

A Constituição Federal de 1988 e o setor elétrico brasileiro

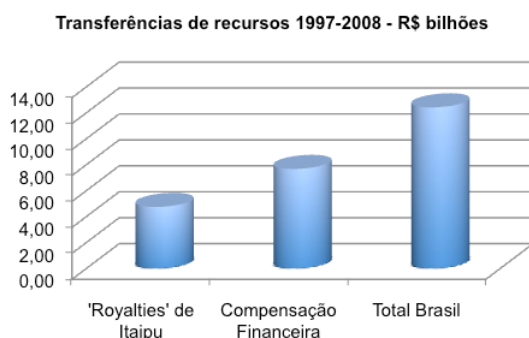
Jerson Kelman e Luiz Antonio R. Veras

Introdução

Ao completar 20 anos, a despeito do expressivo número de emendas, a Constituição Federal de 1988 ainda é fonte de debates, principalmente naquilo que não conseguiu transformar em realidade. Até a presente data, foram 56 emendas à Constituição. Todavia, no que se refere ao setor elétrico, prevalece a essência do texto constitucional original, promulgado em 1988. Desde então, o setor sofreu importantes alterações no seu arranjo institucional, passando de um modelo essencialmente estatal para um parcialmente competitivo, com razoável capacidade de atração do capital privado para promover a sua expansão, ao contrário do verificado em outros setores, como, por exemplo, o de saneamento básico.

Dos potenciais de energia hidráulica

Ao tratar da organização do estado brasileiro, a Constituição Federal, no seu art. 20, VIII ¹, preceitua que os potenciais de energia hidráulica são bens da União. O



mesmo artigo, em seu § 1º, assegura participação no resultado da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica ou compensação financeira por essa exploração aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União. Desde

1997 até 2008 (parcial), por força do comando previsto no art. 20, § 1º da CF/88, o

¹ **Art. 20.** São bens da União:

.....
VIII - os potenciais de energia hidráulica;

.....
§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

setor elétrico transferiu recursos da ordem de R\$ 12 bilhões, a título de royalties e compensação financeira. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL gerencia o sistema de arrecadação e de distribuição dos recursos entre os beneficiários. Tendo a regularidade por característica, o sistema, além de constituir importante fonte de receita para muitos municípios, serve de exemplo de encargo bem sucedido, instituído pela Constituição de 1988, que beneficia as áreas de educação, saúde e segurança.

Ao tratar dos potenciais energéticos, o legislador constituinte não descuidou das comunidades indígenas. Assim, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas ficaram condicionados a prévia autorização do Legislativo. Conforme preceitua o art. 49, XVI ², da CF/88, é da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar tal exploração.

Para efeito de exploração ou aproveitamento, os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União. O art. 176 da CF/88 ³ foi claro ao atribuir à União a propriedade dos potenciais de energia hidráulica. Significa que o proprietário de imóvel no qual existe determinado potencial hidráulico não tem domínio sobre ele, por ser propriedade do poder público federal, que poderá autorizar ou conceder a sua exploração. O § 3º do art. 176 prevê a hipótese de cessão ou transferência de concessões ou autorizações de pesquisa e lavra de recursos minerais e de aproveitamento de potenciais de energia hidráulica, desde que com prévia anuência do Poder Concedente. No caso dos potenciais de energia hidráulica, tal competência é exercida pela ANEEL (art. 3º, XIII, Lei nº 9.427/96 ⁴).

² **Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

³ **Art. 176.** As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

.....

§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

⁴ **Art 3º.**

.....

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição

Posteriormente, o caput do art. 27 da Lei nº 8.987/95, veio dispor que:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Em 2003, o Procurador-Geral da República argüiu a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95 (ADI nº 2.946), sob a alegação de que "formaliza a transferência da concessão e da permissão do serviço público sem prévia licitação, quando o artigo 175 da Constituição Federal preconiza sua obrigatoriedade". A respeito da impugnação, a Advocacia-Geral da União – AGU assim se manifestou:

Por fim, observa-se que o próprio texto constitucional, quando trata acerca da pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, prevê, no art. 176, a possibilidade da cessão ou transferência da concessão ou autorizações, desde que com prévia anuência do Poder concedente.

Diante de todo exposto, conclui-se que o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 não contraria do disposto no art. 175 da Constituição Federal.

A controvérsia permanece, pois a ADI nº 2.946 encontra-se pendente de julgamento na Suprema Corte, onde aguarda manifestação do Procurador-Geral da República, em razão da Lei nº 11.196/05, cujo art. 119 alterou a redação do art. 27 da Lei nº 8.987/95.

Do aproveitamento hidrelétrico de potência reduzida

Há uma exceção na regra geral. Conforme dispõe o art. 176, § 4º⁵ da CF/88, a exploração e aproveitamento de potencial de energia renovável de capacidade reduzida independem de autorização ou concessão. Assim, o aproveitamento de

de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

⁵ **Art. 176.**

.....

§ 4º. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

potencial hidráulico igual ou inferior a 1.000 kW ⁶ independe de concessão ou autorização, devendo, entretanto, ser comunicado à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para fins de registro estatístico.

Do aproveitamento hidrelétrico de potência entre 1 MW e 30 MW

O aproveitamento hidrelétrico com potência superior a 1 MW e igual ou inferior a 30 MW, com área do reservatório inferior a 3 km², é caracterizado como PCH (Resolução ANEEL nº 652/03). A limitação da área do lago tem por efeito mitigar o impacto sócio-ambiental (menor relação de área alagada por MW). Geralmente situadas em rios de pequeno e médio porte, dependem de autorização da ANEEL (art. 26, I, Lei nº 9.427/96 ⁷) e representam uma alternativa viável por estarem mais próximas do mercado das regiões Sudeste e Sul do país. Em operação existem 310 PCHs, totalizando mais de 2 mil MW, pouco mais de 2% da potência instalada no país. Outras 77 estão em construção, totalizando mais de 1 mil MW. Nos últimos anos, a concessão de novas usinas de grande porte tem escasseado, principalmente devido à dificuldade na obtenção das licenças ambientais. Em contrapartida, existe uma expressiva atividade para projetar e obter as autorizações para novas PCHs. Atualmente (setembro de 2008), há manifestações de interesse junto à ANEEL para a construção de mais de 700 PCHs. Dessas, apenas 66 apresentam projetos básicos em condições de análise pela equipe técnica.

Do aproveitamento hidrelétrico de potência superior a 30 MW

A implantação de usinas com potência instalada maior que 30 MW ou até 30 MW,

que não se enquadram na condição de PCH, são objeto de concessão, mediante licitação, por força de

Empreendimentos em Operação				
Tipo	Quantidade	Potência (kW)		
		Outorgada	Fiscalizada	%
CGH	227	119.809	119.187	0,12
EOL	16	248.250	247.050	0,24
PCH	310	2.208.848	2.166.989	2,13
SOL	1	20	20	0
UHE	159	74.572.295	75.066.931	73,89
UTE	1.035	24.654.520	21.988.616	21,64
UTM	2	2.007.000	2.007.000	1,98
Total	1.750	103.810.742	101.595.793	100

ou inferior a 1.000 kW e a implantação de usina dependem de concessão ou autorização, devendo, mediante licitação, por força de

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

Art. 26, I, Lei nº 9.427/96

disposição constitucional (art. 21, XII, b, CF/88). Registre-se que, apesar da Constituição Federal definir que os potenciais de energia hidráulica são de propriedade da União, não acarretou óbice ao desenvolvimento dos projetos hidrelétricos. Atualmente, o Brasil possui 1.750 empreendimentos em operação, com capacidade superior a 100 mil MW de potência. Para os próximos anos está prevista uma adição de mais de 7 mil MW na capacidade de geração proveniente de 137 empreendimentos em construção.

Da prestação dos serviços públicos

Ainda que a prestação de serviços públicos seja incumbência constitucional do Poder Público, é admitida a possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares, mediante concessão ou permissão. No caso do serviço público de energia elétrica, esta possibilidade está amparada nos artigos 21⁸ e 175⁹ da Constituição Federal.

Apesar da permissão constitucional, a responsabilidade pela proteção dos interesses coletivos, permaneceu com o Estado. O parágrafo único do art. 175 exigiu lei específica para tratar das regras aplicáveis às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, bem como do contrato e de sua prorrogação, além das condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Complementada via legislação ordinária (Lei nº 8.987/95), a nova disciplina dada aos serviços públicos, a partir da Constituição Federal, foi, em

⁸ **Art. 21.** Compete à União:

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

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

⁹ **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

essência, bem sucedida, notadamente naqueles setores em que houve clareza e objetividade dos dispositivos constitucionais.

Em conseqüência, o Estado se obrigou a executar as funções de planejamento, regulamentação e fiscalização das concessionárias, ensejando o surgimento das agências reguladoras, entes de estado voltados ao exercício da regulação e fiscalização estatal, conforme previsto no art. 174 da CF/88 ¹⁰. Com as Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9, ambas de 1995, as agências reguladoras foram incluídas no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Assim, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e a Agência Nacional de Petróleo - ANP passaram a ter previsão constitucional (art. 21, XI ¹¹ e art. 177, § 2º, III ¹², respectivamente). Em sintonia com o art. 174 da CF/88, a Exposição de Motivos com os fundamentos relativos à criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, assim registrou:

Ressaltamos que é da responsabilidade constitucional do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a fiscalização, o incentivo e o planejamento das ações setoriais, tendo em vista um desenvolvimento nacional equilibrado e compatibilizado com os interesses regionais.

Em face dessa disposição, torna-se imperiosa uma abordagem integrada do planejamento energético, de modo a conciliar, estrategicamente, pesquisa, exploração, uso e desenvolvimento dos insumos energéticos, dentro de uma política nacional unificada e ajustada às diretrizes de governo e às necessidades do País. Trata-se, também, de garantir credibilidade, representatividade e transparência às ações envolvidas nesses processos.

¹⁰ **Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹¹ **Art. 21.** Compete à União:

.....
 XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

¹² **Art. 177.** Constituem monopólio da União:

.....
 § 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

.....
 III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

Com a criação da EPE o Poder Executivo visou o desenvolvimento de estudos de planejamento integrado dos recursos energéticos, não só para a energia elétrica, mas também para os demais energéticos, como petróleo, gás natural e biomassa.

Competência material da União

Prescreve o art. 21, XII, b, ¹³ da CF/88 que é da União a competência material para explorar, diretamente ou por terceiros (autorização, concessão ou permissão), os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. Neste último, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Competência legislativa da União

No art. 22, inciso IV ¹⁴, a Constituição Federal atribui à União competência privativa para legislar sobre energia, espaço que abriga a energia elétrica. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.729 bem ilustra a competência legislativa da União preceituada no art. 22 da CF/88. O Supremo Tribunal Federal - STF julgou procedente a ADI em questão, na qual o Executivo do Estado de São Paulo questionava a expressão “energia elétrica” contida no *caput* do art. 1º da Lei estadual nº 11.260/02, de iniciativa da Assembléia Legislativa. A norma proibia o corte no fornecimento de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento sem prévio comunicado ao usuário. O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, declarou:

O Supremo possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente

¹³ **Art. 21.** Compete à União:

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

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

¹⁴ **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

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

no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais.

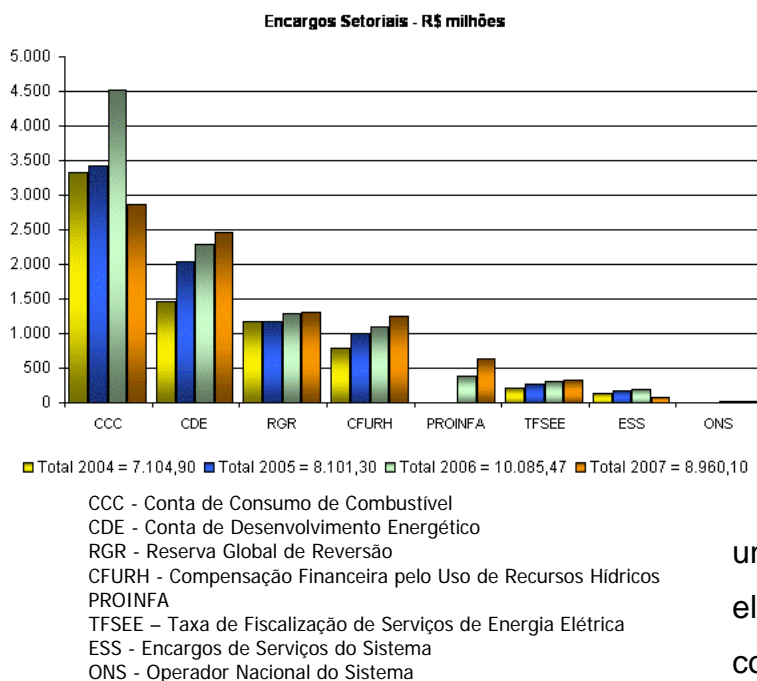
Certamente, a firmeza de interpretação da Suprema Corte decorreu da clareza das disposições constitucionais, em particular do art. 22, inc IV, que confere à União competência exclusiva para legislar sobre a matéria energia, aí incluída a elétrica.

Encargos e Tributos

A parcela que engloba tributos e encargos tem peso expressivo nas tarifas de energia elétrica. A alíquota e o método de apuração do PIS-COFINS mudaram e diversos Estados revisaram a alíquota do ICMS. Ademais, considerando a decisão do STF no sentido de que os recolhimentos realizados ao PIS e à COFINS devem compor a base tributária, confirmando a forma de cálculo (por dentro) praticada pelos Estados, temos, por exemplo, que uma alíquota de 25% de ICMS equivale, na prática, a 33%, e, uma de 30% a 43%. No sentido inverso, o que é pago de ICMS é agregado à base de cálculo de PIS e COFINS, constituindo um movimento circular e multiplicativo - uma espécie de vórtice arrecadatário - que drena as economias do consumidor.

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 233/08, que busca simplificar o sistema tributário federal, criando o imposto sobre o valor adicionado federal (IVA-F). Sem adentrar no mérito da iniciativa, o legislador, ao promover a reforma tributária, deve atentar para a natureza essencial da energia elétrica, insumo fundamental para o crescimento econômico do país, e evitar o risco de elevação da carga tributária do setor elétrico, onerando ainda mais os consumidores. As operações com energia elétrica, em razão da sua essencialidade, deveriam ter alíquotas reduzidas para o ICMS. Porém, na prática, o que ocorre atualmente é exatamente o oposto. Espera-se que a PEC nº 233/08, não venha a agravar tal situação.

Os demais encargos que recaem sobre os consumidores de energia elétrica não têm origem constitucional, pois resultam da vontade do legislador ordinário e são



utilizados para subsidiar: (a) a geração térmica nos sistemas isolados da Amazônia Legal, que tem crescido devido à elevação de consumo, principalmente em Manaus, e ao preço do petróleo; (b) a ampliação da oferta de energia de fontes alternativas, a promoção da universalização da energia elétrica e a tarifa social para os consumidores de baixa renda; (c)

a provisão de recursos para reversão e/ou encampação dos serviços públicos de energia elétrica e para financiar a sua expansão e melhoria; (d) a compensação financeira distribuída aos municípios e estados afetados pela implantação de usinas hidroelétricas; (e) a diversificação da matriz energética (eólica, bioeletricidade e pequenas centrais hidroelétricas - PROINFA); (f) a receita para o custeio das atividades da ANEEL; (g) o custo incorrido para manter a confiabilidade e a estabilidade do sistema elétrico para o atendimento do consumo; (h) custeio das atividades do ONS; (i) a geração térmica a carvão na região Sul; (j) as pesquisas científicas e tecnológicas relacionadas à eletricidade e ao uso sustentável dos recursos naturais; e (k) as térmicas “emergenciais” que foram contratadas por ocasião do racionamento de 2001. Quando analisado isoladamente, cada encargo ou tributo criado por lei pode ser plenamente justificado. Entretanto, quando somados, constata-se que a conta pode estar ultrapassando a capacidade de pagamento do consumidor.

Judicialização das decisões regulatórias

A estabilidade do quadro regulatório pressupõe o fiel cumprimento das regras do jogo, não só por parte da agência reguladora, mas também por parte dos agentes regulados. Tão melhor será o ambiente sob regulação quanto maior a credibilidade da entidade reguladora. Certamente, tal credibilidade decorre não só da capacidade de mitigação de conflitos, mas, principalmente, da sua capacidade de fazer valer as obrigações a que se vinculam os agentes do setor sob regulação, de modo a preservar o interesse público. As normas e regras regulatórias nem sempre correspondem às expectativas dos agentes em razão das múltiplas escolhas técnicas possíveis. Todavia, a inexistência de “solução única” não deveria servir de estímulo aos agentes para a excessiva judicialização das matérias administrativas.

Lamentavelmente, no caso do setor elétrico, verifica-se o aumento das decisões liminares da Justiça, fato que reaviva o risco da inadimplência setorial, que foi custosamente banido das relações intra-setoriais. O seu recrudescimento não atende aos interesses do País e provoca sérios prejuízos à economia pública, pois a deficiência dos fluxos financeiros impede a boa prestação dos serviços e atinge, em última instância, à toda coletividade.

A impugnação dos cálculos tarifários e o questionamento das opções metodológicas, bem como dos critérios técnicos adotados, comprometem a discricionariedade técnica, fundamento de validade das normas expedidas pela Agência. Daí decorre preocupante insegurança jurídica, que aumenta a percepção do chamado “risco regulatório”. Como efeito colateral, as concessionárias deixam de ter previsibilidade de seus níveis tarifários, elemento essencial para uma política de investimentos. Por outro lado, a percepção de risco diminui o interesse na prestação do serviço e, conseqüentemente, as empresas demandam maior remuneração do capital. Ao final, os consumidores pagam a conta, por meio de tarifas mais elevadas.

Como as decisões das agências reguladoras não podem ser revistas ou modificadas por qualquer autoridade no âmbito administrativo, nem mesmo pelo Presidente da República, os inconformados em geral recorrem à Justiça. A Constituição brasileira, assim como a de outros países, assegura às partes esse direito. Todavia, não é razoável esperar que todas as instâncias do Judiciário conheçam, na profundidade requerida, os fatores técnicos que freqüentemente geram disputas em relação às decisões. Aliás, essa é uma das razões principais para se criar agências

reguladoras. Assim, ainda que o Judiciário tenha papel relevante a cumprir nessa área, o ideal seria que as suas intervenções se limitassem ao controle da legalidade e da razoabilidade dos atos e à garantia de respeito às normas processuais por parte das autoridades reguladoras.

Não se trata de usurpar a função jurisdicional, principalmente em respeito à nossa tradição e ao princípio da proteção judiciária, insculpido no art. 5º, XXXV da CF/88. Contudo, não é descabido reconhecer que o Judiciário, dificilmente conseguirá superar o desafio de solucionar, de forma célere e eficaz, os conflitos de natureza cada vez mais complexa gerados pela dinâmica dos setores regulados. Além disso, muitas das questões envolvidas requerem decisões rápidas, sob risco de prejuízos elevados para as partes. Por outro lado, a possibilidade de uso excessivo de medidas liminares de primeira instância contra as decisões das autoridades reguladoras poderá restringir a efetividade da ação reguladora do Estado.

Uma solução razoável seria ampliar a competência originária dos Tribunais Regionais Federais. A proposta requer emenda constitucional, de modo a atribuir aos Tribunais Regionais Federais competência para processar e julgar, originariamente as ações judiciais propostas contra atos e decisões de autoridade reguladora de atividade econômica ou de serviço público mediante autorização, concessão ou permissão. Uma alternativa seria a criação de varas especializadas em direito regulatório, no âmbito da Justiça Federal, para a apreciação dos feitos que envolvam atos praticados pelas agências reguladoras ou matérias sujeitas à sua competência, nos termos do disposto no art. 96, I, “d”, da Constituição Federal.

Jerson Kelman é diretor-geral da ANEEL

Luis Antonio R. Veras é especialista em regulação da ANEEL

KELMAN, J. & VERAS, L. A Constituição Federal de 1988 e o setor elétrico brasileiro. Revista Justiça & Cidadania – Especial “20 anos da Constituição” , Ed. 99, pág 62 a 66, novembro de 2008.