá-los. Do seu magistério, vale transcrever a seguinte passagem, *verbis*: “*Ora, se existe este dever de ponderar, a ponderação é também muito mais que um método ou um resultado da aplicação de um método, trata-se de um princípio jurídico, tão importante quanto qualquer outro de natureza instrumental, que concorrem para conduzir o legislador à formulação do melhor preceito em abstrato, e o intérprete aplicador, à mais perfeita observância da ordem jurídica no caso concreto. O objeto da ponderação se situa no nível mais elevado das cogitações do Direito, onde estão os valores, os interesses, os bens, as liberdades e os direitos fundamentais, daí a diferença entre uma aplicação juspositivista, predominantemente de cunho normativista, mas também as de filiação sociológica ou historicista, adstritas às muitas limitações dos preceitos, e a aplicação valorativa, a que introduz componentes axiológicos e teleológicos enriquecedores...*” (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 12ª ed., p. 85).

Ao contrário do que se poderia imaginar, a própria decisão em sede liminar do E. STF permite tal inteligência e se afina com os princípios aqui realçados, conforme demonstrar-se-á no tópico seguinte.

IV – Da Ausência de Conflito do Critério Exegético Proposto com a Decisão Liminar do Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADCMC nº 9-DF. Da Necessidade de Interpretação Isonômica, Equitativa e Razoável da Mencionada Decisão.

Buscando uniformização de entendimento acerca da legitimidade constitucional da MP nº 2.198-4/2001, notadamente das medidas sancionatórias estabelecidas pelo diploma em foco, foi aforada, pelo Presidente da República, junto ao E. STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade²³, cuja manifestação liminar do Plenário, por maioria, foi no sentido de impedir, até o julgamento do mérito da ação em comento, a prolação de qualquer decisão judicial que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou não da MP em apreço, notadamente das medidas sancionatórias de sobretarifação e suspensão do fornecimento de energia.

Assim, entendeu o E. STF, em sede de *sumaria cognitio*, diante da situação de crise, não violarem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade as normas do diploma em análise, notadamente a disciplina sancionatória citada, sob o fundamento de que

(...)

“...a tarifa é preço público de natureza política, permitindo, por conseguinte, a adoção de um regime especial de tarifação com vistas a desestimular o consumo de energia, nos termos do art. 175, IV da CF.”

(grifo nosso)

Não obstante a decisão do E. STF seja oponível e vinculante a todos os demais órgãos nacionais investidos da função jurisdicional, apresenta-se como dever impostergável dos Tribunais e demais órgãos de jurisdição inferior cumpri-la e interpretá-la em conformidade com os fins do Estado e com os próprios objetivos da política energética de urgência, fixados na MP nº 2.198-4 e nos demais atos administrativos subseqüentemente instituídos visando a contenção da crise.

Significa dizer que, independentemente do Guardião da Lei Maior ter fixado liminarmente ser constitucional a regra legal em foco, não fixou – pois não poderia ser diferente – a interpretação específica dos seus dispositivos, e nem tampouco dos diversos atos normativos emitidos até então.

23 ADCMC nº 9-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 28.06.2001. Foram intentadas, também, duas ações diretas de inconstitucionalidade, de números AdInMC nº 2.468-DF e AdInMC nº 2.470-DF. O resumo de tais decisões se encontra veiculado no *site* www.stf.gov.br, Informativo STF nº 234.

Assim, ao contrário do que se extrai da leitura desavisada do trecho da decisão citada, franqueou o E. STF a possibilidade dos órgãos e entidades competentes, utilizando-se da **técnica de ponderação dos valores e interesses em jogo** definir, no caso concreto, a interpretação isonômica e eqüitativa adequada.

Destarte, devem as concessionárias fornecedoras do serviço de energia e, eventualmente, os órgãos de jurisdição inferior, interpretar a decisão da Suprema Corte de modo a conformá-la às particularidades e especificidades da hipótese vertente.

Com efeito, se as medidas sancionatórias estabelecidas na MP nº 2.198-4/2001 têm por finalidade atender aos objetivos da **política pública emergencial de solução da crise energética brasileira**, não se apresenta lícito e nem tão pouco razoável sancionar as empresas construtoras de usinas produtoras de energia que, eventualmente, ultrapassem uma meta de racionamento energético, pois, neste caso, estar-se-ia violando os próprios objetivos e finalidades da política anteriormente definida, o que é inadmissível.

Neste sentido, aliás, já se manifestou a 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que, em sede de provimento liminar²⁴ entendeu ser irrazoável a imposição de medidas sancionatórias à empresa construtora de usina hidrelétrica, consoante se infere do seguinte trecho, *verbis*:

(...)

“Na análise do presente pedido liminar, há que se considerar, além da atividade desenvolvida pela Impetrante, essencial para o sucesso do plano emergencial energético do Governo Federal (construção de usina hidrelétrica) que o Governo, pelo menos até este momento, não está promovendo cortes de energia em razão da falta do insumo, mas como forma de prevenção; não fosse isso, estariam presentes as razões expostas na ADC n. 5 (sic -9), quando foi julgada constitucional a Medida Provisória que instituiu o referido plano emergencial.

Afigura-se inusitada e ofende o bom senso a situação narrada nestes autos. A impetrante está correndo o risco de ser atingida pelas medidas de contenção de consumo de energia elétrica ao desenvolver atividade de construção de uma nova usina de geração de energia elétrica. Tal procedimento ofende, no mínimo, o princípio da razoabilidade dos atos governamentais.

Por isso não há que se cogitar em suspender o fornecimento de energia elétrica de uma empresa que está construindo uma usina hidrelétrica

24 Processo nº 2001.26906-6.

(sic – hidroelétrica), tendo em vista do premente interesse público envolvido.

(...)

Logo, não pode a Câmara de Gestão de Energia Elétrica, ao exercer sua função de regulamentar as medidas de racionamento, imputar aos usuários uma penalização excessiva capaz de resultar inclusive em prejuízo para o próprio plano de contenção de consumo de energia elétrica, pois que está a impedir a construção de uma nova usina de geração de energia que se pretende economizar diante de sua escassez.”

Em questão análoga, o juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso, em sede de cognição sumária²⁵, manifestou-se no mesmo sentido, *verbis*:

(...)

“Um dos princípios mais falados na doutrina de Direito Administrativo moderna é o da razoabilidade, que impõe um mínimo de sentido lógico, para não dizer, bom senso, aos atos do Poder Público.

É totalmente avesso ao princípio da razoabilidade exigir de uma empresa que está construindo uma usina hidrelétrica (precisamente para auxiliar a enfrentar a crise no setor), que cumpra metas de consumo de eletricidade e, portanto, construa mais devagar (leia-se, resolva o problema de energia mais devagar –sic).

Trata-se de algo tão absurdo quanto marcar tempo máximo e fornecer sangue em quantia limitada para que um médico realize uma cirurgia.

O absurdo é tão agudo que cria o paradoxo de a crise não poder ser resolvida em razão de a empresa ter de trabalhar devagar para não extrapolar sua cota de eletricidade, enquanto se pudesse trabalhar a pleno vapor completaria a usina em melhor tempo e amenizaria exatamente a crise que a está limitando (entenda quem puder).”

A orientação, ao revés, deve ser diametralmente oposta, qual seja, o incentivo às empresas construtoras de usinas colaboradoras do Estado brasileiro para a implementação das políticas públicas, e não o desestímulo através de sobretarifação e suspensão do fornecimento de energia nas obras, – medidas adotadas pelas concessionárias a pretexto de cumprirem as normas regentes da espécie e a decisão do E. STF –, pois só assim se estará dando cumprimento, de forma legítima,

25 Processo nº 2001.36.00.006993-5.

razoável²⁶ e proporcional²⁷, aos preceitos da espécie normativa em foco e da própria decisão do Supremo Tribunal Federal.

V – A Circular nº 45/01–PERCEE–GCE/PR

A confirmar o raciocínio aqui apresentado, fulcrado nos valores e princípios ressaltados neste trabalho, na adequada dicção da MP nº 2.198-4/2001 e na decisão do E. STF, foi editado²⁸ o ato administrativo²⁹ ora em análise, cujo objeto consiste na autorização da revisão de metas de consumo para a construção de usina hidrelétrica, com base em termo de compromisso de antecipação da entrada em operação da referida usina.

VI – Conclusões

Do que foi exposto, apresenta-se lícito objetivamente concluir que:

1º) – Em obséquio aos princípios da **isonomia, equidade e razoabilidade**, não pode ser conferido o mesmo tratamento jurídico aos diversificados segmentos de usuários que, substancialmente, não se confundem e não se encontram na especial posição jurídica das empresas construtoras de usinas de produção de energia.

2º) – Apresenta-se desrevestida de **legitimidade** a conduta das concessionárias fornecedoras de energia elétrica que, a pretexto de darem cumprimento às normas disciplinadoras da crise de energia e à decisão do E. Supremo Tribunal Federal,

26 Consoante enfatiza CAIO TÁCITO, “Em todas estas hipóteses, o que se condena é a discrepância entre o meio utilizado e o fim desejado, que não guardam congruência ou adequação, tornando excessiva e desarrazoada a interdição de direitos. (...) A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade. A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico. A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania. A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor de proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade. Protegendo direitos e liberdades contra a incongruência de leis injustas, não devem os juízes ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despaupério legislativo” (O Princípio da Razoabilidade das Leis. in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1º, pp. 494-495).

27 Ressaltando a importância axiológica do princípio da proporcionalidade como importante elemento limitador do arbítrio, assevera PAULO BONAVIDES “... que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário de constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade” (Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2001, p. 397).

28 Para acesso ao ato administrativo citado, foi consultado o site www.EnergiaBrasil.gov.br no dia 28.08.2001 às 16h 53min.

29 Embora se trate de ato administrativo individual, tendo como destinatária a Triunfo Agropecuária S.A, constitui, sem dúvida, valioso precedente administrativo apto a corrigir a situação irrazoável analisada no presente trabalho.

aplicam irrazoavelmente as medidas sancionatórias de sobretarifação e suspensão do fornecimento de energia previstas na MP nº 2.198-4/2001 às empresas construtoras de usinas produtoras de energia.

3º) – Não podem os Tribunais e demais órgãos de jurisdição inferior, sob o fundamento de dar cumprimento à decisão do E. Supremo Tribunal Federal, deixarem de apreciar os pleitos e corrigir as injustiças perpetradas contra as empresas construtoras de usinas produtoras de energia, devendo, pois, interpretar a decisão da Suprema Corte e conformá-la aos valores e princípios aqui ressaltados e idôneos a salvaguardar o interesse público, consubstanciado no fim do colapso energético nacional.

4º) – Apresenta-se salutar, no processo de implementação das decisões políticas emergenciais de resolução da crise energética, o incentivo às empresas construtoras de usinas colaboradoras do Estado brasileiro, e não o desestímulo através de sobretarifação e suspensão do fornecimento de energia nas obras, pois, só assim, se estará dando efetivo cumprimento aos preceitos constantes da MP nº 2.198-4/2001, aos demais atos administrativos editados pela Câmara de Gestão da Crise de Energia, em última análise, conformando-os à própria decisão do Supremo Tribunal Federal.