

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARCELO BENACCHIO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves ; Marcelo Benacchio; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-326-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Economia. 3. Sustentavel. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Incrivelmente, chegamos à segunda metade do mês de junho de 2021. De especial?... a vida! Comemorar a vida, pois, indubitavelmente, somos sobreviventes, até aqui, de uma das maiores tragédias sanitárias mundiais dos últimos cem anos, ainda, relevados os tempos da “Gripe Espanhola” no início do Século passado. No dia 19 de junho de 2021, no Brasil, verificou-se a triste marca de 500.800 mortes por COVID-19 que, para além, de um número inaceitável em pleno Século XXI, é a prova de que ainda estamos fracassando no objetivo de preservar nossa humanidade. São tempos difíceis em que o Planeta sofre as agruras da incompreensão, da destruição, da desarmonia e do egoísmo insano para a acumulação; por fim, insólita, em à medida que caminhamos, a passos largos, rumo a um futuro catastrófico e de incertezas. Nesse cenário de um Planeta em mutações climáticas, ambientais e comportamentais, assim como, em vista dos perigosos e avassaladores avanços da COVID-19, não resta outra possibilidade de avanço pela vida que não a Ciência. Destarte, também, para nós, operadores e pesquisadores do Direito, compete o empenho para o crescimento da estabilidade Institucional no País, para a busca da justiça e para o necessário e oportuno desenvolvimento da doutrina pátria com vistas à inarredável contribuição para implementação de um processo legislativo oportuno e da benfazeja tomada de decisão no Judiciário. Vimos, então, novamente, registrar nossa humilde contribuição para a Ciência do Direito, nesta ímpar oportunidade do III Encontro Virtual do CONPEDI. Registram-se, portanto, aqui, os esforços de pesquisadores de toda parte do nosso Brasil que se dedicam ao tão apreciado, por todos nós, Direito Econômico, agora, ombreado pela Análise econômica do Direito e o ambientalismo para o desenvolvimento. Para além da vida, então, urge como necessário registrar que estamos, já, no III Evento Virtual do CONPEDI que possibilita, mais essa novel oportunidade para que nos encontremos nos GT’s I e II de Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (DEDES). Fomos e somos resilientes e, aqui, estamos novamente para registrar os esforços de tão seletivo grupo de iniciados e pensadores do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito para a busca do desenvolvimento sustentável. Por ora apresentamos os seguintes trabalhos e seus autores divididos em 05 Subgrupos de apresentação a saber: a) DIREITO ECONÔMICO E O ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO; b) DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO; c) OS DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS; d) OS DIREITOS SÓCIO-ECONÔMICOS e; e) DIREITO

ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL. Destarte, se passa a enaltecer e convidar o atento público para análise dos seguintes artigos, propedeuticamente organizados nos citados grupos de temas. DIREITO ECONÔMICO E O ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO: POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS: RUMO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL de autoria de Joana D'arc Dias Martins e Maria de Fátima Ribeiro trata das políticas públicas tributárias como instrumento de combate a pobreza e redução das desigualdades sociais, objetivos preconizados na Agenda 2030 e na CRFB/88; ESTADO REGULADOR: MERCADO E O (SUB)DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO de Jeferson Souza Oliveira e Rafael Tubone Magdaleno estuda as razões que moldaram o Sistema Jurídico-Econômico Brasileiro buscando estabelecer um plano econômico de desenvolvimento eficiente a partir do mercado; ENTRE POPPER E MORIN: REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS PARA A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO escrito por Patrícia Karinne de Deus Ciríaco discute a possibilidade de as Teorias da Falseabilidade de Karl Popper e da Complexidade de Edgar Morin serem métodos capazes de repensar o desenvolvimento para além da multidisciplinariedade e da padronização de teorias segundo a ocidentalização das mais diversas culturas que compõem o globo; DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: SUSTENTABILIDADE, DIREITO E ECONOMIA: DAS UTOPIAS ÀS POSSIBILIDADES PRÁTICAS IMEDIATAS apresentado por Everton das Neves Gonçalves e Felipe Guerin Leal sugere práticas jurídicas e econômicas viáveis para o desenvolvimento sustentável segundo interação entre Economia e Direito, responsabilidade socioambiental e a visão de mercado de economistas destacados, ainda, no campo teórico, abordando as diferenças entre a Economia Ambiental e a Economia Ecológica; O SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À CRISE CLIMÁTICA apresentado por Raphaela Perez Mafra Barreto, Ana Carolina da Silva Barbosa e Mariana Hartleben Diel Santos, pensa a solução dos problemas sociais em meio ao desiderato de uma economia de baixo carbono através da tributação; COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E RELAÇÕES DE MERCADO EM TEMPOS DE PANDEMIA, DANOS QUE O DINHEIRO NÃO PAGA elaborado por Tatiana Alves Carbone discute a tributação como importante instrumento para a efetivação do direito ao ambiente sadio para as presentes e futuras gerações em tempos de pandemia da COVID-19 pela internalização dos efeitos das externalidades negativas segundo Pigou e Coase; O ESTUDO DA MENSURAÇÃO DA REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO NOS DANOS AMBIENTAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DAS DEMANDAS DA SOCIEDADE de Cesar Augusto Coradini Martins e Eduardo Augusto do Rosário Contani trata da LaE e sua aplicação na mensuração da reparação e indenização nos danos ambientais, ainda, apresentando o conceito de Análise Econômica do Direito Ambiental (AEDA); OS DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS: OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU

SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS PARA PROMOÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO CAPITALISMO HUMANISTA elaborado por Emanuelle Clayre Silva Banhos e Marcelo Benacchio analisa se tais princípios podem ser utilizados como mecanismo de promoção do direito humano ao desenvolvimento pela efetivação do Capitalismo Humanista; **CAPITALISMO HUMANISTA: UMA NOVA ÉTICA UNIVERSALISTA PARA A ECONOMIA DE MERCADO** apresentado por Daniel Jacomelli Hudler e Ricardo Hasson Sayeg pugna pela construção dogmático-jurídica de um capitalismo humanizado, com esteio na fraternidade, que contemple questões econômicas, sociais e éticas, a partir dos Direitos Humanos; **OMC E A PANDEMIA. QUANDO SUA MISSÃO DE SOBREVIVÊNCIA ENVOLVE A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PARA ECONOMIA SUSTENTÁVEL** de autoria de Marlene Pinheiro Gonçalves demonstra a interação da promoção das atividades da OMC com as práticas dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos nas relações comerciais mundiais após a eclosão da pandemia causada pelo Covid-19; **OS DIREITOS SÓCIO-ECONÔMICOS: O PENSAMENTO DE HAYEK E OS DESAFIOS DAS EMPRESAS BRASILEIRAS EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA CAUSADA PELA COVID-19** oportunizado por Márcia Assumpção Lima Momm e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr traz como contribuição o debate do neoliberalismo no Brasil intensificado pela edição da Lei da Liberdade Econômica, evidenciando as concepções hayekianas da livre iniciativa; **OS REFLEXOS DO PARECER DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO Nº 01/2008 – RVJ NA AQUISIÇÃO E ARRENDAMENTO DE TERRAS RURAIS POR PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS QUE CONTAM COM SÓCIO MAJORITÁRIO ESTRANGEIRO** elaborado por Fabiana Cristina Arthur da Cunha, Ana Clara Amaral Arantes Boczar e Paulo Márcio Reis Santos analisa a insegurança jurídica causada pela falta de uniformidade de entendimento acerca da recepção ou não do § 1º, do art. 1º da Lei 5.709/71 pela CRFB/88, quando da aquisição e/ou arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com sócio majoritário estrangeiro e os reflexos no mercado; **REFLEXOS DA PANDEMIA NO TRANSPORTE AÉREO MUNDIAL: O FECHAMENTO DE FRONTEIRA PELO CÉU: O CASO DO AEROPORTO PINTO MARTINS EM FORTALEZA-CE** elaborado por Fernanda Cláudia Araújo da Silva discute o contingenciamento do fluxo de pessoas no mundo pelo fechamento do céu, a partir do conceito de “céu aberto” (open sky) e as mudanças ocorridas na aviação mundial e local por conta da Pandemia de COVID-19; **A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO AUXÍLIO À SOLUÇÃO DA CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS NA PÓS-MODERNIDADE** apresentado por Anamaria Pereira Moraes discute a efetividade dos direitos sociais no contexto pós-moderno; **JUSTIÇA SOCIAL NOS BLOCOS ECONÔMICOS, UMA ANÁLISE CRÍTICA, SOB O ENFOQUE DE NANCY FRASER** escrito por Marilda Tregues de Souza Sabbatine e Edinilson Donisete Machado demonstra a formação e dinâmica dos blocos econômicos

diante dos direitos fundamentais e realização da justiça social, apontando desafios para sua preservação e efetivação; LIBERDADE, DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O LIVRE MERCADO E LIVRE EXPRESSÃO trabalhado por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Adriel Borges Simoni realça a imprescindibilidade da liberdade econômica e da liberdade de expressão para a consecução do desenvolvimento social em íntima ligação com o ideal democrático; DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL: FATOS “ESCONDIDOS” DO NEOLIBERALISMO: UMA LEITURA DA OBRA O NEOLIBERALISMO HISTÓRIA E IMPLICAÇÕES DE DAVID HARVEY da lavra de Bruno Alex Yurack, Samia Moda Cirino e Natália Maria Ventura da Silva Alfaya compreende, por meio da obra de David Harvey, o desenvolvimento do neoliberalismo e suas implicações no capitalismo da era da informação e do conhecimento; NOVAS TECNOLOGIAS EDUCACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A INTERVENÇÃO DO ESTADO escrito por Aline Maria Hagers e Oksandro Osdival Gonçalves aponta que as empresas do setor de educação precisaram se adaptar à nova realidade para não encerrarem suas atividades em meio à Pandemia de COVID-19 e o processo de intervenção Estatal no mercado de educação; MEDIDA PROVISÓRIA 579: ATO JURÍDICO PERFEITO E OS EFEITOS DA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES NO SISTEMA ELETROBRAS apresentado por Paulo Roberto Miguez Bastos da Silva estuda a Medida Provisória 579 e seus efeitos como a prorrogação das concessões de geração e transmissão de energia elétrica e a violação do direito adquirido das Empresas Eletrobras tendo em vista os contratos assinados quando da regularização das concessões com a edição da Leis 8.987/95 e 9.074/95; A IMPORTÂNCIA DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE EMPRESARIAL EM UM CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA de Beatriz Gomes da Silva Violardi, Emanuelle Clayre Silva Banhos e Renata Mota Maciel analisa os programas de integridade aplicados às atividades empresariais, a fim de verificar se constituem ferramenta que auxilie as empresas em momentos de desestabilização econômica. Desejando a todos (as) profícua leitura, reiteramos nossos votos para que todos (as) mantenham-se saudáveis e resilientes para que vençamos as agruras da Pandemia de COVID-19 e todas as desafiadoras experiências que teimam em nos fazer perder a maravilhosa dádiva de poder estar vivo e feliz. Que venhamos, todos (as) a nos reencontrar no IV Evento do CONPEDI Virtual.

Junho de 2021

Everton Das Neves Gonçalves

Prof. Dr. Titular da Universidade Federal de Santa Catarina

Marcelo Benacchio

Prof. Dr. na UNINOVE

Yuri Nathan da Costa Lannes

Prof. Dr. na Universidade Presbiteriana Mackenzie

**MEDIDA PROVISÓRIA 579: ATO JURÍDICO PERFEITO E OS EFEITOS DA
PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES NO SISTEMA ELETROBRAS**

**PROVISIONAL MEASURE 579: PERFECT LEGAL ACT AND THE EFFECTS OF
THE EXTENSION OF CONCESSIONS IN THE ELETROBRAS SYSTEM**

Paulo Roberto Miguez Bastos da Silva ¹

Resumo

A Medida Provisória 579 que propunha solucionar a questão da prorrogação das concessões de geração e transmissão de energia elétrica, violou o direito adquirido das Empresas Eletrobras tendo em vista os contratos assinados quando da regularização das concessões com a edição da Leis 8.987/95 e 9.074/95. Visava, igualmente, a modicidade tarifária. Porém, apenas desestabilizou as finanças do Sistema Eletrobras, não trouxe a modicidade tarifária. Ainda há que se questionar se existe contrato de concessão entre o ente federativo e a sua empresa estatal para incumbir-se de atividade de competência constitucional daquele ente.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Respeito ao ato jurídico perfeito, Serviços públicos, Estatais, Contratos de concessão

Abstract/Resumen/Résumé

Provisional Measure 579, which proposed to resolve the issue of the extension of electric energy generation and transmission concessions, violated the acquired right of Eletrobras Companies in view of the contracts signed when the concessions were regularized with the enactment of Laws 8,987 / 95 and 9,074 / 95. It also aimed at low tariffs. However, it only destabilized the Eletrobras System's finances, did not bring the tariff moderation. It is still necessary to question whether there is a concession contract between the federative entity and its state-owned company to undertake the activity of constitutional competence of that entity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal certainty, Respect for the perfect legal act, Public services, State-owned companies, Concession contracts

¹ Mestrando

1. Introdução

O setor de energia elétrica é uma indústria em que a expansão da oferta deve anteceder em muitos anos a demanda. São projetos de média e longa maturação, colocando os projetos de transmissão no primeiro horizonte de tempo e a geração nos projetos de longo prazo. Portanto, é necessário um planejamento extremamente coordenado, para que não haja geração de energia sem transmissão e vice-versa.

No caso específico do Setor Elétrico Brasileiro – SEB essa complexidade de coordenação é ainda mais acentuada, tendo em vista a sua configuração tecnológica, com predominância da geração hidráulica, da interligação de todos os submercados, restando, todavia, uma pequena parcela de geração de energia elétrica em mercado isolado, e transmissão de energia interligando todos esses submercados em território de dimensão continental.

Para que toda essa coordenação funcione adequadamente, o incentivo à realização dos investimentos necessários é fundamental. Considerado, que esses investimentos representam um volume considerável de recursos¹ e serão amortizados em prazo de pelo menos 20 anos, as “regras do jogo” devem ser claras e relativamente estáveis, para que os agentes econômicos também possam realizar seus estudos técnicos, econômicos financeiros e ponderem os riscos em participar de empreendimentos de longo prazo.

As empresas estatais representam uma das formas de intervenção direta do Estado na ordem econômica. Elas são de duas espécies: empresa pública e economia mista. Uma das diferenças entre uma e outra é a composição do capital social. Na primeira participam apenas pessoas jurídicas de direito público, enquanto na segunda há participação de capitais públicos e privados, sendo estes minoritários.

A Administração das empresas de economia mista deve atentar as regras de proteção aos acionistas minoritários contra o abuso de poder da acionista controlador (Art. 238 da Lei das S.As.). Portanto, os negócios propostos não podem trazer, deliberadamente, prejuízos aos acionistas minoritários para o atendimento de interesse exclusivo daquele acionista. Aos administradores cabe a fidelidade aos interesses da sociedade empresária.

A Medida Provisória 579/12, editada no mês dia e mês do ataque terroristas às torres gêmeas em Nova Iorque, representou efeitos negativos na saúde econômica financeira das Empresas Eletrobras, acarretando prejuízos da ordem de R\$ 30,5 bilhões num período de quatro anos (2012 a 2015).

¹ O último leilão de transmissão coordenado pela Aneel envolveu um volume de investimentos do montante de R\$ 7,4 bilhões. Disponível: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/aneel-conclui-maior-leilao-de-infraestrutura-do-brasil-em-2020-com-cerca-de-r-7-34-bilhoes-em-investimentos>

A MP tinha como seus principais objetivos, solucionar a questão da prorrogação ou não das concessões da prestação do serviço de energia elétrica e a busca da modicidade tarifária. Porém, atrapalhou o que já estava equacionada pela legislação com relação a prorrogação e, ao fim ao cabo, não alcançou a modicidade desejada.

Como se verá nas próximas seções as regras de prorrogação já tinham estabelecidas com ao advento das Leis 8.987/95 e 9.074/95, que representaram uma transformação radical das regras do setor elétrico com relação as práticas anteriores. Antes das leis supracitadas havia outorgas e não se havia uma lei geral de concessões, não havia contratos de suprimentos entre geradores e distribuidoras e o setor era basicamente estatal.

2. Breve Histórico do Setor Elétrico a partir da década de 70 do século passado

O Setor Elétrico Brasileiro – SEB no início do século passado era predominantemente privado estrangeiro, destacando-se o grupo Light (canadense) e Amforp (estadunidense). A Constituição de 1934 e a edição do Código de Águas trouxeram para a esfera da União a responsabilidade da outorga das atividades geração, transmissão e distribuição. A partir desse momento o Estado, aqui referindo-se a todos os entes da federação, passa a ser regulador e empreendedor (TOLMASQUIM, 2011, p. 03-04).

No início da década de 60, em 1962, é criada a Eletrobras² e se implementa o Empréstimo Compulsório, que destina recursos para financiar a expansão do setor elétrico. Esses fatos marcam a dominância das estatais na expansão do setor elétrico. A Eletrobras passa a concentrar as funções de planejamento, financiamento e expansão. A oferta de energia nesse período cresceu a uma taxa média 9%, para o período de 1955-1960, e acima de 9% para o período de 1960-1965 (TOLMASQUIM, 2011, p. 5).

Esse período o setor elétrico apresenta um modelo vertical de produção e distribuição de energia elétrica. Em outras palavras, havia empresas que geravam a energia elétrica, transmitiam e distribuíaam aos consumidores finais.

Com relação ao aspecto econômico financeiro, o setor caracterizava-se pelo custo do serviço, no qual se garantia uma remuneração entre 10% a 12% as companhias de energia elétrica. A tarifa era equalizada em todo o território nacional e as empresas que obtinham remuneração acima da garantida, transferiam o excedente para um fundo denominado Reserva

² Lei 3.890-Autoriza a criação da Eletrobras. Art. 1o Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações que se denominará Centrais Elétricas Brasileiras S.A., e usará a abreviatura ELETROBRÁS para a sua razão social. Art. 2o A ELETROBRÁS terá por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades.

Global de Garantia - RGG. Este fundo, por sua vez, repassava recursos para aquelas companhias que não obtivessem a remuneração garantida.

Esses cálculos eram coordenados e sugeridos pelo Departamento Nacional de Energia Elétrica – DNAEE, vinculado ao Ministério de Minas e Energia, que como Poder Concedente ultimava os reajustes e revisões tarifárias³.

A reforma por qual passou o Estado brasileiro nos anos de 1990, não deixou imune o setor elétrico. O monopólio estatal que prevalecia até aquele momento foi alcançado pela crise financeira do Estado. Ressalta-se que o setor passa por uma crise financeira com uma inadimplência quase generalizada intrasetorial.

Para pavimentar o processo de privatização, que era uma das medidas para que o Estado conseguisse superar a crise financeira, foi necessário alterações regulatórias. Destacamos a lei 8.031/1990, que criou o Plano Nacional de Desestatização – PND e a Lei 8.631/1993 (conhecida à época por Lei Eliseu Rezebde) introduziu importantes alterações para o saneamento financeiro do setor, contudo sem ainda modificar a estrutura de funcionamento do setor. Destacamos as seguintes medidas, apontadas por TOLMASQUIM (2011, p.7):

1. Extingue a equalização tarifária e institui o serviço pelo custo da própria concessionária;
2. Encerra a deficitária Conta de Recursos a Recuperar – CRC⁴, com recursos do Tesouro;
3. Torna obrigatório os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores.

Em continuação no sentido de trazer segurança aos investidores para a privatização das estatais, em 1995 foi promulgada a Lei 8.975/1995, a denominada Lei Geral de Concessões, que regula o disposto constitucional do Art. 175. Essa lei disciplina as transações entre o Poder Concedente e os Concessionários, no que tange à prestação do serviço público.⁵

Tolmasquim (2011, p. 7-8) destaca que a Lei das Concessões, além das questões gerais de concessão, trouxe no seu bojo os direitos e obrigações tanto dos concessionários como

³ O DNAEE na reforma do Estado que introduziu as agências reguladoras independentes se transformaria na atual Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

⁴ A CRC era um registro contábil na qual as empresas que não conseguiam atingir a remuneração garantida, lançam em moeda corrente o valor que teria sido necessário para que atingisse a remuneração em questão. Essa conta era uma dívida do Poder Concedente com a concessionária, como consequência do arrocho tarifário, como política para contenção da inflação descontrolada da época.

⁵ TOLMASQUIM, Maurício T., op.cit, destaca os seguintes pontos (p.8): “tais como os direitos e obrigações dos concessionários e usuários, a instituição do serviço pelo preço (em substituição ao serviço pelo custo) para concessões e permissões de serviço público, com reajustes e revisões tarifárias, a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões”.

dos usuários, substituição da forma de remuneração pela prestação do serviço de custo do serviço pelo método do estabelecimento do preço e a garantia da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

O artigo 23 dessa Lei disciplina as cláusulas essenciais do contrato de concessão, isto é, são cláusulas que obrigatoriamente devem constar dos contratos de concessão e a ausência de algumas delas acarreta a nulidade do contrato. Dentre dessas cláusulas, ressaltamos a previsão do inciso XII que exige as condições para prorrogação do contrato.

Portanto, as concessionárias ao assinarem o contrato de concessão já estão cientes quais são as condições, que deve atender ao longo da execução do contrato para emergja o direito subjetivo à renovação da concessão e, em contrapartida, nasce para o Poder Concedente a obrigação de renovar as concessões nas condições estabelecidas ali estipuladas (ato vinculado).

O pacote para preparar a privatização ainda incluiu a edição da Lei 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões para o serviço público. O capítulo II trata dos Serviços de Energia Elétrica e, mais especificamente, o Art. 4º dispõe sobre a contratação, prorrogação ou autorização da exploração dos serviços de energia elétrica, portanto, disciplina toda a cadeia produtiva desse serviço (geração, transmissão e distribuição).

A redação original do parágrafo 2º⁶ tinha como marco temporal para início da das novas regras data de vigência da Lei em questão. O prazo inicial da para as concessões de geração de energia elétrica seria de 35 anos, a partir da assinatura imprescindível do contrato de concessão, podendo ser prorrogado por igual período a critério do Poder Concedente, observada as condições estabelecidas no contrato.

Em 2003, no Governo de Luis Inácio Lula da Silva, tendo como Ministra das Minas e Energia Dilma Rousseff, edita a Medida Provisória 144 em 11 de dezembro daquele ano, que seria convertida na Lei 10.848/2004. Essa nova disposição legal implementa uma série de modificações nas regras do setor elétrico, entretanto, nos concentraremos na alteração do parágrafo 2º do Art. 4º da Lei 9.074/95⁷ supra comentado.

⁶ Art. 4o As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei no 8.987, e das demais.

§ 2o As concessões de geração de energia elétrica, **contratadas a partir desta Lei**, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a **trinta e cinco anos**, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser **prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato**. (redação original antes da Lei 10.848/2004. Grifamos).

⁷ § 2º As concessões de geração de energia elétrica **anteriores a 11 de dezembro de 2003** terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, **limitado a 35 (trinta e cinco) anos**, contado da data de assinatura

Foram modificados dois prazos temporais. A nova regra caberia para as concessões concedidas anteriormente a 11 de dezembro de 2003 (data da edição da MP 144/2003) e a renovação seria por no máximo por 20 anos, igualmente a critério do Poder Concedente, observado as condições estabelecidas no contrato. O prazo original da concessão de 35 anos não foi alterado.

Ainda sobre a questão legal das prorrogações, Ganim (2009, p. 61-62) destaca que na lei de criação da Aneel, Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no seu artigo 27 disciplinava a prorrogação das concessões do serviço elétrico, com a seguinte redação, antes de sua revogação pela Lei 10.848/2004:

Art. 27. Os contratos de **concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995**, conterão **cláusula de prorrogação da concessão**, enquanto os serviços estiverem sendo **prestados nas condições estabelecidas no contrato** e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o **concessionário o requeira**. (grifamos)

Esse mesmo autor ao comentar sobre as concessões existentes anteriores a promulgação da Lei 8.987/95, destaca que tendo em vista a tardia edição dessa lei, sete após promulgação da Constituição Federal, a própria lei trouxe a solução para essa situação⁸, bem como para às obras que se encontravam atrasadas (GANIM, 2009, P.640⁹). Ressalta-se que as hipóteses desses artigos se coadunaram com a situação das empresas do Sistema Eletrobras.

Destacamos brevemente, tendo em vista que será comentado com mais detalhes adiante, que ao assinarem o contrato de concessão de acordo com a legislação vigente, as regras ali pactuadas consideram-se ato jurídico perfeito e nasce o direito adquirido para o concessionário para a prorrogação, caso cumpra as exigências determinadas nas cláusulas dos contratos de concessão. Por outro lado, surge a obrigação para o Poder Concedente em prorrogar a concessão se o concessionário assim pleitear.

3. A natureza jurídica da Eletrobras e suas Empresas

A ordem econômica constitucional prevê que a intervenção do Estado possa se dar de duas formas: indireta ou direta. A primeira por meio da regulação das atividades econômicas

do imprescindível contrato, **podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos**. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004). (grifamos)

⁸ Art. 42. As concessões de serviço público **outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei** consideram-se **válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga**, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995). § 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei. (grifamos)

⁹ Art. 44. As concessionárias que tiverem obras que se encontrem atrasadas, na data da publicação desta Lei, apresentarão ao poder concedente, dentro de cento e oitenta dias, plano efetivo de conclusão das obras. (Vide Lei nº 9.074, de 1995). Parágrafo único. Caso a concessionária não apresente o plano a que se refere este artigo ou se este plano não oferecer condições efetivas para o término da obra, o poder concedente poderá declarar extinta a concessão, relativa a essa obra.

sentido estrito e dos serviços públicos¹⁰. A segunda por meio dos monopólios previstos na Constituição¹¹ ou por meio da instituição de empresas estatais¹².

Para o escopo deste artigo, nos concentraremos na natureza jurídica das empresas estatais, que podem ser subdivididas em empresas públicas e empresas de economia mista.

As empresas estatais conforme dicção do Art. 173, II da Constituição Federal¹³ se sujeitarão ao regime próprio das empresas privadas, ademais quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Em que pese os empregados das estatais tenham que se submeter a concurso público, em razão do Art. 37, II¹⁴, seu regime é da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

O principal ponto de distinção entre empresas públicas e de economia mista para o escopo desse artigo, é a formação do capital social de cada uma delas. Considera-se empresa pública aquela, cujo o capital é composto exclusivamente por entidades de direito público. Por sua vez, considera-se empresa estatal de economia mista, aquela cujo o capital social majoritário é de entidades de direito público, porém integram também esse capital entidades de direito privado (SCHIRATO, 2016, p.52).

Essa distinção tem como consequência que o processo decisório interno da empresa estatal de economia mista deve respeitar os preceitos de proteção ao acionista minoritário privado, previsto na legislação societária (Arts. 116, 117 e 238 da Lei da S.A.s), além de toda a regulação imposta pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM (SCHIRATO, 2016, p.52).

Portanto, o acionista controlador público não pode aprovar atos societários que sejam considerados abuso de poder, impondo à estatal negócios em prejuízo aos interesses dos

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. 177 Constituem monopólio da União: (EC no 9/95, EC no 33/2001 e EC no 49/2006) I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas “b” e “c” do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

¹² Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (EC no 19/98)

¹³ Art. 173, II

¹⁴ Art. 37, II

acionistas minoritários. Entendemos, então, que a estatal de natureza mista, tem a missão de atender aos interesses públicos, para qual foi criada, porém equilibrando com a necessária justa remuneração do capital privado que compõe com o capital público, o capital social da estatal de economia mista.

4. A Medida Provisória e os efeitos da prorrogação das concessões das Empresas Eletrobras

A Medida Provisória – MP 579 foi editada em 11 de setembro de 2012, que inovou o ordenamento jurídico estabelecendo novas regras de prorrogação para as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica de outorgas anteriores à Lei 8.987/95 e os respectivos contratos assinados sob à égide da Lei 9.074/95 (VIANA, 2017, p. 84).

O MME entendia que esses contratos não poderiam ser prorrogados pois já teriam sido prorrogados quando da assinatura dos contratos de concessão na vigência da Lei 9.074/95 e que a revogação do Art. 27 dessa mesma Lei pela Lei 10.848/04, igualmente impediria tal prorrogação. Essa MP foi acompanhada da Exposição de Motivos nº 37 MME/MF/AGU (MARQUES NETO, 2013, p.905).

Como destacado no item 3 anterior a cláusula que estabeleçam as condições prorrogação é obrigatória nos contratos de concessão, por meio da previsão do Art. 23, XII da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95). O Art. 42, dessa mesma lei, estabelece que as outorgas concedidas anteriormente a sua publicação são consideradas válidas pelo prazo constate no contrato ou no ato de outorga.

Marques Neto (2013, p. 913) ao comentar sobre a validade das cláusulas de prorrogação dos contratos de concessão, destaca que a prorrogação prevista na Lei 9.074/95 não se apresenta no sentido mais amplo, mas como uma verdadeira repactuação de todas as avenças anteriormente ajustadas. Denomina de “repactuação imprópria”¹⁵.

Continua o autor, destacando que o dispositivo de prorrogação existente dos normativos legais se referem a outorga da prestação de serviço e não no sentido lato de prorrogação. E arremata “[a]final, àquele tempo contrato não existia (as outorgas eram baseadas em atos do DNAEE) e, sendo assim, impossível prorrogar contrato não firmado” (MARQUES NETO, 2013, p. 913)¹⁶.

A Lei 8.987/95 é o marco inicial da pactuação dos contratos de concessão no setor elétrico. As novas cláusulas para a prestação do serviço representaram uma guinada drástica

¹⁵ Op. cit, p. 913.

¹⁶ lb. idem, p.913.

com relação as regras até então praticadas. Há alteração das relações jurídicas entre concessionário e Poder Concedente, a relação custo benefício, as obrigações e direitos das partes, que caracteriza uma real nova pactuação, de acordo com um novo marco regulatório que se inaugura no tema das concessões, especialmente para o setor elétrico (MARQUES NETO, 2013, p. 913).

Ainda segundo Marques Neto (2013, p. 914) as cláusulas de prorrogação dos contratos assinados nunca foram desafiadas com relação a sua legalidade. Ao revés, o próprio Tribunal de Contas da União – TCU não questionou tais cláusulas. Nem poderia ser diferente tendo em vista que é cláusula essencial do contrato de concessão (Art. 23, XII da Lei 8.975/95). A ausência dessa cláusula é que acarreta em ilegalidade. O Art. 25 da Lei 9.074/95 ao exigir, além da assinatura do contrato, que o concessionário abra mão de direitos preexistentes que possam contrariar a Lei 8.987/95, para que as “prorrogações” tenham eficácia deixa patente que se está diante de uma repactuação.

No que tange ao segundo argumento do MME que o Art. 27 da Lei 9.074/95 fora revogado pela Lei 10.848/95, entender que tal revogação se aplicaria aos contratos assinados antes de sua revogação é um flagrante desrespeito ao ato jurídico perfeito, cuja garantia de sua observância é preceito constitucional como direito fundamental (Art. 5º, XXXVI¹⁷).

Com relação ao papel do Poder Concedente na questão da prorrogação, inicialmente pode-se concluir que exista um poder discricionário para aquele, tendo em vista algumas expressões encontradas nos dispositivos que tratam dessa matéria.

A MP 579 ao disciplinar que cabe ao Poder Concedente a prorrogação das concessões atingidas pelo Art. 19 da Lei 9.074, “torna letra morta o direito à prorrogação constante nos contratos de concessão vigentes” (MARQUES NETO, 2013, p. 917)¹⁸.

Ressalta-se que a manifestação do Poder Concedente, ou de quem tenha a competência para executar tal ato, com relação à solicitação de prorrogação por parte do concessionário deve-se basear pelo interesse público e critérios objetivos, previamente pactuados na assinatura do contrato de concessão. Adicionalmente, não se pode olvidar, que as decisões administrativas se pautam, igualmente, por outros princípios, como a legalidade, razoabilidade, motivação, busca da modicidade tarifária (MARQUES NETO, 2013).

¹⁷ Art. 5o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (grifamos).

¹⁸ MARQUES NETO. Op.cit., p. 917.

Conforme os dispositivos supramencionados das Leis 8.987/95 e 9.074/95, se o concessionário alcançar as condições para a prorrogação nas cláusulas do seu contrato de concessão, emerge para este o direito subjetivo de solicitar a prorrogação, que deverá ser deferido, pelo órgão competente.¹⁹

A Exposição de Motivos nº 37 MME/MF/AGU, que acompanhou a MP 579/2012, em nenhum momento menciona a existência de estudos de impacto regulatório da alteração legislativa proposta. Encontram-se expressões vagas sem a efetiva demonstração de tais afirmações. Destacamos alguns trechos, à guisa de ilustração:

“Estudos e avaliações sobre os ativos dessas concessões **demonstraram que a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada**, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de **menores tarifas para a utilização da energia elétrica**, insumo básico para o setor produtivo e serviço essencial para a sociedade.”(grifamos)

“Propomos também, Excelência, que os **recursos existentes da Reserva Global de Reversão – RGR possam ser utilizados para a indenização de investimentos ainda não amortizados ou não depreciados**, e caso reste alguma diferença em favor do concessionário, essa seja contemplada na tarifa a ser definida.” (grifamos)

A conversão da MP em Lei sem questionamentos judiciais que impedissem a produção de efeitos, permitiu que as Empresas Eletrobras aderissem as novas regras de prorrogação antecipada. Esse fato ocasionou ao Sistema Eletrobras prejuízos astronômicos e redução de sua capacidade de investimento. Em 2012 foi registrado um efeito da Lei 12.873 de R\$ 10.085 milhões, o que acarretou num prejuízo final consolidado de R\$ 6.926 milhões²⁰.

Nos três anos seguintes, também foram registrados prejuízos em decorrência da redução da receita das Empresas Eletrobras e outros fatores como registro de *impairment* de investimentos e provisões de despesas judiciais em decorrência do Empréstimo Compulsório (Relato de Administração da Eletrobras, 2012, 2013, 2014 e 2015)²¹.

Uma das questões que se colocava a época da edição da MP 579/2012 com relação à não adesão as novas regras, era a possibilidade de perda da concessão das usinas, alvo da prorrogação, no novo processo licitatório que iria se instaurar de acordo com o Art. 8º da MP em questão²².

¹⁹ Conforme Art. 29 da Lei 8.987/95 c/c Art. 3-A §1º da Lei 9.427/96 compete a União extinguir ou prorrogar o prazo das concessões, ouvida previamente à Aneel

²⁰ <https://eletrobras.com/pt/ri/Paginas/Demonstracoes-Financeiras.aspx>

²¹ Essas informações também podem ser acessadas pelo link da nota de rodapé anterior.

²² Na conversão da MP para a Lei 12.783 restou assim a dicção de tal hipótese: Art. 8º As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica **que não forem prorrogadas**, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos. (grifamos).

Caso a concessionária resolvesse não renovar a concessão nas condições propostas pelo Poder Concedente à época prevista para a prévia manifestação, não havia impedimentos para que aquela participasse da licitação para a nova concessão. Segundo, caso o concessionário resolvesse participar, com certeza este teria uma vantagem competitiva lícita sobre os demais licitantes, tendo em vista seu profundo conhecimento para cada uma das usinas que seriam licitadas.

As empresas estatais de economia mista devem observar as regras de proteção aos acionistas minoritários contra o abuso do poder do acionista majoritário. Nesse caso, a União usou sua posição de controladora para impor ao Sistema Eletrobras a adesão as novas regras da MP 579/2012. A CVM inicialmente aplicou multa à União de R\$ 500 mil pelo voto na Assembleia Geral que decidiu sobre a adesão, porém no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) por voto da maioria a multa foi anulada²³.

Adicionalmente a tudo que já foi supramencionado, destacamos a questão se há ou não a assinatura de contratos de concessão com empresas estatais, cujo o controlador seja o próprio Poder Concedente daquele serviço público. Estamos falando das formas de organização administrativa do Estado: centralização e descentralização.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 149-150) nos explica a distinção entre centralização e descentralização. A primeira diz sobre a organização de forma orgânica do Estado, ou seja, as atividades de sua competência são realizadas por órgãos internos da própria pessoa, representando uma forma de organização interna de distribuição dessas atividades. Portanto, uma desconcentração.

Por sua vez, a descentralização representa a transferência das atividades para outra pessoa diferente daquela a quem originalmente cabe o desempenho da atividade estatal. A criação de autarquias e empresas estatais, tenham natureza jurídica de empresas públicas ou de economia mista, enquadram-se na forma de organização do Estado denominada de **descentralização** (MELLO, 2007, p. 149-150)

Portanto, ao criar uma autarquia ou empresa estatal para o cumprimento de uma atividade estatal que a própria constituição tenha imposto a algum dos entes da federação, a descentralização naquelas entidades, na verdade representam uma “longa manus” do próprio ente que a criou.

²³ <https://istoe.com.br/cvm-absolve-uniao-em-caso-sobre-renovacao-de-concessoes-da-eletobras/> (acessado em 05-01-2020).

A constituição é extremamente cristalina na redação sobre a prestação de serviços públicos (Art. 175 CRFB/88)²⁴. Ela pode ser realizada diretamente pelo Estado competente, como por meio de delegação via concessão ou permissão.

Shirato (2016, p. 77) entende ser perfeitamente constitucional a delegação às empresas estatais como veículo pertinente ao cumprimento da prestação de serviço público, que como mencionamos anteriormente, coaduna-se com as formas de organização da Administração Pública de plena competência do Poder Executivo.

Esse mesmo autor ao comentar a existência de contrato de concessão entre a empresa estatal e o ente federativo que a criou, considera desproporcional a cláusula de temporalidade. Eis que essa situação implicaria em “(i) a imposição de prazo durante o qual o serviço é prestado pela empresa – havendo sempre a possibilidade de término antecipado; e (ii) a reversão de bens e privilégios transferidos à empresa estatal ao poder público, que é exatamente seu controlador.” (SHIRATO, 2016, p.78).

Ainda sobre a temporalidade da relação entre poder concedente e a empresa estatal prestadora do serviço público, a realização do termo tempo, acarretaria a extinção da empresa estatal, cujo objetivo de sua criação foi exatamente a prestação do serviço público (SHIRATO, 2016, p 78).

Shirato (2016, p.78-79) acrescenta que a relação entre a empresa estatal prestadora do serviço público é de controle e, portanto, diferente da relação entre Poder Concedente e concessionário. Mais uma razão para que não se considere uma relação de concessão de serviço público entre a empresa estatal prestadora do serviço público e o ente público que a criou.

A prestação do serviço público por uma empresa estatal prescinde de manifestação de vontade prévia daquela, pois seu nascimento no ordenamento jurídico para a realização da prestação de serviço lhe é imposto pelo seu criador, o Estado. Este fato, segundo Shirato (2016, p.79) “...revela uma distinção essencial entre concessão de serviços públicos e a criação de empresa estatal para a finalidade de prestar serviço público.”

Na mesma esteira é o pensamento de Eros Roberto Grau (1988, p. 170), o que assim assevera:

As empresas estatais, no entanto, não celebram nenhum “contrato de concessão” com o Estado; não manifestam adesão à situação de concessionárias: são constituídas visando à prestação do serviço. Ocupam a posição de prestadoras de serviço público não em decorrência da manifestação da vontade, em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade, porém em decorrência de imposição legal. Para tanto foram criadas como extensão do Estado.

²⁴ 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. (grifamos)

Resta claro, portanto, que as empresas estatais são o veículo constitucionalmente idôneo para que o próprio Estado ofereça o serviço público ao qual foi incumbido pelo legislador constituinte, originário ou derivado, “*tanto quanto são as concessões de serviços públicos, mas que com elas não se confundindo por ter natureza completamente distinta.*” (SHIRATO, 2016, p. 79). Trata-se, dessa forma, da organização do Estado por meio da descentralização.

No caso do setor de energia elétrica está plasmado entre as atribuições que competem à União a prestação do serviço de energia elétrica (Art. 21, XII, alínea “b”)²⁵. Então ao criar as Empresas Eletrobras para geração e transmissão de energia elétrica, de fato era a própria União quem estava exercendo essa atribuição. Essas empresas são longa manus do Poder Concedente.

Ressalta-se que esse raciocínio é válido quando a estatal que tenha a incumbência de executar a atividade estatal e o poder concedente sejam do mesmo ente federativo. Então, uma empresa estatal de distribuição, transmissão ou geração de energia elétrica que tenha como seu controlador ente Estadual ou Municipal, haverá sim uma relação de concessionário e Poder Concedente (SHIRATO, 2016, p. 80).

Shirato (2016, p. 80) conclui com relação a impossibilidade de atribuição de um ente federado seja passado a outro ente, sem que seja considerado como uma concessão.

Não há como entender que um ente federativo ao qual é imposta uma obrigação de prestar um dado serviço público poderá *optar*, no exercício do seu campo da discricionariedade, por prestar tal serviço por meio de empresa controlada por outro ente. Muito menos que possa impor sua vontade a entidade que não controla.

5. Conclusão

A MP 579/2012 mirou no que viu e acertou no que não viu. Isto é, tentou resolver dois problemas de uma tacada só: a pretensa falta de regras para a prorrogação das concessões, principalmente, para as concessões das usinas do Sistema Eletrobras e a busca da modicidade tarifária.

As regras para a prorrogação estavam assentadas na legalidade das cláusulas insertas nos contratos de concessão. O marco inicial desses contratos se inicia, no momento da realização das profundas modificações das regras do jogo, impostas pela introdução da Lei Geral de Concessões no ordenamento pátrio (Lei 8.987/95). Antes não havia contratos, apenas

²⁵ 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;

outorgas emitidas pelo DNAEE. Portanto, não se pode falar que houve prorrogação anterior, o que impediria a prorrogação das concessões ao fim do prazo estipulado nesses contratos (MARQUES NETO, 2013).

A premissa da completa amortização ou depreciação dos ativos das concessões a serem “prorrogadas” pela MP é uma falácia. Esses ativos, além dos gastos em manutenção para que prestem o serviço adequado, carecem de novos investimentos, que após a sua efetivação e colocados em operação, iniciam uma nova fase de depreciação e amortização. Portanto, não existem ativos totalmente depreciados, tanto isso é fato, que a Aneel ainda estuda a forma de indenizar os ativos não depreciados de geração²⁶ e com relação a transmissão os valores de indenização já foram calculados e estão sendo amortizados²⁷.

Outro tiro que saiu pela culatra foi a modicidade tarifária. Primeiro, pelos fatos citados anteriormente e segundo, porque a redução de custos de fato não se realiza com uma canetada de medida provisória, lei, portaria ou outro ato normativo. Mas sim, por meio de planejamento econômico, estratégico, racionalização dos processos internos das atividades fim e meio, entre outras medidas administrativas em busca da eficácia.

Ressalta-se, como demonstrado acima, que não há concessão entre empresas estatais e o Poder Concedente, que ao mesmo tempo é o controlador daquela estatal e ao qual tal serviço público é de sua competência constitucional. Se assim, tivesse entendido não se haveria infligido prejuízos bilionários às Empresas Eletrobras da ordem de R\$ 30 bilhões.

A exploração dos serviços de transmissão e geração de energia elétricas pela Eletrobras e suas empresas é a própria União se incumbindo dessa atividade e não que se falar em prazo de concessão e nem em contrato de concessão.

Essas empresas são verdadeiras “longa manus” da União, que tem a faculdade de organizar-se administrativamente tanto pela desconcentração, distribuição orgânica de atribuições, como pela desconcentração, repassando para outros sujeitos, neste caso “*pessoas auxiliares suas*, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados” (MELLO, 2007, p. 149, grifo no original).

Por outro lado, há sim concessão e, portanto, delimitação de prazo e assinatura de contrato de concessão, quando há execução for por empresa estatal controlado por outro ente da federação. Neste caso, é imprescindível a manifestação de vontade da estatal controlada pelo

²⁶ Audiência Pública Aneel 03/2019.

²⁷ Incluído no módulo de cálculo das Receita Anual Permitida das Transmissoras (Módulo 9). Disponível em http://www2.aneel.gov.br/cedoc/aren2020880_2.pdf.

outro ente da federação. Neste caso, a natureza jurídica é de concessão tal como se fosse para uma empresa direito privado,

Um ponto para debate é saber se a Aneel, como agência reguladora independente, deveria ter se posicionado sobre as questões da prorrogação e da redução as receitas as empresas geradoras e transmissoras? A agência teria sido capturada pelo Governo da época?

Não seria a primeira vez que se levanta essa suspeita de interferência na Aneel. A Professora Mariana Mota Prado (2008) aponta a ocorrência de influência no processo decisório daquela agência no início do primeiro mandato do governo Lula. O episódio seria com relação aos reajustes expressivos das tarifas.

Como supramencionado, após pressão do governo a Aneel decidiu escalonar os aumentos nas tarifas de algumas distribuidoras de energia elétrica, assim o aumento que seria dado de uma única vez foi diferido. Neste caso a Aneel teria atuado para atender as pressões do governo e no caso da MP 579 /2012 teria se omitido, caso se entenda que deveria ter algum tipo de atuação.

Referências

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei 8.897 de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei 9.074 de 07 de julho de 1995.

BRASIL. Lei 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

GANIN, Antonio. Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Brasília: Canal Energia:Synergia, 2009.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória nº 579. In Direito e administração pública, estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Mariana Mota. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil, 2008

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Novo modelo do setor elétrico brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia: EPE: Brasília, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP).